

Schriften zum Strafrecht

Band 417

**Die Zulässigkeit
der Legendierten Kontrolle
unter besonderer Berücksichtigung
der Legendierten Aktenführung**

Von

Katharina Funcke



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA FUNCKE

Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle
unter besonderer Berücksichtigung
der Legendierten Aktenführung

Schriften zum Strafrecht

Band 417

Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung der Legendierten Aktenführung

Von

Katharina Funcke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59004-1> abrufbar.



© 2024 Katharina Funcke
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-19004-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59004-9 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59004-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2023 vom Promotionsausschuss der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 3. Mai 2023 statt. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand ihrer Fertigstellung im Mai 2022.

Mein Dank gebührt zuerst meinem geschätzten Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Thomas Rönnau*. Er gab die Anregung zu diesem Thema und stand stets für einen fachlichen Austausch zur Verfügung, ließ mir bei der Bearbeitung aber auch alle Freiheiten. Herrn *Prof. Dr. Karsten Gaede* möchte ich für das äußerst zügige Vorlegen des Zweitgutachtens und das wertvolle Feedback danken.

Darüber hinaus haben viele weitere Personen zum Gelingen der Arbeit beigetragen: Zunächst erwähnen möchte ich meinen Onkel *Dr. Peter Funcke*, der mich in der Entscheidung für die Promotion sehr bestärkt hat. *Dr. Ramona Höft* danke ich für ihren großartigen Einsatz, das gesamte Manuskript zu lesen, und ihre zahlreichen klugen Anmerkungen. Großer Applaus gebührt außerdem meinem Bruder *Michael Funcke* für seinen geduldigen und humorvollen IT-Support.

Zutiefst dankbar bin ich auch meinen Eltern *Lisa Schenk-Funcke* und *Wilhelm Funcke*. Ihre stete und bedingungslose Unterstützung hat schon lange vor dem Projekt Doktorarbeit begonnen und mir überhaupt die Möglichkeit eröffnet, dieses anzugehen. Insbesondere mein Vater, an dem wohl ein Lektor verloren gegangen ist, hätte mir durch sein emsiges Korrekturlesen und seinen Ansporn keine größere Hilfe sein können.

Schließlich danke ich von Herzen meinem Mann *Jean-Pierre Funcke*, der mit mir wie niemand sonst alle Höhen und Tiefen dieses Prozesses erlebt hat. Auf seinen liebevollen Rückhalt konnte ich mich stets verlassen.

Hamburg, im September 2023

Katharina Funcke

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einführung 23

A. Zur Praxis der Legendierten Kontrolle	24
B. Gang der Untersuchung	26
C. Terminologie	27

2. Kapitel

Organisierte Kriminalität zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung 34

A. Phänomen Organisierte Kriminalität	34
B. Rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität	46

3. Kapitel

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung 85

A. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben	86
B. Konzeption der StPO	96

4. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege lata 101

A. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	101
B. Zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis	107
C. Weitere rechtliche Konsequenzen der Legendierten Kontrolle	192
D. Zusammenfassung des 4. Kapitels	208

*5. Kapitel***Die Legendierte Aktenführung** 210

A. Praktische Bedeutung der (Legendierten) Aktenführung	210
B. Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	212
C. Praxis der Legendierten Aktenführung	227
D. Rechtliche Konsequenzen der Legendierten Aktenführung	255

*6. Kapitel***Die Legendierte Kontrolle de lege ferenda** 274

A. Vorfragen	274
B. Zur Ausgestaltung einer rechtmäßigen Legendierten Kontrolle	288

*7. Kapitel***Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick** 307

A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	307
B. Abschließende Thesen und Ausblick	311
C. Praxishinweise	313

Literaturverzeichnis 314**Stichwortverzeichnis** 346

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung 23

A. Zur Praxis der Legenden Kontrolle	24
B. Gang der Untersuchung	26
C. Terminologie	27
I. Heimlichkeit	27
II. Verdeckte Ermittlung(smaßnahme)	27
III. Täuschung	29
1. Gesetzliche Regelungen	29
2. Ausklammerung der kriminalistischen List	30
3. Über die Lüge hinausgehendes Verständnis	31
4. Eigene Interpretation	31
IV. Zusammenfassende Einordnung der Legenden Kontrolle	33

2. Kapitel

Organisierte Kriminalität zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung 34

A. Phänomen Organisierte Kriminalität	34
I. Begriff	34
1. Strafrechtliche Terminologie	34
a) Definitionsversuche	34
b) Kritik	36
c) Handhabung der Praxis	37
2. Polizeirechtliche Definitionen	38
3. Zusammenfassung	38
II. Haupteinnahmequelle Drogenkriminalität	39
1. Zusammenhang zwischen Drogen- und Organisierter Kriminalität	39
2. Drogendelikte	40
III. Bedrohte Rechtsgüter	41
1. Risiken durch Organisierte Kriminalität im Allgemeinen	41
2. Risiken durch Organisierte Drogenkriminalität im Speziellen	43
3. Aktuelles Lagebild	44

IV. Zusammenfassung	46
B. Rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität	46
I. Staatliche Akteure	46
II. (Historischer) Einfluss Organisierter Kriminalität auf das Recht	48
1. Gefahrenabwehr	48
2. Strafverfolgung	51
III. Strafrechtliche Erfassung Organisierter Drogenkriminalität	52
1. Bildung krimineller Vereinigungen gem. § 129 StGB	52
2. Geldwäsche gem. § 261 StGB	53
3. Regelbeispiele und Qualifikationen	54
4. Vermögensabschöpfung	55
5. Zwischenfazit	56
IV. Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität	56
1. Verdeckte Ermittler	57
2. Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte	58
3. Vertrauenspersonen und Informanten	58
4. Abhörmaßnahmen	59
5. Online-Durchsuchungen	60
6. Zusammenfassung	61
V. Überschneidungsbereiche	61
1. Vermengungstendenzen	62
2. Individuelle Zuordnung von Einzelakten zu bestimmter Rechtsgrundlage	62
3. Doppelfunktionale Maßnahmen	64
a) Relevanz für die weitere rechtliche Bewertung	65
b) Relevanz bei der Bekämpfung Organisierter (Drogen-)Kriminalität ..	67
c) Begriff	67
d) Einordnung	69
aa) Äußerliches Zusammenfallen mehrerer Akte	69
bb) Exklusivität	70
(1) Vorrang des Gefahrenabwehrrechts	70
(2) Vorrang des Strafprozessrechts	72
cc) Schwerpunkt der Maßnahme	75
dd) Gleichberechtigtes Nebeneinander	76
ee) Subjektive Perspektiven	79
(1) Wahlmöglichkeit des Beamten	79
(2) Perspektive des Betroffenen	79
ff) Kumulative Anwendung	80
gg) Zusammenfassende Stellungnahme	81
(1) Zur Möglichkeit einer gesetzlichen Klarstellung	81
(2) Abzulehnende Ansichten	81

Inhaltsverzeichnis	13
(3) Vorzugswürdige Ansicht	83
VI. Ergebnis des 2. Kapitels	84

3. Kapitel

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung	85
A. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben	86
I. Täuschung als Verstoß gegen die Menschenwürde?	86
II. Täuschung als Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens?	88
1. Waffengleichheit	89
2. Nemo tenetur	90
III. Täuschung als Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör?	94
IV. Allgemeine Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip	95
V. Fazit	96
B. Konzeption der StPO	96
I. Zum Grundsatz der Offenheit und Erkennbarkeit staatlichen Handelns	97
II. Täuschungsverbot gem. § 136a StPO vs. Verdeckte Ermittler gem. § 110a StPO	98
III. Generalermittlungsklausel gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO als Täuschungsbefugnis?	99

4. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege lata	101
A. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	101
I. BGH, Urteil vom 11.02.2010 – 4 StR 436/09	101
II. BGH, Beschluss vom 21.07.2011 – 5 StR 32/11	102
III. BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16	103
IV. BGH, Urteil vom 15.11.2017 – 2 StR 128/17	105
V. BGH, Urteil vom 17.01.2018 – 2 StR 180/17	106
VI. Zwischenfazit	107
B. Zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis	107
I. Beweiserhebung	107
1. Vorangegangene Ermittlungen	108
2. Verfolgung des Fahrers	108
a) Eingriffsqualität: Allgemeines Persönlichkeitsrecht	109
aa) Private Selbstentfaltung	109
bb) Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit und Ehrschutz	111
cc) Informationelle Selbstbestimmung	112
b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Verfolgung	113

aa) Strafprozessrechtliche Observation	113
bb) Gefahrenabwehrrechtliche Observation	115
cc) Einordnung der Rechtsnatur	116
c) Fazit	117
3. Manipulation des Fahrzeugs	117
4. Identitätsfeststellung	119
a) Eingriffsqualität der „echten“ Identitätsfeststellung	119
b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der „echten“ Identitätsfeststellung	120
aa) Strafprozessrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung	120
bb) Gefahrenabwehrrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung	122
cc) Einordnende Stellungnahme	123
c) Fazit	124
5. Legendierte Durchsuchung	124
a) Eingriffsqualität der Fahrzeug- und Personendurchsuchung	125
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	125
(1) Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre	125
(2) Schutz des sozialen Geltungsanspruchs	126
(3) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	126
bb) Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG	127
cc) Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 GG ..	128
dd) Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG	129
b) Rechtsnatur und Ermächtigungsgrundlage der Durchsuchung	129
aa) Gefahrenabwehrrechtliche Durchsuchung	130
(1) Allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO	130
(2) Polizeirechtliche Durchsuchung (mitsamt Sicherstellung/Beschlagnahme)	132
(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen	133
(b) Problemfelder	133
(aa) Keine (überwiegend) gefahrenabwehrrechtliche Natur der Maßnahme	133
(α) Strafprozessualer Gesamtkontext	134
(β) Strafprozessrechtliche Akteure	136
(γ) Kriminaltaktische Erwägungen bei der Art der Durchführung	136
(δ) Kein Wahlrecht zur Umgehung von Beschuldigtenrechten	137
(ε) Fazit	138
(bb) Keine (zutreffende) Belehrung über Durchsuchungsgrund	139

(3) Zollamtliche Überwachung gem. § 10 Abs. 3 ZollVG	139
bb) Strafprozessuale Durchsuchung	141
(1) Durchsuchung gem. § 163b Abs. 1 S. 3 StPO	141
(2) Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO	141
(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen	142
(b) Problemfelder	143
(aa) Nichtbeachtung des Richtervorbehalts	143
(bb) Mangelnde Offenheit der Durchsuchung bzw. Un- anwendbarkeit der §§ 102, 105 StPO	145
(cc) Irrtumsbedingte Einwilligung der betroffenen Per- son	149
(dd) Unverhältnismäßigkeit mangels Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe	150
c) Fazit	153
6. Legendierte Kommunikation: Suggestion einer (zufälligen) Routine- bzw. Verkehrskontrolle	153
a) Fallgruppen und Eingriffsqualität Legendierter Kommunikation	153
aa) Eingriffsqualität bei ausdrücklicher oder konkludenter Unwahr- heit	153
(1) Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren	154
(a) Waffengleichheit	154
(b) Nemo tenetur	155
(2) Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör	156
bb) Eingriffsqualität bei Nichtoffenlegung vorangegangener Ermitt- lungen	156
cc) Eingriffsqualität der Legendierten Identitätsfeststellung	157
(1) Informationelle Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit ..	157
(2) Eingriffsqualität des Täuschungselements	158
dd) Eingriffsqualität bei fehlender Kommunikation	159
ee) Zwischenfazit	159
b) Täuschung als eigenständige Maßnahme	159
c) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Täuschung	160
aa) § 163b StPO	160
bb) Zurückstellung der Benachrichtigung gem. § 101 Abs. 4 Nr. 12, Abs. 5, 6 S. 1 StPO	161
cc) Generalklausel § 161 StPO	161
d) Fazit	162
7. Legendierte Kommunikation: Vernehmung	162
a) Vorliegen von Vernehmungssituationen	162
b) Rechtmäßigkeit der Befragung	163
aa) Verstoß gegen Belehrungspflichten aus §§ 136, 163a Abs. 4 StPO	163

bb) Verstoß gegen das Täuschungsverbot aus § 136a StPO	165
c) Fazit	167
8. Eingriff durch Kumulation der Legendierten Methoden?	167
II. Beweisverwertung	168
1. Beweise aus der Legendierten Kontrolle (unmittelbar) vorangegangenen Ermittlungshandlungen	170
2. Beweise aus der Legendierten Durchsuchung	171
a) Gezielte Funde	171
aa) Unanwendbarkeit des § 161 Abs. 3 StPO (§ 161 Abs. 2 StPO a. F.)	171
bb) Abwägung hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbotes	173
(1) Proportionalitätsmaxime als Ausgangspunkt	174
(2) Schutzzweck des Richtervorbehalts	174
(a) Schweretheorie: Ausgleich für schwerwiegende Grundrechtseingriffe	174
(b) Gesetzeswahrung und präventiver Rechtsschutz	175
(c) Ausgleich für prozesseexterne und -interne Doppelbelastung	177
(d) Gewaltenteilende Funktion	178
(e) Weitere Erklärungsansätze	178
(f) Kritik	178
(g) Stellungnahme	179
(3) Ablauf bei hypothetischem Ermittlungsverlauf	180
(4) Bewusste und systematische Umgehung als schwerer Verstoß	182
(a) Bewertung der Altfälle vor dem Leiturteil des BGH im Jahr 2017	183
(b) Neubewertung nach aktueller Rechtsprechung	184
(aa) Keine Legalisierungswirkung des Leiturteils	185
(bb) Kein Irrtum der Ermittlungsbehörden	185
(α) Zum Inhalt des Leiturteils	186
(β) Zum Horizont der Ermittlungsbehörden	187
(5) Generalpräventive Wirkung als anzuerkennender Faktor?	188
(6) Ergebnis	188
b) Zufallsfunde und mittelbare Erkenntnisse	189
3. Beweise aus der Legendierten Kommunikation	190
4. Beweise aus der „echten“ und der Legendierten Identitätsfeststellung ..	192
C. Weitere rechtliche Konsequenzen der Legendierten Kontrolle	192
I. Prozessuale Konsequenzen: Rechtsschutz	193
II. Materiellrechtliche Konsequenzen	194
1. Strafbarkeitsrisiken für hoheitliche Akteure	194
2. Strafbarkeitsrisiken für Betroffene	195

a) Potenziell erfüllte Tatbestände	195
aa) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB	195
(1) Zur Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs	196
(a) Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff	196
(b) Verwaltungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff/Wirk- samkeitstheorie	198
(c) Vollstreckungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff	198
(2) Anwendung auf die Legendierte Durchsuchung	199
(a) Formelle Rechtswidrigkeit der Legendierten Durchsu- chung i. S. v. § 113 StGB	199
(aa) Kein Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit ..	199
(bb) Verstoß gegen Belehrungspflichten	201
(cc) Verstoß gegen den Richtervorbehalt	201
(b) Materielle Rechtswidrigkeit der Legendierten Durchsu- chung i. S. v. § 113 StGB	202
(aa) Keine Eingriffsermächtigung	202
(bb) Privilegierungen	202
(α) Irrtumsprivileg	202
(β) Handeln auf Anweisung	203
(3) Fazit	205
bb) Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 StGB ..	205
b) Rechtfertigungsfragen: Notwehrrecht des Betroffenen gem. § 32 StGB	205
aa) Legendierte Kontrolle als Notwehrlage	206
bb) Gebotenheit: Einschränkung der Gegenwehr	206
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	207
3. Zusammenfassung	208
D. Zusammenfassung des 4. Kapitels	208

5. Kapitel

Die Legendierte Aktenführung	210
A. Praktische Bedeutung der (Legendierten) Aktenführung	210
I. Zur zunehmenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der Akten- führung	210
II. Bedeutung der Legendierten Aktenführung für die Legendierte Kontrolle ..	212
B. Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	212
I. Verfassungsrechtliche Bedeutung	213
1. Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Prüfung	213
a) Wahrheitsfindung	213
b) Gerechtigkeit und Wahrung des Schuldprinzips	214

c) Durchsetzung materiellen Rechts	214
d) Justizförmigkeit	215
2. Faires Verfahren	216
a) Waffengleichheit	216
b) Rechtliches Gehör	217
3. Gewaltenteilungsprinzip	218
4. Zusammenfassung	220
II. Einfachgesetzliche Ausformungen und Bedeutung für die Verfahrensparteien	220
1. Ermittlungsbehörden: Protokoll über Untersuchungshandlungen gem. § 168b StPO	220
2. Staatsanwaltschaft: Verantwortlichkeit vor Gericht gem. § 199 Abs. 2 StPO	221
a) Konzeptionelle Stellung der Staatsanwaltschaft	221
b) Folgerungen für die Polizei	223
3. Gericht: Vorbereitung der Hauptverhandlung und Entscheidungsfindung	223
4. Beschuldigte: Recht auf Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 1 StPO	225
5. Zusammenfassung	227
C. Praxis der Legierten Aktenführung	227
I. Varianten Legierter Aktenführung in Zusammenhang mit der Legierten Kontrolle	227
1. Explizite Unwahrheit	227
2. Ungekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen	227
3. Vorspiegeln der mangelnden Verfügbarkeit der Akten	229
4. Verpflichtung der Verteidigung zu Vertraulichkeit	230
5. Sonderfall: Gekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen	232
6. Praxistauglichkeit der Vorgehensweisen und Zwischenergebnis	233
II. Rechtmäßigkeit Legierter Aktenführung bei der Legierten Kontrolle	233
1. Legierte Aktenführung gegenüber den Betroffenen	234
a) Legierte Aktenführung als Grundrechtseingriff	234
aa) Zur Bedeutung des § 31 BtMG	234
bb) Legierte Aktenführung als Täuschung	237
b) Rechtsgrundlage	238
aa) Ausnahme vom Recht auf Akteneinsicht: § 147 Abs. 2 S. 1 StPO	239
(1) Einschränkung bei Gefährdung des Untersuchungszwecks ..	239
(a) Vorliegen mehrerer Verfahren?	240
(b) Gefährdung des Untersuchungszwecks auch bei anderen Verfahren?	241
(aa) Darstellung des Streitstandes	242
(bb) Stellungnahme	243
(2) Anhaltspunkte für eine Gefährdung	244

(3) Gegen Ausnahme: Wesentliche Informationen zur Haftprüfung gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO	245
(a) Maßstab	247
(aa) Einfließen in die Haftentscheidung	247
(bb) Einfließen etwaiger Entlastungsfaktoren	247
(b) Wesentlichkeit einzelner Informationen	249
(aa) Polizeiliche Begleitung als wesentlicher Faktor ...	249
(bb) Gerichtsverwertbarkeit der Beweise als wesentlicher Faktor	250
(4) Zwischenergebnis	250
bb) Ausnahmen vom Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	251
(1) Täuschungsbefugnis gem. § 147 Abs. 2 StPO?	251
(2) Täuschungsbefugnis gem. §§ 161, 163 StPO?	252
(3) Verschlussachen	252
(4) Zwischenergebnis	253
c) Zusammenfassung	253
2. Legendierte Aktenführung gegenüber der Staatsanwaltschaft	253
3. Legendierte Aktenführung gegenüber dem (Haft-) Richter	255
D. Rechtliche Konsequenzen der Legendierten Aktenführung	255
I. Prozessuale Konsequenzen	255
1. Kein Beweisverwertungsverbot	255
2. Verfahrenshindernis	256
a) Legendierte Aktenführung nach Abschluss der Ermittlungen	257
b) Legendierte Aktenführung während des Ermittlungsverfahrens	258
3. Rechtsschutz	259
II. Strafrechtliche Risiken für Hoheitsträger	261
1. Urkundenfälschung gem. § 267 StGB	261
a) Inhaltlich falsche Beschreibung	261
b) Änderung der Paginierung	261
c) Herausnehmen einzelner Seiten	261
d) Änderung eines Berichts	263
e) Fazit	264
2. Mittelbare Falschbeurkundung gem. § 271 StGB	264
3. Urkundenunterdrückung gem. § 274 StGB	264
4. Verwahrungsbruch im Amt gem. § 133 StGB	266
5. Rechtsbeugung gem. § 339 StGB durch Legendierte Aktenführung ...	267
a) Antrag auf Haftbefehl	268
b) Unvollständige Anklageerhebung	271
6. Strafvereitelung im Amt gem. §§ 258, 258a StGB	272

7. Falsche uneidliche Aussage gem. § 153 StGB	273
8. Zusammenfassung	273

6. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege ferenda	274
A. Vorfragen	274
I. Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Regelung <i>prima vista</i>	274
1. Verfassungskonforme Implementierung des Täuschungselements	275
2. Geeignetheit hypothetisch rechtmäßiger Legendierter Kontrollen	276
a) Wirksamkeit des Durchsuchungselements	277
b) Wirksamkeit des Täuschungs- und Irrtumsmoments	277
II. Gesetzgeberische Pflicht zum Erlass einer neuen Ermächtigungsgrundlage?	279
1. Verfassungsrechtliches Gebot effektiver Strafverfolgung	279
2. Internationale und europäische Vorgaben	282
3. Ergebnis	282
III. Interessengerechtigkeit	283
1. Bewertung aus Sicht der Ermittlungsbehörden	283
2. Bewertung aus Sicht der Betroffenen	285
a) Auswirkungen des Grundsatzes der Klarheit und Bestimmtheit	285
b) Erhöhung des Schutzniveaus durch eingrenzende Voraussetzungen ..	286
3. Bewertung aus Sicht der Gesamtrechtspflege	286
a) Rechtsstaatliche Gesichtspunkte (<i>ratio legis</i>)	286
b) Ökonomische Gesichtspunkte	287
4. Zusammenfassung	287
B. Zur Ausgestaltung einer rechtmäßigen Legendierten Kontrolle	288
I. Bisher vorgetragene Ideen	288
1. Vorschlag von <i>Lange-Bertalot</i> und <i>Aßmann</i>	288
2. Vorschlag von <i>Krehl</i>	289
3. Vorschlag von <i>Löffelmann</i>	289
4. Vorschlag von <i>Brodowski</i>	289
5. Vorschlag von <i>Jäger</i>	289
6. Vorschlag von <i>Schefer</i>	289
II. Eigene Erwägungen	290
1. Mögliche Ausgestaltung	290
a) Ermächtigungsgrundlage	290
aa) Angleichung der polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen	291
bb) Modifikation des § 102 StPO?	291
cc) Repressives Standardzwangsmittel	292
b) Eingriffsvoraussetzungen	293

aa) Vorausgesetzter Verdachtsgrad	293
bb) Beschränkung auf bestimmte Kriminalitätsformen	293
cc) Zweckbindung und Subsidiarität	294
dd) Anordnungskompetenz	294
(1) Notwendigkeit des Richtervorbehalts de lege ferenda	294
(2) Möglichkeit einer Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden ..	295
(3) Vorübergehende Suspendierung der Bekanntmachung gem. § 35 StPO	296
c) Rechtsfolgen	297
aa) Durchsuchungselement	297
bb) Täuschungselement	299
(1) Benennung als Täuschung	299
(2) Begrenzung der Täuschung	299
(a) Inhaltliche Begrenzung	300
(b) Zeitliche Begrenzung	301
(c) Aufklärungserfordernis	302
cc) Legendierte Aktenführung de lege ferenda	302
(1) Offene Probleme	303
(a) Konflikt mit dem Fairnessprinzip und dem Recht auf effektive Verteidigung	303
(b) Offenlegung bei Untersuchungshaft	303
(c) Konflikt mit dem Gewaltenteilungsprinzip und dem Anspruch auf rechtliches Gehör	304
(2) Ergebnis	304
d) Eigener Formulierungsvorschlag	305
2. Gesamtergebnis	305
III. Zusammenfassung des 6. Kapitels	306

7. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	307
A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	307
B. Abschließende Thesen und Ausblick	311
C. Praxishinweise	313
Literaturverzeichnis	314
Stichwortverzeichnis	346

1. Kapitel

Einführung

Naturgemäß besteht seit jeher ein Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis staatlicher Aufklärung sowie der Verfolgung von Straftaten auf der einen und der Wahrung von Beschuldigtenrechten auf der anderen Seite.¹ Dabei basieren nicht alle Ermittlungsinstrumente auf expliziten gesetzlichen Regelungen von Zwangsmaßnahmen.² Neue Formen der Kriminalität entwickeln sich schnell; dementsprechend sollen sich auch die Ermittlungsbehörden kurzfristig anpassen und schlagkräftig reagieren können. Bereits vor Jahren wurde geäußert, die Kriminalpolitik agiere, gezwungenermaßen oder nicht, auch ohne wissenschaftliche Fundierung.³ Beispielsweise erfolgten staatliche Reaktion auch auf das Phänomen der Organisierten Kriminalität, obwohl nur wenig gesichertes Wissen darüber vorhanden gewesen sei.⁴

Mittlerweile wird gar ein gewisser „rechtlicher Pragmatismus“ kritisiert: In einem ersten Schritt handle die Behörde und suche erst danach eine „passende“ Ermächtigungsgrundlage, um ihr Vorgehen legitimieren, also die Ermittlungsergebnisse verwerten zu können.⁵

Innerhalb des Katz-und-Maus-Spiels zwischen Kriminalität und Strafverfolgung sind Heimlichkeit und Täuschung wichtige Instrumente, die (auch) von Seiten des Staates in großem Stil eingesetzt werden: durch Abhören von Telefonen, verdeckt ermittelnde Polizeikräfte, Infiltration krimineller Organisationen mittels

¹ S. aber bereits *Paeffgen*, in: FS Rudolphi, S. 21, der darauf hinweist, dass Freiheits-sicherung und Kriminalitätsbekämpfung keine notwendigen Gegensätze seien, sondern Korrelationsbegriffe, deren Erfüllung sowohl freiheits-gewährleistend als auch freiheits-begrenzend wirke.

² Diesen Begriff kritisierend *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S. 15 f., der den Begriff in Fällen ohne physisch wirkenden Zwang für irreführend hält und daher den Begriff der „strafprozessualen Grundrechtseingriffe“ vorschlägt; krit. dazu *Schroeder*, JZ 1985, 1028, 1029: „völlig prozessexterner Gesichtspunkt“. Da sich der Begriff der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen eingebürgert hat, wird er auch im Folgenden verwendet.

³ *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 42.

⁴ *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 42; näher sogleich 2. Kap. A.

⁵ So *Albrecht*, Anna H. (2018): „Irgendwie bekommen wir das schon hin ... (Un)Zulässigkeit legendierter Ermittlungshandlungen“, Vortrag bei der 8. Herbsttagung der WisteV, 19.10.2018, Bucerius Law School, Hamburg.

V-Leuten, Einsatz von Lockspitzeln, Online-Durchsuchungen und vieles mehr.⁶ In diesem Zusammenhang ist auch die polizeiliche Praxis der sog. „Legendierten Kontrollen“, die von vielen kritisch gesehen wird, unlängst in den Fokus sowohl der wissenschaftlichen Debatten als auch der Öffentlichkeit gerückt.⁷

Anhand der Legendierten Kontrolle zeigt sich exemplarisch die scheinbar ausweglose Lage, in der sich die Strafverfolgungsbehörden befinden, aber auch, wie die staatliche Täuschung im Strafverfahren als mittlerweile alltägliche Waffe im Kampf gegen schwere Kriminalität beiläufig um immer neue Formen erweitert wird.

A. Zur Praxis der Legendierten Kontrolle

„Legendiert“ steht im strafrechtlichen Kontext für verschleiert, getarnt, verdeckt, unter einem Vorwand.⁸ So arbeitet beispielsweise der Verdeckte Ermittler gem. §§ 110a ff. StPO unter einer Legende, die den wahren Namen und Beruf, die richtige Anschrift sowie sonstige familiäre und persönliche Umstände durch erfundene Angaben ersetzt.⁹ Bei der Legendierten (Verkehrs-)Kontrolle handelt es sich typischerweise um die polizeiliche Überprüfung eines Kraftfahrzeugs.¹⁰ Der Fahrer des Wagens wird angehalten und er und sein Fahrzeug sodann ohne vorherige richterliche Anordnung durchsucht – für den Fahrzeugführer soll sich dieses Vorgehen als eine allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO bzw. eine Zollkontrolle gem. § 10 Abs. 2 oder 3 ZollVG darstellen.¹¹ Daher wird

⁶ So schon *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1. Für einen Überblick s. *Soiné*, NStZ 2010, 596.

⁷ *Janisch*, „Die Polizei, dein Freund und Täuscher“, in: SZ v. 19.04.2017, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/bgh-entscheidung-die-polizei-dein-freund-und-taeuscher-1.3469460>, Stand: 30.05.2022; *Müller-Neuhof*, „Täuschen und tarnen ist nichts für Polizisten“, in: Tagesspiegel v. 25.04.2017, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/verdeckte-ermittlungen-taueschen-und-tarnen-ist-nichts-fuer-polizisten/19713996.html>, Stand: 30.05.2022; *Haneke*, „Erlaubte List der Ermittler“, in: FAZ v. 27.04.2017, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/bundesgerichtshof-erlaubt-umstrittene-polizeiliche-kontrollen-14989017.html>, Stand: 30.05.2022.

⁸ *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 108 Rn. 7; *Schiemann*, Anm. zu BGH, NStZ 2017, 651, 657; *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 544 nennen das Im-Dunkeln-Lassen des Betroffenen eine „Legendierung“.

⁹ Vgl. BGHSt 41, 64, 65: veränderte Identität; *Soiné*, NStZ 2003, 225, 227; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 110a Rn. 7; *Bruns*, in: KK-StPO, § 110a Rn. 10. Freilich können nicht nur staatliche Behörden, sondern auch Betroffene legendiert agieren; so formuliert auch jüngst BGH, NJW 2019, 867.

¹⁰ Zum Begriff der Legendierten Kontrolle s. auch *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabircius, BtMG, § 29 Rn. 86; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a; *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 15; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 28 f.; *Lenk*, NVwZ 2018, 38, 39.

¹¹ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a.

die Kontrolle auch typischerweise mit dem (angeblichen) Fehlverhalten des Fahrers¹² oder offensichtlichen Mängeln des Fahrzeugs¹³ begründet.¹⁴ Tatsächlich beruht die Kontrolle aber auf vorangegangenen verdeckten Ermittlungen, die mit Sicherheit oder zumindest einiger Wahrscheinlichkeit den Fund von Beweismitteln an Bord erwarten lassen.¹⁵ In der Praxis handelt es sich zumeist um von kriminellen Organisationen geschmuggelte (also auch steuerstrafrechtlich relevante), illegale Betäubungsmittel.¹⁶ Dieses Vorwissen decken die Behörden dem Kurier gegenüber jedoch nicht auf – er soll an die Legende glauben, es handle sich um eine zufällige Kontrolle und einen zufälligen Fund. Grund für dieses verdeckte Vorgehen ist, dass einerseits der „Gesamtermittlungserfolg“ nicht gefährdet werden soll. Denn der angehaltene Kurier ist regelmäßig Teil einer größeren kriminellen Organisation und die nicht abgeschlossenen Ermittlungen gegen weitere Mitglieder könnten scheitern, wenn diese sich ihrer gewahr würden.¹⁷ Einmal gewarnt könnten die Hintermänner beispielsweise von einer Einreise in die Bundesrepublik absehen, auf andere Schmuggelrouten oder Kommunikationswege ausweichen etc. Auch verdeckt agierende Ermittler müssten ggf. ihre wahre Identität preisgeben und wären für den weiteren Einsatz „verbrannt“.¹⁸ Andererseits soll der Kurier auch nicht unbehelligt Betäubungsmittel in den Markt einführen können. Die Ermittlungsbehörden geraten dadurch in einen Zielkonflikt.¹⁹

Die Legendierte Kontrolle soll dieses „ermittlungstaktische Dilemma“²⁰ auflösen. Damit der Kurier auch nach der Kontrolle nicht im Rahmen einer Akteneinsicht von den tatsächlichen Ermittlungshintergründen erfährt und diese Informationen weitergeben kann, werden sie oftmals auch in der Akte nicht offengelegt.

¹² So in BGH, NJW 2017, 3173, 3174: Der Fahrer fuhr etwa 10 km/h zu schnell und wurde daraufhin angehalten.

¹³ So in BGH, NSTZ 2010, 294: Zunächst ließen Polizeibeamte unbemerkt Luft aus den Reifen des Fahrers, um dann aufgrund dessen „vermeintlich oder tatsächlich nervöser Reaktion“ den Wagen zu durchsuchen.

¹⁴ Weitergehend der BGH, NSTZ-RR 2018, 146 zugrunde liegende Fall, in dem eine Routineüberprüfung betreffend ein kürzlich begangenes Raubdelikt vorgespiegelt wurde.

¹⁵ Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a; Müller/Römer, NSTZ 2012, 543.

¹⁶ Vgl. Kempf, in: FS Fischer, S. 673: „Prototyp“; Lenk, NVwZ 2018, 38, 39; s. aber Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, der von Legendierten Kontrollen im Vorfeld von Festivals berichtet. Sofern im Weiteren auch von Drogen die Rede ist, sind ausschließlich illegale Substanzen gemeint.

¹⁷ Müller und Römer bezeichnen den Kurier daher als „Randfigur“, dies., NSTZ 2012, 543; s. auch Altvater, in: FS Schlothauer, S. 3 f.

¹⁸ Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30b.

¹⁹ Altvater, in: FS Schlothauer, S. 3.

²⁰ Lenk, NVwZ 2018, 38, 39; vgl. auch Kempf, in: FS Fischer, S. 673; zu den kriminaltaktischen Überlegungen Müller/Römer, NSTZ 2012, 543.

Diese Praxis der Legenden Kontrolle wird insbesondere nach Literaturstimmen seit geraumer Zeit²¹ massenhaft praktiziert.²²

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der rechtlichen Zulässigkeit der Legenden Kontrolle sowie der Legenden Aktenführung und soll diesbezügliche Probleme und Folgefragen aufwerfen, aber auch eine Lösung anbieten.

Sie umfasst sieben Teile. Nach der Einführung und der Darstellung des Gangs der Untersuchung wird einleitend die zugrundeliegende Terminologie anhand von Beispielsfällen kurz erläutert werden (1. Kapitel). Der nächste Schritt befasst sich gleichsam als Vorbereitung der rechtlichen Diskussion mit aktuellen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, namentlich dem Phänomen Organisierter Kriminalität und Drogenkriminalität als Hauptanwendungsbereich Legendierter Kontrollen, vor dessen Hintergrund sich die Frage nach einem rechtlich zulässigen Ermittlungsinstrument überhaupt erst stellt (2. Kapitel). Überblicksartig werden die daraus resultierenden Gefahren für geschützte Rechtsgüter und das System der heimlichen und täuschenden Ermittlungsinstrumente, welches sich bis dato etabliert hat, erörtert, um so den Status quo zu umreißen. Es folgt die Untersuchung der (Vor-)Frage, ob eine durch den Staat verübte Täuschung im Strafverfahren grundsätzlich legitim sein kann (3. Kapitel). Einen Schwerpunkt bildet sodann die verfassungsdogmatische Untersuchung der Legendierten Kontrolle im Speziellen auf ihre Rechtmäßigkeit hin (4. Kapitel). Da die Legendierte Aktenführung regelmäßig die Legendierte Kontrolle ergänzt, nimmt die Arbeit außerdem die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens in den Blick (5. Kapitel). Aufbauend auf diesen Erkenntnissen werden die Notwendigkeit der Legendierten Kontrolle hinterfragt und Grenzen des künftigen Umgangs mit dem Ermittlungsinstrument de lege ferenda erarbeitet (6. Kapitel). Abschließend werden die wesentlichen Erkenntnisse und Thesen zusammengefasst (7. Kapitel).

²¹ Vgl. *Nowrouzian*, Kriminalistik 2018, 320: „jahrzehntelang ein unbestrittenes Dasein“; *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37.

²² *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 15 f., 113; ähnlich *ders.*, Kriminalistik 2011, 370, 372 f.; *ders.*, Kriminalistik 2018, 320; *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 4; *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37; *Gubitz*, NStZ 2016, 128: „hohe praktische Relevanz“; *Albrecht*, HRRS 2017, 446; *Elisath*, Kriminalistik 2018, 339: „gängige Praxis“, „unverzichtbare Instrumente“; zurückhaltender *Becker*, StraFo 2013, 435, 436: „gewiss nicht singuläre[r] Vorgang“; ebenso LG Limburg, BeckRS 2016, 120133, Rn. 29: „Fortsetzung einer üblichen Praxis“; vgl. außerdem die Ausführungen der GenStA Oldenburg: „Diese Maßnahme wurde [...] überwiegend in Verfahren mit OK-Relevanz angewandt [...]“. Ab 2010 wird zu dieser Maßnahme nicht mehr gegriffen“, GenStA Oldenburg, StraFo 2013, 434, 435; zur durch die Staatsanwaltschaft angeregten Legendierten Zollkontrolle *Tönsgerleemann*, AW-Prax 2012, 168.

C. Terminologie

Die Legendierte Kontrolle bewegt sich an der Schnittstelle von offenem und verdecktem Vorgehen der Ermittlungsbehörden.²³ Da die einschlägige Terminologie im Kontext verdeckter Ermittlungen nicht immer einheitlich verwendet wird und eine sachgerechte Dogmatik maßgeblich von einer präzisen Definition abhängt, soll zunächst Bedeutung und Abgrenzung der folgenden Grundbegriffe näher beleuchtet werden.²⁴

I. Heimlichkeit

Die StPO erwähnt an keiner Stelle den Begriff der Heimlichkeit, er wird im wissenschaftlichen Diskurs aber regelmäßig bemüht und soll daher kurz eingeordnet werden. Laut Duden steht er für „Verborgenheit, in der nichts bemerkt werden kann“; „heimlich“ bedeute „vor andern verborgen; so unauffällig, dass andere nicht merken, was geschieht.“²⁵ Heimlichkeit setzt demzufolge kein (versuchtes) Erregen eines Irrtums, sondern schlichtes Nichtwissen der Betroffenen voraus. Der natürliche Wortsinn impliziert aber auch, dass ein Wissensvorsprung bewusst ausgenutzt oder aufrechterhalten wird. So würde es befremdlich anmuten, jedes Agieren einer Behörde, mit dem die Bürger nicht im Einzelnen vertraut sind, als heimlich zu beschreiben. Vielmehr gibt es auch begründete Vertraulichkeit, etwa aus Datenschutzgründen. Es kommt bei der Abgrenzung darauf an, ob die Informationen den Bürger überhaupt betreffen. Soweit das der Fall ist, muss gefragt werden, ob grundsätzlich die Bereitschaft besteht, Informationen über den Vorgang preiszugeben, oder ob ein staatliches Interesse vorliegt, den Bürger von ihn betreffenden Informationen auszuschließen. Insofern wird teils auch zwischen unbemerktem und heimlichem Vorgehen differenziert.²⁶

II. Verdeckte Ermittlung(smaßnahme)

Gemäß § 110a Abs. 2 StPO handelt es sich bei verdeckten Ermittlern um Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten und veränderten Identität (Legende) ermitteln und unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. „Verdeckte (Ermittlungs-)Maßnahme“ stellt ausweislich der amtlichen Überschrift des § 101 StPO²⁷ dafür den zugehörigen Oberbe-

²³ Näher sogleich unter 1. Kap. C.IV.

²⁴ Ebenfalls differenzierend *Prasch*, Die List in der Vernehmung, S. 15 ff.

²⁵ Duden online, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Heimlichkeit> und <https://www.duden.de/rechtschreibung/heimlich>, Stand: 30.05.2022.

²⁶ Vgl. *Schwabenbauer*, in: BeckOK PolR Bay, PAG Art. 23 Rn. 50 ff.

²⁷ § 101 StPO: Verfahrensregelungen bei verdeckten Maßnahmen, eingeführt durch das Gesetz zur Neuordnung der Telekommunikationsüberwachung und anderer ver-

griff dar.²⁸ Weitere verdeckte Maßnahmen im Sinne des § 101 StPO sind etwa die Telekommunikationsüberwachung (kurz TKÜ, § 100a StPO), die Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) sowie die akustische Überwachung innerhalb und außerhalb von Wohnraum (§ 100c und § 100f StPO).²⁹ Der Unterschied zu offenen Ermittlungsmaßnahmen besteht darin, dass sich der Betroffene einer verdeckten Maßnahme regelmäßig keiner solchen gegenüber sieht.³⁰ Der Wortlaut der §§ 100a ff., 100f und 100h StPO selbst weist auf ein solches Verständnis hin, wenn er verlauten lässt, die jeweilige Maßnahme könne „ohne Wissen“ des Betroffenen durchgeführt werden. Daher werden „verdeckte“ und „heimliche Maßnahme“ meist synonym gebraucht.³¹ Im Kontext der §§ 100 ff. StPO ist beispielsweise regelmäßig auch von „heimlichen Ermittlungsmaßnahmen“ die Rede.³²

Teils wird die „verdeckte Ermittlung“ hingegen als Unterfall heimlicher Ermittlungstätigkeit zur Beschreibung personengestützter Maßnahmen in Abgrenzung zu technikgestützten Maßnahmen verstanden.³³ Einige Stimmen differenzieren auch insofern, als heimliche Maßnahmen von Betroffenen gänzlich unbemerkt bleiben sollten, während verdeckte Maßnahmen zwar bemerkt werden könnten, ihr polizeilicher Charakter aber verborgen bleiben solle.³⁴ Gegen beide Ansätze spricht jedoch § 101 StPO, dessen bereits erwähnte amtliche Überschrift von verdeckten Maßnahmen spricht und der sodann in Abs. 1 sowohl personen- als auch technikgestützte Maßnahmen bzw. sowohl die Telekommunikationsüberwachung als auch den Einsatz Verdeckter Ermittler aufzählt.

deckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2006, BGBl. 2007 I, S. 3198.

²⁸ Siehe auch BR-Drs. 275/07, S. 3. Teils ist auch von „verdeckten Eingriffen“ die Rede, vgl. nur *Soiné*, NVwZ 2012, 1585, 1587.

²⁹ Außerdem nennt § 101 Abs. 1 StPO als verdeckte Maßnahmen die Rasterfahndung (§ 98 StPO), die Postbeschlagnahme (§ 99 StPO), weitere Überwachungsmaßnahmen außerhalb von Wohnraum, wie etwa Bildanfertigungen (§ 100h StPO), technische Überwachungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten (sog. IMSI-Catcher, § 100i StPO), Speicherung und Abgleich von Daten aus Kontrollen (sog. Schleppnetzfahndung, § 163d StPO), die Ausschreibung zur Beobachtung bei polizeilichen Kontrollen (§ 163e StPO) und die längerfristige Observation (§ 163f StPO).

³⁰ Vgl. BR-Drs. 275/07, S. 44. Folglich werden verdeckte Ermittlungen auch mit „nicht offenen Ermittlungen“ im Sinne des § 161 Abs. 4 StPO gleichgesetzt, s. *Hauck*, *Heimliche Strafverfolgung*, S. 10.

³¹ S. etwa BR-Drs. 275/07, S. 1; *Werner*, in: *Rechtswörterbuch*, Verdeckte Ermittlungen; *Brodowski*, *Verdeckte Überwachungsmaßnahmen*, S. 1; *Denninger*, in: *Hdb. Polizeirecht*, B. Rn. 2. Anders wohl *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 Rn. 65, der von „verdeckten oder heimlichen Maßnahmen“ spricht, ohne dass jedoch deutlich würde, inwiefern sich die Alternativen voneinander unterscheiden.

³² *Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113.

³³ *Hauck*, *Heimliche Strafverfolgung*, S. 10.

³⁴ So vertreten von *Gusy*, JuS 2004, 457, der als Beispiele das Abhören von Telefonaten (Heimlichkeit) und den Einsatz eines verdeckten Ermittlers (verdeckte Maßnahme) nennt.

Somit ist festzuhalten: Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen meinen heimliche staatliche Ausforschung – also Ausforschung, von der die betroffenen Personen nichts wissen sollen.

III. Täuschung

1. Gesetzliche Regelungen

Der Begriff der Täuschung findet sich sowohl in der StPO³⁵ als auch im StGB.³⁶ Für die Zwecke dieser Arbeit steht die vom Staat ausgehende Täuschung im Fokus, sodass sich eine Orientierung an dem Begriffsverständnis des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO anbietet. Zwar regelt bzw. verbietet die Norm lediglich bestimmte Täuschungen durch den Staat, namentlich im Rahmen einer Vernehmungssituation. Diese Eingrenzung bezieht sich jedoch auf die äußeren Umstände und betrifft zunächst nicht den Täuschungsbegriff selbst. Die Täuschung im Sinne des § 136a StPO ist jedes bewusste Einwirken (staatlicher Stellen) auf die Vorstellungen eines Betroffenen, das auf eine Irreführung hinsichtlich Tatsachen oder Rechtsfragen gerichtet ist (um diesen für Vernehmungszwecke auszunutzen).³⁷

Die Auslegung des Begriffs der Täuschung im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ihrerseits lehnt sich an denjenigen des materiell-rechtlichen Begriffs an, der im Rahmen des Betrugstatbestands des § 263 StGB entwickelt worden ist.³⁸ Als Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB³⁹ ist der Täuschungsbegriff zudem normativ aufgeladen, sodass auch konkludentem Verhalten ein Erklärungswert zuerkannt wird.⁴⁰ Hier wird inzwischen jedes Verhalten, das objektiv geeignet und

³⁵ S. §§ 110c S. 2, 136a Abs. 1 S. 1, 476 Abs. 3 S. 1 StPO.

³⁶ S. §§ 100a Abs. 1, Abs. 2, 108a Abs. 1, 109a Abs. 1, 126 Abs. 2, 145 Abs. 1 Nr. 2, 145d Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3, 152a Abs. 1, 241 Abs. 2, 263 (Abs. 1), Abs. 3 Nr. 5, 265b Abs. 1, 267 Abs. 1, 268 Abs. 1, 269 Abs. 1, 270, 271 Abs. 2, 273 Abs. 1, 276 Abs. 1 Nr. 2, 277, 279, 281 Abs. 1 S. 1, 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

³⁷ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 136a Rn. 13 ff.; *Monka*, in: BeckOK StPO, § 136a StPO Rn. 15; vgl. *Diemer*, in: KK-StPO, § 136a Rn. 19.

³⁸ Vgl. nur *Monka*, in: BeckOK StPO, § 136a Rn. 15 ff.; *Gleiß*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 136a Rn. 39 ff. Zum Täuschungsbegriff i. S. d. § 263 StGB eingehend *Gaede*, in: AK-StGB, § 263 Rn. 9 ff.; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rn. 23 ff.; *Hefendehl*, in: MüKo StGB, § 263 Rn. 80 ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rn. 57 ff.; *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NSTZ 2007, 361; *Rönnau*, JuS 2002, 545 f.

³⁹ Zwar spricht der Wortlaut nicht von Täuschung, sondern von „Vorspiegelung falscher oder ... Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“. Die unwahre Tatsachenbehauptung wird aber einhellig als sinngleich zur Täuschung verstanden, vgl. etwa *Gaede*, in: AK-StGB, § 263 Rn. 10; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rn. 27; *Rönnau/Becker*, JuS 2014, 504, 505.

⁴⁰ *Gaede*, in: AK-StGB, § 263 Rn. 10; *Hefendehl*, in: MüKo StGB, § 263 Rn. 143 ff.; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rn. 30 ff.; *Rönnau*, JuS 2002, 545 f.

subjektiv bestimmt ist, einen Irrtum hervorzurufen, unter den Täuschungsbegriff subsumiert.⁴¹

2. Ausklammerung der kriminalistischen List

Die soeben dargelegte Täuschungs-Formel geht jedoch vielen Stimmen, einschließlich der Rechtsprechung, im Rahmen des § 136a Abs. 1 StPO zu weit.⁴² Die Täuschung beeinträchtigt die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung nicht in gleicher Weise wie körperliche Misshandlung und die anderen durch § 136a StPO verbotenen Vernehmungsmethoden.⁴³ Folglich hat sich ein Ansatz herausgebildet, um den Täuschungsbegriff des § 136a StPO zu begrenzen: Die sog. „kriminalistische List“ soll erlaubt bleiben und nicht als Täuschung zu verstehen sein.⁴⁴

Das StGB verwendet den Begriff der List lediglich im 18. Abschnitt – Straftaten gegen die persönliche Freiheit –,⁴⁵ der (überwiegend) das Rechtsgut der Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung schützt.⁴⁶ „List“ wird dort einheitlich als jedes Verhalten verstanden, das darauf abzielt, unter geflissentlichem oder geschicktem Verbergen der wahren Absichten und Umstände die Ziele des Täters durchzusetzen.⁴⁷ Das könne durch Täuschung im Sinne von Irrtumserregung geschehen, aber auch durch das Ausnutzen von Irrtum oder Unkenntnis.⁴⁸ Nach anderer Ansicht setzt List eine Täuschung in Form des Erre-

⁴¹ Vgl. BGHSt 47, 1, 3; *Beukelmann*, in: BeckOK StGB, § 263 Rn. 16 m.w.N.; *Gaede*, in: FS Roxin, S. 967 ff.; *Becker*, JuS 2014, 307, 311; *Krell*, JR 2020, 355, 359.

⁴² Für eine einschränkende Auslegung BGHSt 42, 139, 149 m.w.N.; *Baumann*, GA 1959, 33, 34; *Otto*, GA 1970, 289, 294; vgl. ferner *Kasiske*, StV 2014, 423, 427 ff.

⁴³ BGHSt 42, 139, 149.

⁴⁴ Monographisch zur kriminalistischen List *Prasch*, Die List in der Vernehmung; s. weiter *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 136a Rn. 15; *Dahle*, Kriminalistik 1990, 431. Grundlegend zur allgemeinen Unterscheidung von „List“ und Täuschung RGSt 17, 90 ff.; vgl. auch das Urteil in BGHSt 1, 199, 201, das die List als Oberbegriff und die Täuschung als einen Unterfall versteht.

⁴⁵ S. § 232 Abs. 2 Nr. 1 (Menschenhandel); § 232a Abs. 3 (Zwangsprostitution); § 232b Abs. 3 (Zwangsarbeit); § 234 Abs. 1 (Menschenraub); § 234a Abs. 1 (Verschleppung); § 235 Abs. 1 Nr. 1 (Entziehung Minderjähriger); § 237 Abs. 2 (Zwangsheirat). Vgl. auch § 224 Abs. 1 Nr. 3 (Gefährliche Körperverletzung) und § 109 StGB (Wehrpflichtentziehung durch Täuschung), wobei letzterer den engen Zusammenhang von (Arg-)List und Täuschung demonstriert: „arglistige, auf Täuschung berechnete Machenschaften“.

⁴⁶ *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, Vorbemerkung zu § 232 Rn. 1.

⁴⁷ BGHSt 16, 58, 62 m.w.N.; BGH, NStZ 1996, 276, 277; vgl. BGH, NJW 1997, 2609, 2610; OLG Celle, NJW 1996, 2666; *Renzikowski*, in: MüKo StGB, § 232 Rn. 88; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 234 Rn. 2; für eine engere Auslegung *Krack*, List, S. 18 ff.

⁴⁸ Vgl. BGHSt 1, 199, 201; 16, 58, 62; a. A. *Krack*, List, S. 75 ff., der ein zurechenbares Erregen des Irrtums fordert. Teils wird darüber hinaus ein gewisser Grad von „Klugheit, Schlaueit und Fertigkeit“ vorausgesetzt, s. OLG Celle, 1996, 2666; es reiche nicht „jede einfache, leicht durchschaubare Lüge“, *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, § 234 Rn. 38.

gens, Aufrechterhaltens oder Ausnutzens eines Irrtums voraus.⁴⁹ Eine weitere Auffassung fordert darüber hinaus in Abgrenzung zu einem bloßen Ausnutzen eines bereits bestehenden Irrtums die tatsächliche Beeinflussung des Denk- und Vorstellungsvermögens des Opfers.⁵⁰

Anders als im materiellen Recht soll die kriminalistische List im Rahmen des § 136a StPO jedoch explizit keine Täuschung darstellen.⁵¹ Die Abgrenzung zur verbotenen Täuschung richtet sich danach, ob die Freiheit der Willensentscheidung und Willensbetätigung erheblich beeinträchtigt ist oder weitgehend erhalten bleibt,⁵² ohne dass das Begriffspaar abschließend definiert worden wäre.⁵³ Stattdessen haben sich zahlreiche Fallgruppen herausgebildet. Insgesamt lässt sich die kriminalistische List als ein aus Ermittlungsperspektive geschicktes, trickreiches Vorgehen im Rahmen von Vernehmungen beschreiben. Fest steht, dass auch nach Ansicht der Rechtsprechung Lügen, also bewusst falsche Erklärungen über Rechtsfragen oder Tatsachen, Täuschungen im Sinne des § 136a StPO darstellen.⁵⁴ Fang- und Suggestivfragen sowie Doppeldeutigkeiten sollen dagegen unter die erlaubte kriminalistische List fallen.⁵⁵

3. Über die Lüge hinausgehendes Verständnis

Deutlich weiter greift andererseits die Auffassung, eine Täuschung sei „anders als die Lüge nicht auf explizit sprachliches Verhalten beschränkt“, sondern erfasse auch konkludentes Verhalten und Manipulation von Gegenständen, sofern damit auf das Vorstellungsbild eines anderen eingewirkt werden solle.⁵⁶ Damit wird im Ergebnis auf jedes kommunikative Element verzichtet.

4. Eigene Interpretation

Tatsächlich ist die Lüge laut Duden eine bewusst falsche, auf Täuschung angelegte *Aussage* oder auch die absichtlich, wissentlich *geäußerte* Unwahrheit.⁵⁷ Es

⁴⁹ S. nur Bohnert, GA 1978, 353, 362.

⁵⁰ Krack, List, S. 25 ff., 75 ff.

⁵¹ BGHSt 35, 328, 329; BGH, NStZ 1997, 251 f. m. Anm. Wollweber, NStZ 1998, 311; Salvenmoser/Schreier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Kap. 15 Rn. 170; gegen diese Differenzierung Rogall, in: SK-StPO, § 136a Rn. 56 m.w.N.; eingehend zur Problematik der List im Verhör Puppe, GA 1978, 289.

⁵² Diemer, in: KK-StPO, § 136a Rn. 19.

⁵³ S. etwa BGHSt 35, 328.

⁵⁴ BGHSt 31, 395, 399 f. m.w.N.; 35, 328, 329.

⁵⁵ BGHSt 37, 48, 52 f.; BGH, NStZ 1997, 251; Kleinknecht, JZ 1953, 531, 534; krit. Saliger, in: Recht und Lüge, S. 93, 113.

⁵⁶ Saliger, in: Recht und Lüge, S. 93, 113.

⁵⁷ Duden, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Luege>, Stand: 30.05.2022; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

entspricht dem allgemeinen Sprachverständnis, dass Lügen „erzählt“ werden müssen; ein stillschweigendes Verhalten dagegen, sei es auch noch so vielsagend, passt nicht unter diesen Begriff.

Wie verhält es sich aber mit der Täuschung? Es überzeugt, dass jede Lüge, also das absichtliche Äußern einer Unwahrheit, zugleich eine Täuschung ist.⁵⁸ Denn die Lüge wirkt stets bewusst auf das Vorstellungsbild des Gegenübers ein, um einen Irrtum hervorzurufen.

Der Auffassung, der allgemeine Täuschungsbegriff sei weiter als der der Lüge zu verstehen, ist zuzustimmen: Dass die Einwirkung nicht nur mündlich, sondern auch schriftlich oder – sofern dem Verhalten ein entsprechender Erklärungswert zukommt – durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann, ist auch außerhalb des § 263 StGB einleuchtend, zumal Kommunikationswege vielfältig sind und Differenzierungen anhand von Zufälligkeiten nicht zu schlüssigen Ergebnissen führen (man denke an ein Nicken statt eines ausgesprochenen „Ja“s).

Allerdings setzt eine Täuschung schon vom natürlichen Sprachverständnis her wenigstens ein Element der Kommunikation voraus.⁵⁹ Das gilt insbesondere auch für Fälle des Unterlassens. Erfolgt überhaupt kein irgendwie gearteter Austausch, handelt es sich stattdessen um eine Heimlichkeit bzw. verdecktes Vorgehen.⁶⁰ Die bloße Manipulation von Gegenständen schon als Täuschung zu begreifen, überdehnt den natürlichen Wortsinn und stellt somit nach hier vertretenen Auffassung keine Täuschung dar.

Für den allgemeinen Täuschungsbegriff, der in dieser Arbeit zugrunde gelegt werden soll, empfiehlt sich eine Orientierung an den Formeln der § 263 StGB und § 136a StPO. Allerdings besteht kein Anlass, die Täuschung bereits auf Definitionsebene einzugrenzen und die kriminalistische List auszuklammern. Auch die Stimmen im Rahmen der Debatte um die verbotenen Vernehmungsmethoden begründen die Einschränkung des dort verwendeten Täuschungsbegriffs nicht mit Wortlautargumenten, sondern teleologisch und systematisch. Für die Zwecke dieser Arbeit ist hingegen nicht maßgeblich, ob § 136a StPO aus kriminalpolitischer Sicht zu weit geraten ist, zumal mit der hier vorgelegten allgemeinen Definition der Täuschung noch nichts über deren Zulässigkeit gesagt ist.

Demnach ist die Täuschung, wie sie hier verstanden wird, jedes bewusste kommunikative Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen zum Hervorrufen eines Irrtums.

⁵⁸ Vgl. auch *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 33.

⁵⁹ Ebenfalls das kommunikative Element betont *Prasch*, Die List in der Vernehmung, S. 9.

⁶⁰ So wohl auch *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 33.

IV. Zusammenfassende Einordnung der Legendierten Kontrolle

„Verdeckte“ und „heimliche Maßnahmen“ werden richtigerweise überwiegend synonym verwendet. Gemeint sind Maßnahmen, die ohne das Wissen eines Betroffenen und ohne eine in diesem Zusammenhang stehende Kommunikation stattfinden und bei denen es gerade darauf ankommen soll, dass der Betroffene nichts von ihnen erfährt. „Täuschung“ setzt demgegenüber eine irgendwie gearbete, wenigstens konkludente Kommunikation voraus. Hier wird auf das Vorstellungsbild des Betroffenen eingewirkt, um einen Irrtum zu erregen oder aufrecht zu erhalten. Die Frage, ob ein Aufklärungsanspruch des Betroffenen besteht und ob ein Grundrechtseingriff stattfindet, ist für die Qualifizierung als Täuschung zunächst noch irrelevant.

Extremfälle wie das Abhören eines Telefons (Heimlichkeit/verdeckte Maßnahme) oder das explizite Anlügen eines Betroffenen (Täuschung) sind regelmäßig leicht einzuordnen; die Grenzen zwischen Heimlichkeit und konkludenter Täuschung sowie Täuschung durch Unterlassen verlaufen hingegen fließend.⁶¹ Eine „bloße“ Heimlichkeit kann durch ein graduell verstärktes Element der Lüge zur konkludenten Täuschung werden. Daher ist in solchen Fällen eine genauere Betrachtung des Einzelfalls vonnöten.

Bei der Legendierten Kontrolle handelt es sich um einen Sonderfall, in dem die Ermittlungsbehörden dem Verdächtigen offen in ihrer Funktion gegenübertreten, ihn jedoch über den Hintergrund und die Natur der folgenden Ermittlungsmaßnahmen im Dunklen lassen bzw. aktiv einen falschen Kontroll-Anlass vorspiegeln. Die Legendierte Kontrolle beinhaltet folglich sowohl offene Elemente als auch heimliche bis täuschende.

⁶¹ So auch *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 35: „Heimlichkeit, List und Täuschung (...) gehen ineinander über und teilweise ineinander auf.“

2. Kapitel

Organisierte Kriminalität zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Einleitend soll das Phänomen Organisierte Kriminalität näher erläutert werden, um im Folgenden nachzuvollziehen, wieso Legendierte Kontrollen gerade in diesem Kriminalitätsbereich eingesetzt werden, ob sie sich in das bestehende System verdeckter Maßnahmen einfügen und ob sie vor diesem Hintergrund notwendig erscheinen.

A. Phänomen Organisierte Kriminalität

I. Begriff

Ist von Organisierter Kriminalität die Rede, führt das im alltäglichen Sprachgebrauch oftmals zu Assoziationen mit der (italienischen) Mafia. Und tatsächlich wurde die Thematik ursprünglich nicht als ein deutsches Problem diskutiert, sondern vornehmlich als ein das Ausland betreffendes. So gab es auch erst ab Mitte der 70er Jahre erste Versuche in Deutschland, das Organisierte Verbrechen verbindlich zu definieren.¹ Ausländische Erkenntnisse sollten aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen nicht übernommen werden.²

1. Strafrechtliche Terminologie

a) Definitionsversuche

Der hoch umstrittene Begriff der Organisierten Kriminalität wird als „schillernd“³ und „ominös“⁴ bezeichnet. Bis heute legt ihn weder die StPO fest noch

¹ Eingehend zur historischen Begriffsentwicklung auch unter Verweis auf internationale Definitionen *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 50 ff. m.w.N.; *Möhn*, Organisierte Kriminalität, S. 65 ff.; s. auch *Schneider*, in: FS Stree/Wessels, S. 813; *Ostendorf*, JZ 1991, 62 f.

² Insbesondere geht man nicht von mafiaähnlichen Strukturen aus, *Schoreit*, StV 1991, 535; vgl. auch *Rebscher/Vahlenkamp*, Organisierte Kriminalität, S. 136 f.

³ *Rupprecht*, Kriminalistik 1993, 131; vgl. *Kniesel*, ZRP 1987, 377, 379.

⁴ *von Lampe*, Kriminalistik 2001, 465; vgl. auch *Dessecker*, NSTZ 2009, 184, 188: Organisierte Kriminalität gelte in der Kriminologie geradezu als „Paradebeispiel für ein

das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG),⁵ die erste gesetzgeberische Reaktion auf organisiertes Verbrechen.⁶

Der Große Senat für Strafsachen charakterisiert das organisierte Verbrechen als darauf angelegt, die Hauptpersonen nicht nach außen hervortreten zu lassen, während die Randfiguren beliebig austauschbar und ersetzbar seien.⁷ Deren Überführung störe den kriminellen Betrieb in der Regel nicht, da sie keinen Einblick in die inneren Strukturen der Gesamtorganisation hätten oder mittels Schweigegelds und Drohungen von einer Aussage abgehalten würden. Die Organisationen übernähmen die strafrechtliche Verteidigung und auch die Familien der Nebenmänner erhielten währenddessen finanzielle Unterstützung, um ihre Solidarität der Organisation gegenüber zu sichern.⁸ Diese Merkmale nennt wiederum auch die Entwurfsbegründung des OrgKG.⁹

Hingegen dient der Begriff „Organisierte Kriminalität“ bis heute nicht als strafrechtliches Tatbestandsmerkmal;¹⁰ ein formelles strafrechtliches Gesetz ist wohl auch aufgrund der unklaren Abgrenzung zum Bandenbegriff nicht geschaffen worden.

Daher wird oftmals auf folgende Definition zurückgegriffen, die seit Mai 1990 in den „Gemeinsame[n] Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität“ enthalten ist:

diffuses Konstrukt“; ferner *Hassemer*, der darauf hinweist, dass das Phänomen kriminologisch keineswegs aufgeklärt sei, *ders.*, KJ 1992, 64.

⁵ OrgKG v. 15.07.1992, BGBl. I S. 1302.

⁶ Es folgten das Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20.12.1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 02.08.1993 (BGBl. I S. 1407), das Gesetz zur Überwachung des Verkehrs mit Grundstoffen, die für die unerlaubte Herstellung von Betäubungsmitteln missbraucht werden können (Grundstoffüberwachungsgesetz – GÜG) vom 07.10.1994 (BGBl. I S. 2835) bzw. das Gesetz zur Neuregelung des Grundstoffüberwachungsrechts vom 11.03.2008 (BGBl. I S. 306) und das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 18.10.1994 (BGBl. I S. 3186).

⁷ BGH, NJW 1984, 247.

⁸ BGH, NJW 1984, 247.

⁹ BT-Drs. 12/989, S. 20.

¹⁰ Vgl. aber den Tatbestand des § 129 StGB, der die Bildung krimineller Vereinigungen unter Strafe stellt (ohne den Begriff „Organisierte Kriminalität“ zu verwenden). Die Norm dient der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI v. 24.10.2008 des Rates zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (ABl. L 30 v. 11.11.2008, S. 42), geändert mit Wirkung zum 22.07.2017 durch das 54. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität) v. 17.07.2017 (BGBl. 2017 I 2440).

„Organisierte Kriminalität ist die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig

- a) unter der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen
- b) unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder
- c) unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft

zusammenwirken.“¹¹

b) Kritik

Da die einzelnen Voraussetzungen nicht kumulativ vorliegen müssen, ergibt sich ein denkbar weiter Anwendungsbereich.¹² Freilich handelt es sich um zwei Seiten derselben Medaille, wenn die Befürworter gerade die Flexibilität der Formel loben,¹³ während andere wegen deren Weite und Unbestimmtheit Kritik üben.¹⁴ Insbesondere leiste sie keinen Beitrag zur trennscharfen Abgrenzung zu anderen Mehrtätergruppen (Banden).¹⁵ Bei dem Versuch, alle möglichen verschiedenen Formen zu erfassen, mangle es an Strukturierung.¹⁶ Außerdem wird bemängelt, bei einer zu weiten Interpretation könnte es zu einem Abnutzungseffekt und damit einhergehend zu einer ungewollten Verharmlosung realer Gefahren kommen.¹⁷ Zudem sei fast jedes Merkmal interpretationsbedürftig.¹⁸ Eine kategorisierte Indikatorenliste des BKA soll zwar die Einordnung erleichtern, indem sie als Konkretisierung der oben zitierten Definition zahlreiche verschiedene Kriterien nennt. Zugleich macht die umfangreiche Liste die Unbestimmtheit der

¹¹ S. RiStBV, Anlage E Nr. 2.1. Explizit nicht erfasst sind terroristische Organisationen, um die es im Weiteren auch nicht gehen soll. Laut Bundesrat gehören grundsätzlich auch die Taten zur Organisierten Kriminalität, die dem Machtaufbau und dem Machterhalt der Organisation dienen, BR-Drs. 12/989, S. 24.

¹² Wittkämper/Krevert/Kohl, Innere Sicherheit, S. 49. Bei einer kumulativen Anwendung der Voraussetzungen würde die Definition laut Müller, MSchrKrim 1998, 272, 275 hingegen zu eng.

¹³ Wittkämper/Krevert/Kohl, Innere Sicherheit, S. 47 ff.

¹⁴ Für „unscharf“ und damit „normativ untauglich“ befindet sie etwa Rupprecht, Kriminalistik 1993, 131; ebenfalls krit. Ostendorf, JZ 1991, 62, 63: „Es gibt im deutschen Strafrecht keinen unbestimmteren Begriff als OK.“

¹⁵ Zum Bandenbegriff s. BGH, NStZ-RR 2016, 375, 376 (§ 30 BtMG) sowie BGH, NStZ-RR 2016, 11 (§ 244 StGB) in: Hoyer, in: SK-StGB, § 244 Rn. 32 ff.

¹⁶ Vgl. Müller, MSchrKrim 1998, 272, 274; für einen Überblick zu der Kritik s. Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 61 ff.

¹⁷ So die Befürchtungen von Zachert, in: FS Miyazawa, S. 286.

¹⁸ Rupprecht, Kriminalistik 1993, 131; weitere Nachweise bei Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 61.

Formel auch besonders augenfällig. Folglich kursieren zahlreiche weitere deutsche und internationale Definitionsvorschläge.¹⁹

c) Handhabung der Praxis

Die Praxis arbeitet trotz der bestehenden Unschärfen mit der oben vorgestellten „halboffiziellen“²⁰ Definition. Sie hat nicht den Rang eines förmlichen Gesetzes, ist aber in die RiStBV²¹ aufgenommen worden und dient somit der Praxis als Orientierung: In verfahrenstechnischer Hinsicht regelt sie polizeiliche sowie staatsanwaltschaftliche Zuständigkeiten und dient indirekt als Schwelle für aufwändige Ermittlungsarbeiten.²² Zwar handelt es sich – wie erwähnt – um kein Tatbestandsmerkmal. Jedoch knüpft die StPO Folgen an die Voraussetzung der Straftat von erheblicher Bedeutung, die im Kontext Organisierter Kriminalität stets vorliegen wird.²³ Aus kriminalpolitischer Sicht bildet die Definition von 1990 zudem die Grundlage für polizeiliche Lagebilder.²⁴

Stellt „Organisierte Kriminalität“ auch kein materiellrechtliches Tatbestandsmerkmal dar, so zeugen doch die zahlreichen Schwerpunktabteilungen sowohl bei den Staatsanwaltschaften als auch bei den Polizeibehörden davon, dass der Staat dem Phänomen durchaus eine erhebliche Bedeutung zumisst. Erklären lässt sich diese Zuständigkeitsbündelung damit, dass zum einen (überwiegend) Organisierter Kriminalität eine besondere Gefährlichkeit zugesprochen wird.²⁵ Zum anderen gestalten sich die Ermittlungen in komplexen hierarchischen Strukturen regelmäßig als besonders schwierig, zumal einflussreiche kriminelle Akteure Druck auf Zeugen ausüben können und daher typischerweise kaum Kooperationsbereitschaft gegenüber der Justiz besteht. Gerade die hochrangigsten Verantwortlichen werden durch zahlreiche weitere Ebenen abgeschirmt und sind daher am schwersten zu überführen. Die Praxis erkennt daher ein Bedürfnis besonderer Expertise und Schlagkraft im Umgang mit Organisierter Kriminalität an.²⁶ Die Einstufung als Organisierte Kriminalität dient so wenigstens faktisch der Rechtfertigung besonders aufwändiger Ermittlungen.

¹⁹ Eine Sammlung deutscher Definitionsversuche bietet *Möhn*, Organisierte Kriminalität, S. 249 ff.

²⁰ So *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 72.

²¹ RiStBV Anlage E.

²² Vgl. *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 61.

²³ Dazu auch *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 61.

²⁴ Vgl. § 2 Abs. 6 Nr. 1 BKAG; *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 60. Für die Schaffung einer gesetzlichen Definition *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, D. Rn. 213.

²⁵ Näher sogleich unter 2. Kap. A.III.

²⁶ S. etwa die Charakterisierung in BGH, NJW 2000, 1123: „besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität, zu der insbesondere auch der Rauschgifthandel gehört“.

2. Polizeirechtliche Definitionen

Einige Länder nehmen in ihrem Gefahrenabwehrrecht eine Begriffsbestimmung vor. Exemplarisch sei § 2 Abs. 5 Hmb PolDVG herausgegriffen, der die oben genannte Definition aus den Gemeinsamen Richtlinien von 1990 weitgehend übernimmt und auf die Stufe eines förmlichen Gesetzes stellt. Eine Eingrenzung erfährt die Formel insofern, als dass nach § 2 Abs. 2 Hmb PolDVG nur Straftaten von erheblicher Bedeutung, namentlich Verbrechen sowie bestimmte schwerwiegende Vergehen erfasst sein sollen. Auch diese Definition bietet angesichts der Vielzahl der Varianten erheblichen Interpretationsspielraum. Eine Besonderheit besteht insofern, als hier das hamburgische Gesetz eine Rechtsfolge an die Einordnung als Organisierte Kriminalität knüpft, nämlich eine Erweiterung der Befugnisse zur Datenverarbeitung (§ 34 Abs. 4 Hmb PolDVG). Andere Landesgesetze verwenden nicht explizit den Begriff der Organisierten Kriminalität, definieren aber Vergehen als Straftaten mit erheblicher Bedeutung, die „gewerbs-, gewohnheits-, serien- oder bandenmäßig oder *sonst organisiert* begangen werden“ und im Einzelfall schwerwiegend sind.²⁷

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann die Organisierte Kriminalität in der Praxis je nach Begriffsverständnis viele Formen annehmen, sodass eine trennscharfe Abgrenzung häufig schwerfällt.²⁸ Dementsprechend ist auch eine akkurate Bestandsaufnahme oder Messung des Phänomens erheblich erschwert.²⁹ Überwiegende Einigkeit besteht dennoch hinsichtlich bestimmter Annahmen: Erstens gehen der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und der weit überwiegende Teil der Literatur (wenigstens implizit) davon aus, dass Organisierte Kriminalität überhaupt existiert.³⁰ Zweitens gilt sie als auf Profit angelegte, schwere (Transaktions-)Kriminalität.³¹ Drittens stellt sie die Ermittlungsbehörden regelmäßig vor besondere Schwierigkeiten, wenn diese in innere Kreise vorzudringen oder gar die Organisation zu zerschlagen versuchen.³²

²⁷ S. z. B. § 13 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HSOG, Hervorhebung durch die Verfasserin.

²⁸ Von „sprachlicher Verwirrung“ spricht *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 42.

²⁹ *Schoreit*, StV 1991, 535 mit Verweis auf die Untersuchung von *Rebscher/Vahlenkamp*, Organisierte Kriminalität, S. 136, 148.

³⁰ „Die organisierte Kriminalität ist eine im polizeilichen Denken tiefverwurzelte Erscheinung“, *Schoreit*, StV 1991, 535; vgl. auch *Rönnau*, Vermögensabschöpfung, S. 213.

³¹ *Zachert*, Kriminalistik 1990, 622, 623; *Müller*, MSchrKrim 1998, 272.

³² Vgl. BR-Drs. 12/989, S. 41; BGHSt 45, 321.

II. Haupteinnahmequelle Drogenkriminalität

Da die Legendierte Kontrolle in der Praxis ganz überwiegend dem Aufspüren und der Beschlagnahme von Betäubungsmitteln dient, ist die Organisierte Drogenkriminalität als Teilbereich Organisierter Kriminalität vorliegend von besonderem Interesse.

1. Zusammenhang zwischen Drogen- und Organisierter Kriminalität

Das Geschäft mit Drogen bildet seit jeher eine der Haupteinnahmequellen Organisierter Kriminalität. Der Gesetzgeber etwa betrachtet Rauschgiftkriminalität schon ausweislich des Titels des OrgKG als eine der Haupterscheinungsformen bzw. die bandenmäßige Betäubungsmittelkriminalität als „Kern“ oder auch „besonders bedeutende[n] und besonders vordringlich zu bekämpfende[n] Teil Organisierter Kriminalität“.³³

Dieser Zusammenhang erklärt sich vor dem wirtschaftlichen Hintergrund des Geschäftsmodells Organisierter Kriminalität: die Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse, die nicht auf legale Art bedient werden können.³⁴ Denn Organisierte Kriminalität beruht auf wirtschaftlichen Erwägungen.³⁵ Die Bereitstellung illegaler Güter oder Dienstleistungen reicht zwar für die Bildung von Organisierter Kriminalität nicht aus, denn auch ein Einzeltäter oder Banden könnten in diesem Bereich agieren. Organisierte Kriminalität findet ihre „Nische“ aber dort, wo die Produktion eines illegalen Gutes die Bildung eines Monopols fördert oder erlaubt.³⁶ Monopole entstehen vor allem bei hohen Fixkosten, sodass ein Unternehmen erst ab einer bestimmten Auslastung rentabel wird. Der Vorteil technischer Größe kommt einer ganzen Organisation gegenüber einer kleineren Bande zugute. Ebenso verhält es sich bei Märkten, die einen erheblichen Kapitaleinsatz fordern, denn Organisierte Kriminalität ist anderen Tätern durch ihren Pool an Geldern überlegen.³⁷ Schließlich fördern hohe Marktzutrittsschranken die Bildung von Monopolen. Das kann etwa das Erfordernis von Patenten oder Lizenzen sein, aber auch Pönalisierung fungiert aus wirtschaftlicher Sicht als eine Marktzutrittsschranke. Die etablierten Anbieter, die sich über Strafvorschriften hinwegsetzen, müssen nicht mit den potenziellen Anbietern konkurrieren, die von der Strafandrohung abgeschreckt werden.³⁸

³³ BR-Drs. 12/989, S. 1, 20; s. auch BT-Drs. 13/4942, S. 4; *Temming*, in: BeckOK StPO, RiStBV 257 Rn. 1; *Hassemer*, KJ 1992, 64, 65.

³⁴ *Müller*, MSchrKrim 1998, 272.

³⁵ S. nur *Zachert*, Kriminalistik 1990, 622, 623.

³⁶ Aus ökonomischer Sicht *Müller*, MSchrKrim 1998, 272; vgl. auch *Schneider*, in: FS Stree/Wessels, S. 813 ff. m.w.N.

³⁷ *Müller*, MSchrKrim 1998, 272, 275.

³⁸ Daher krit. *Müller*, MSchrKrim 1998, 272, 277: „Staatliche Strafvorschriften führen zu einer Art Patentierung illegalen Unternehmerhandelns.“

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der illegale Drogenmarkt als Geschäftsbereich wie geschaffen ist für Organisierte Kriminalität. Gerade die Produktion von illegalen Betäubungsmitteln „im großen Stil“ bedarf eines erheblichen technischen und finanziellen Aufwands, zugleich ist das Recht (regelmäßig auch auf internationaler Ebene)³⁹ vergleichsweise repressiv, während von Seiten der Bevölkerung eine relativ große Nachfrage und somit eine hohe Rentabilität besteht.⁴⁰ Insbesondere das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist daher regelmäßig in Strukturen Organisierter Kriminalität eingebettet.⁴¹

2. Drogendelikte

Der Umgang mit Rauschgift und vergleichbaren Substanzen ist heute vornehmlich durch das Betäubungsmittelgesetz (BtMG) geregelt und weitgehend pönalisiert.⁴² Die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen soll der „öffentlichen Aufgabe von großer Bedeutung“ dienen, die von Drogen ausgehenden Suchtgefahren zu bekämpfen.⁴³ Unter Betäubungsmittel-, Rauschgift- oder Drogenkriminalität⁴⁴ werden insbesondere Verstöße gegen das BtMG sowie gegen das ergänzende Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG)⁴⁵ verstanden. Davon zu unterscheiden ist die direkte und indirekte Beschaffungskriminalität, also Delikte, die zwar auf die Erlangung oder Finanzierung von Betäubungsmitteln gerichtet sind, aber ihrerseits nicht zwingend selbst gegen das BtMG verstoßen.⁴⁶

Das BtMG erfasst Opioide wie Morphin und Heroin, Kokain, Cannabis (Marihuana, Haschisch), Stimulanzien (wie Amphetamine, Crystal) und Halluzino-

³⁹ Als besonders rigoros gilt Asien, insbesondere Malaysia und Singapur, wo für den Handel mit Rauschgift eine mandatorische Todesstrafe gilt. Gerade im europäischen Raum verfolgen hingegen einige Staaten einen eher präventiven Ansatz, beispielsweise die Niederlande oder die Schweiz, vgl. *Kurzer*, Internationale Drogenpolitik, S. 22.

⁴⁰ Bereits im Jahr 1991 wurde der in Deutschland erzielte Umsatz auf zwei bis vier Milliarden DM geschätzt, BT-Drs. 12/989, S. 20.

⁴¹ *Temming*, in: BeckOK StPO, RiStBV 257 Rn. 1 m.w.N.

⁴² Zur Gesetzeshistorie und Verschärfung des BtMG im Überblick vgl. *Patzak*, in: KPV BtMG, Vor §§ 29 ff. BtMG Rn. 1 ff. Eingehend *Oğlakcioğlu*, in: MüKo StGB, Vor § 1 BtMG Rn. 57 ff. Vgl. außerdem das AMG, GÜG, NpSG, AntiDopG und weitere Verordnungen.

⁴³ BVerfGE 44, 353, 374.

⁴⁴ Näher zu den Begrifflichkeiten vgl. *Oğlakcioğlu*, in: MüKo StGB, § 1 BtMG Rn. 1.

⁴⁵ Dem NpSG unterliegen 2-Phenethylamine und synthetische Cannabinoide. Neue psychoaktive Stoffe (NPS) unterscheiden sich chemisch oft nur geringfügig von den herkömmlichen Betäubungsmitteln und besitzen eine vergleichbare psychoaktive Wirkung. Obwohl das Handeltreiben mit NPS gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 NpSG strafbewehrt ist, werden regelmäßig Gesetzeslücken ausgenutzt, um NPS als sog. „Legal Highs“ zu vertreiben.

⁴⁶ Näher unter Inbezugnahme statistischer Erhebungen *Weber*, BtMG, Einleitung Rn. 105 ff.

gene (etwa LSD).⁴⁷ Auf tatbestandlicher Ebene differenzieren die Straftatbestände (§§ 29 ff. BtMG) nicht zwischen sog. „harten“ und „weichen“ Drogen. Die Art der verbotenen Substanz kann lediglich im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden. Als Grundtatbestand pönalisiert § 29 BtMG nahezu jeden Umgang mit verbotenen Substanzen.⁴⁸ § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verbietet u. a. das unerlaubte Anbauen, Herstellen, Handeltreiben, Einführen, Ausführen, Durchführen, Veräußern, Abgeben, Sonst-In-Verkehr-Bringen, Erwerben sowie das In-sonstiger-Weise-Verschaffen. Unter Strafe steht somit auch jegliche Form des umgangssprachlichen „Drogenschmuggels“. Aufgrund der umfassenden Kriminalisierung jeder nicht staatlich autorisierten gewerblichen Tätigkeit in Zusammenhang mit Betäubungsmitteln scheitern Ermittlungen im Bereich der Organisierten Drogenkriminalität kaum je an Strafbarkeitslücken, sondern am Nachweis der Tatbestandserfüllung.

III. Bedrohte Rechtsgüter

Die Gefährlichkeit, die von Organisierter Kriminalität ausgeht, betrifft nicht nur die Rechtsgüter, die durch die im Einzelfall verletzten Strafnormen geschützt sind. Vielmehr verleiht der Umstand ihrer *Organisation* der Kriminalität eine besondere Qualität, die die oben erwähnten Spezialzuständigkeiten erforderlich scheinen lässt. Da aber schon die Definition der Organisierten Kriminalität umstritten ist, überrascht es nicht, dass auch die von ihr ausgehenden Gefahren nicht einhellig benannt werden.

1. Risiken durch Organisierte Kriminalität im Allgemeinen

Als Hauptangriffspunkte werden die Gefährdung der Demokratie bzw. der gesamten Gesellschaft,⁴⁹ eine Werte-Erosion, die zusätzliche Gefahr durch Technologisierung und Arbeitsteilung sowie eine Bedrohung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung diskutiert.⁵⁰

So beruft sich das BVerfG in seiner Cannabis-Entscheidung auf das Suchtstoffübereinkommen der Vereinten Nationen von 1988, dessen Gefahreinschätzung sich die Bundesrepublik durch die Ratifizierung zu eigen gemacht hat:

„Das Übereinkommen stellt insbesondere fest, daß der unerlaubte Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen Kinder als Verbraucher ausbeutet und eine organisierte Kriminalität fördert, welche die rechtmäßige Wirtschaft untergräbt und die Stabilität, Sicherheit und Souveränität der Staaten gefährdet“, zudem „zu hohen finan-

⁴⁷ § 1 Abs. 1 i. V. m. Anlage I, II BtMG.

⁴⁸ Malek, in: Spickhoff, § 29 BtMG Rn. 1; Patzak, in: KPV BtMG, § 29 Rn. 1.

⁴⁹ BT-Drs. 13/4942, S. 4.

⁵⁰ Systematisierung nach Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 77 ff.

ziellen Gewinnen und Reichtümern führt, die es transnationalen kriminellen Vereinigungen ermöglichen, die Strukturen des Staates, die rechtmäßigen Handels- und Finanzgeschäfte und die Gesellschaft auf allen Ebenen zu durchdringen, zu vergiften und zu korrumpieren“.⁵¹

Die Einflussnahme auf Rechts- und Politiksystem durch Korrumpierung soll auch bedrohlich für das Gemeinwesen und den Einzelnen wirken, etwa indem Alternativstrukturen Organisierter Kriminalität durch wirtschaftliche Macht das Gewaltmonopol des Staates womöglich infrage stellen.⁵² Korruption wiederum kann staatliche Stellen unterwandern und einen Vertrauensverlust der Bevölkerung bewirken.⁵³ Daher wird Organisierte Kriminalität teils als Hauptfeind eines freiheitlich-demokratischen Staates begriffen.⁵⁴

Daneben besteht die Besorgnis, dass durch die Reinvestition illegaler Gewinne in legale Geschäfte allmählich die Grenzen des sozial Tolerierten infrage gestellt und verschoben werden. Schwindet das Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung, könnte der Wettbewerb durch illegale Vorteile gegenüber legal agierenden Unternehmen verzerrt werden.⁵⁵

Ganz im Gegenteil könnte mit dem zunehmenden Einfluss von Organisierter Kriminalität aber auch ein Verlust des Sicherheitsgefühls und des Vertrauens in die Fähigkeit staatlicher Instanzen, die Bevölkerung wirksam vor Kriminalität zu schützen, einhergehen.⁵⁶

Kritiker bringen wiederum vor, die Gefahren durch Organisierte Kriminalität würden überschätzt und zur Rechtfertigung einer vorbeugenden Verbrechensbekämpfung benutzt. Insbesondere sei das gesteigerte Kriminalitätsrisiko aufgrund erhöhter Technologisierung und Arbeitsteilung kein Alleinstellungsmerkmal Organisierter Kriminalität, sondern treffe für sämtliche Mehrtätergruppen bzw. im Falle der Technologisierung sogar für potenziell jeden Einzeltäter zu. Daher erheben einige Stimmen den Vorwurf, die Warnungen vor dem programmatisch genutzten Begriff dienten lediglich der Durchsetzung bestimmter sicherheitspolitischer Interessen.⁵⁷

⁵¹ BVerfGE 90, 145, 174 f.

⁵² Göppinger, 549; vgl. auch BT-Drs. 13/4942, S. 4; dazu Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 79 m.w.N.

⁵³ Zum Rechtsgut der Korruptionsdelikte s. Rogall, in: SK-StGB, Vorbem. zu den §§ 298 ff. Rn. 2 ff.; Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 15; Rönnau, in: Korruption im Sport, S. 18 f.; vgl. ders., in: Hdb. WiStra, Teil 3 Kap. 2 Rn. 12 f. m.w.N.; Vasilikou, Zuwendungen, S. 69 ff.

⁵⁴ So etwa bereits ausweislich des Titels *Keller/Böhm*, Staatsfeind Organisiertes Verbrechen; s. auch Zachert, Kriminalistik 1990, 622, 623; Wittkämper/Krevert/Kohl, Inhere Sicherheit, S. 46; zum Ganzen Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 77 m.w.N.

⁵⁵ Graf, Rasterfahndung, S. 77 f.

⁵⁶ Vgl. Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, 57, 63.

⁵⁷ Im Überblick Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 83 ff. m.w.N.

Greift man die Organisierte Drogenkriminalität als Teilbereich der Organisierten Kriminalität heraus, lassen sich die bedrohten Rechtsgüter hingegen etwas klarer konturieren, wenngleich auch hier die Einzelheiten nicht unbestritten sind.

2. Risiken durch Organisierte Drogenkriminalität im Speziellen

So entfachte die Frage nach den Schutzgütern des BtMG eine (erneute) Debatte um die Rechtsgutslehre.⁵⁸ Der Gesetzgeber begründete die strafrechtlichen Sanktionen zunächst mit dem erforderlichen Schutz des Individuums und seines unmittelbaren Umfelds, der Familie,⁵⁹ erwähnte aber auch die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.

1980 erhob der Gesetzgeber die Volksgesundheit⁶⁰ zum eigenständigen Schutzgut:

„Der ständige Anstieg der Rauschgiftdelikte zwingt, zum Schutze der Volksgesundheit und der sozialen Interessen der Gesellschaft als äußerste Maßnahme auch verschärfte strafrechtliche Vorschriften gegen diese Kriminalität zu erlassen.“⁶¹

Trotz umfassender Kritik von Seiten der Wissenschaft⁶² erkannte daraufhin auch der BGH die Volksgesundheit in ständiger Rechtsprechung als eigenständiges Rechtsgut an.⁶³ Das BtMG diene nicht ausschließlich, nicht einmal in erster Linie, dem Individualschutz.⁶⁴ Dieser Auffassung hat sich auch das BVerfG in seinem bereits erwähnten Cannabis-Urteil angeschlossen.⁶⁵

Die Kritik der Literatur lässt sich im Wesentlichen in zwei Strömungen unterteilen:⁶⁶ Einerseits lehnen die Vertreter der personalen Rechtsgutslehre die Volksgesundheit als Universalrechtsgut allgemein ab.⁶⁷ Andererseits bezweifeln

⁵⁸ Zum Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts monographisch *Amelung*, Rechtsgüterschutz; s. auch *Joecks/Erbs*, in: MüKo StGB, Einl. Rn. 28 m.w.N.; instruktiv *Rönnau*, JuS 2009, 209 m.w.N.; im Überblick *Francuski*, Prozeduralisierung, S. 40 ff. m.w.N.

⁵⁹ BR-Drs. 665/70 (neu), S. 2. Auch BT-Drs. 8/3551, S. 23 nennt den Schutz menschlicher Gesundheit an erster Stelle.

⁶⁰ Krit. *Böllinger*, der den Begriff als „faschistoid“ bezeichnet, *ders.*, KJ 1994, 405, 411.

⁶¹ BT-Drs. 8/3551, S. 35, vgl. auch S. 37.

⁶² Eine Zusammenfassung der Debatte bietet *Oğlakcioğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 79 ff. Monographisch zum Rechtsgut s. *Haas*, Volksgesundheit. Zur Kritik der Wissenschaft *Hassemer*, JuS 1992, 113 ff.

⁶³ Erstmals BGH, BeckRS 1975, 00240; dem nachfolgend BGH, NJW 1983, 692, 693; eingehend BGH, NJW 1991, 307, 309; vgl. auch BGHSt 37, 179, 182.

⁶⁴ BGH, NJW 1991, 307, 309.

⁶⁵ BVerfGE 90, 145.

⁶⁶ *Oğlakcioğlu*, in: MüKo StGB, BtMG, Vorbemerkung zu § 29 Rn. 18; vgl. *ders.*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 79 ff. m.w.N.

⁶⁷ *Hassemer*, JuS 1992, 110, 113, der die Erhebung der Volksgesundheit zum Rechtsgut darüber hinaus als „sachlich falsch“ befindet. Ähnlich *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 142 f.

auch Stimmen, die dieser Lehre nicht anhängen, die Konkretisierbarkeit und den eigenen Sinngehalt des Rechtsguts Volksgesundheit.⁶⁸ Zu einem Einlenken der Rechtsprechung führte die teils massive Kritik jedoch nicht.⁶⁹

Das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994 konzentrierte sich schließlich auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen, die durch das Verleiten zum Umgang mit Betäubungsmitteln in die Kriminalität getrieben würden, postulierte aber auch den Schutz der Allgemeinheit.⁷⁰

Resümierend ist festzustellen, dass Drogenkriminalität als finanzielle Grundlage Organisierte Kriminalität fördert, also in organisierter Form wenigstens mittelbar auch die öffentliche Sicherheit und staatliche Ordnung der Bundesrepublik bedroht.⁷¹ Organisierte Drogenkriminalität wird daher, unabhängig davon, ob man die Volksgesundheit als Rechtsgut anerkennen möchte, zu recht als „schwere“ Kriminalität eingestuft.

3. Aktuelles Lagebild

Es ist keine Neuigkeit, dass die Globalisierung und Technisierung als Katalysatoren für den weltweiten Drogenschmuggel wirken. Der Welt-Drogen-Bericht der Vereinten Nationen (World Drug Report) von 2021 nennt Deutschland als eines der Haupt-Transitländer von Drogentransporten.⁷² Aufgrund seiner hohen Kaufkraft, der offenen Grenzen und einer freiheitlichen Gesellschaft bildet die Bundesrepublik zudem zwangsläufig selbst einen interessanten Drogenmarkt.⁷³ Zwar sind Ausmaß und Entwicklung von Drogenkriminalität nicht ohne weiteres messbar, zumal es sich um sog. „Kontrolldelikte“ handelt.⁷⁴ Die vermeintlich „opferlosen“ Delikte werden nicht automatisch augenscheinlich, aber je intensiver die behördlichen Überprüfungen, desto mehr Fälle werden aufgedeckt.⁷⁵ So-

⁶⁸ *Schünemann* weist darauf hin, es handele sich um eine bloße Kumulation der Individualrechtsgüter Gesundheit und sei somit ein Scheinrechtsgut, *ders.*, in: Rechtsgutstheorie, S. 133, 149, 152 f.; *Hefendehl*, in: Rechtsgutstheorie, S. 119, 128; *Wohlers*, Präventionsstrafrecht, S. 190 f.; für eine Zusammenfassung der Kritik s. *Wang*, Drogenstrafataten, S. 82 f.

⁶⁹ In jüngerer Zeit s. nur OLG Hamburg, BeckRS 2021, 2204 Rn. 39; OLG Stuttgart, BeckRS 2021, 9986 Rn. 32 m.w.N.; LG Trier, BeckRS 2021, 9041 Rn. 17; vgl. aber BGH, BeckRS 2021, 1255.

⁷⁰ BT-Drs. 12/6853, S. 41.

⁷¹ Vgl. BR-Drs. 12/989, S. 1, 31.

⁷² UNODC, World Drug Report 2021, Booklet 2, S. 79 f. m.w.N.; abrufbar unter [https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21 Booklet_2.pdf](https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21%20Booklet_2.pdf), Stand: 30.05.2022.

⁷³ *Weber*, BtMG, Abschn. 6 Vor §§ 29 ff. Rn. 5.

⁷⁴ *Weber*, BtMG, Einleitung Rn. 62.

⁷⁵ Zu dem Phänomen am Beispiel der Korruption *Rönnau*, in: Hdb. WiStra, Teil 3 Kap. 2 Rn. 109 m.w.N. Auch die Gesetzesbegründung des OrgKG weist darauf hin, dass das Risiko der Entdeckung Organisierter Kriminalität dadurch vermindert werde, dass es entweder an unmittelbaren Opfern fehle oder diese nicht zu einer Strafanzeige oder Aussage bereit seien, BR-Drs. 12/989, S. 12.

mit hat die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) diesbezüglich stets nur eine begrenzte Aussagekraft. Dennoch lässt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit festhalten, dass Herstellung und Konsum vieler Drogen sowohl in Deutschland als auch im Ausland zunehmen.⁷⁶ Aufschluss darüber können verschiedene Indikatoren geben: anonyme Befragungen der Bevölkerung, die Zahl bekannter Drogentoter bzw. erstauuffälliger Drogenkonsumenten, aber auch die Untersuchung des sichergestellten Stoffs selbst.⁷⁷ So hat beispielsweise jede Kokain-Herstellung ihre eigene Signatur. Heutzutage werden zuweilen nicht nur kleinere Mengen von gleicher Herkunft, sondern ganze Tonnen aus ein und derselben Produktion aufgefunden – ein weiteres Indiz für die wachsende Professionalisierung der Herstellung.⁷⁸ Auch die Untersuchung von Abwasser kann Rückschlüsse auf die Konsumentenzahl zulassen, denn sog. „(Kokain-)User“ scheiden spezielle Rückstände aus. Somit lassen sich zwar schwerlich exakte Angaben zu Konsum und Schmuggel treffen, allerdings sprechen gute Gründe dafür, von einem deutlichen Anstieg über die letzten Jahre auszugehen.⁷⁹ Das United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) geht derweil von jährlich etwa einer halben Million Drogentoter aus, bezogen auf illegale Substanzen.⁸⁰ Bei den Ursachen handelt es sich dabei laut den Vereinten Nationen nicht ausschließlich um Überdosen, sondern überwiegend um indirekte Folgen wie Hepatitis C und das HI-Virus, die durch infizierte Spritzen übertragen werden.⁸¹ In Deutschland stieg die Zahl der Drogentoten in den Jahren 2018 bis 2021 kontinuierlich auf 1.581 Personen jährlich an.⁸² Hinzu kommen finanzielle Schäden etwa durch Behandlungskosten und Arbeitsausfälle sowie nicht zuletzt ein schwindender sozialer Zusammenhalt der Gesellschaft.

⁷⁶ UNODC, World Drug Report 2021, Booklet 1, S. 18; s. auch die Erläuterungen des Bundeskriminalamts (BKA), abrufbar unter https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/Rauschgiftkriminalitaet/rauschgiftkriminalitaet_node.html, Stand: 30.05.2022.

⁷⁷ Vgl. Weber, BtMG, Einleitung Rn. 62 ff., 68.

⁷⁸ Zum Rekordfund etwa von über 16 t Kokain im Hamburger Hafen 2021 im Wert von mehreren Milliarden Euro s. die Berichterstattung auf Zeit online: „Drogenhandel: Hamburger Zoll stellt europaweit größte Menge an Kokain sicher“, in: Zeit online v. 24.02.2021, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2021-02/drogenhandel-kokain-zoll-hamburg-tonnen-beschlagnahmung>, Stand: 30.05.2022.

⁷⁹ Vgl. auch Weber, der den Beginn der „Drogenwelle“ in den 60er Jahren verortet, ders., BtMG, Einleitung, Rn. 68.

⁸⁰ Vgl. UNODC, World Drug Report 2021, Booklet 1, S. 1, abrufbar unter https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_1.pdf, Stand: 30.05.2022.

⁸¹ Dazu „Weltrogenbericht. Nie nahmen mehr Menschen illegale Drogen“, in: Zeit online v. 26.06.2018, abrufbar unter <https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2018-06/weltrogenbericht-un-drogenkonsum-illegale-rauschemittel>, Stand: 30.05.2022.

⁸² Statista unter Differenzierung nach Art der verwendeten Droge, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/187669/umfrage/drogentote-in-deutschland-nach-todesursache/>, Stand: 30.05.2022.

IV. Zusammenfassung

Wenngleich die Gefährlichkeit Organisierter Kriminalität – auch aufgrund der Unschärfe des Begriffs – zuweilen angezweifelt wird, kann sie jedenfalls der Organisierten Drogenkriminalität nicht abgesprochen werden. Von ihr geht eine ernstzunehmende Bedrohung sowohl für Individual- als auch für Kollektivrechtsgüter aus, sodass eine erhebliche Sozialschädlichkeit evident ist.⁸³ Dies hat sich in den letzten Jahren aufgrund mehrerer Faktoren noch verschärft. Dass der Begriff der Organisierten (Drogen-)Kriminalität bis heute kein strafrechtliches Tatbestandsmerkmal darstellt, ändert nichts an seiner Praxisrelevanz.

B. Rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität

Die rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität ist weder dem einen noch dem anderen staatlichen Aufgabenbereich exklusiv zugeordnet, sondern erfolgt zweigleisig per Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gleichermaßen. Im Folgenden soll kurz skizziert werden, wie die staatlichen Akteure zusammenwirken und auf welche – im weitesten Sinne mit der Legendierten Kontrolle verwandten – Maßnahmen sie bis dato zurückgreifen können.

I. Staatliche Akteure

Die Staatsanwaltschaft ist ausschließlich für die Strafverfolgung zuständig. Hier ist sie die vielzitierte „Herrin des Verfahrens“; sie trägt also die Sachleitungsbefugnis und präsentiert vor Gericht die Ermittlungsergebnisse. Gegenüber der Polizei ist die Staatsanwaltschaft gem. § 161 Abs. 1 StPO weisungs- und leitungsbefugt.⁸⁴ In der Praxis kann und muss sich die Staatsanwaltschaft der Polizei für Ermittlungen bedienen, da ihr keine eigenen Mittel der Verdachtsaufklärung zur Verfügung stehen. Es handelt sich um ein gesetzliches Auftragsverhältnis.⁸⁵ Angesichts der komplexen und umfangreichen Untersuchungen im Bereich der Organisierter Kriminalität werden nunmehr neben den bereits erwähnten Schwerpunktabteilungen gemeinsame Ermittlungsgruppen aus Staatsanwälten und Polizeibeamten eingerichtet.⁸⁶ Dort finden ein regelmäßiger Austausch und

⁸³ Rönna weist darauf hin, dass die graduierbare Sozialschädlichkeit einer Straftat ausschlaggebend für die Bestimmung des materiellen Unrechtsgehalts ist, *ders.*, JuS 2009, 209, 211; vgl. auch Jäger, in: SK StGB, Vor § 1 Rn. 1 ff.

⁸⁴ BVerfG, NJW 1976, 231; Zöller, in: HK-StPO, § 163 Rn. 2; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163 Rn. 3 m.w.N.; a.A. Knemeyer, in: FS Krause, S. 471 ff.

⁸⁵ S. nur Kölbel, in: MüKo StPO, § 161 Rn. 12 m.w.N.

⁸⁶ In Hamburg ist bspw. die Einheit „Frontdeal“ (LKA 68) mit etwa zehn Staatsanwälten speziell zur Drogenfahndung abgestellt, wobei davon nicht alle auf umfangreiche Verfahren spezialisiert sind.

längerfristige Zusammenarbeit statt, was jedoch nichts an dem soeben beschriebenen Rangverhältnis ändert.

Die Staatsanwaltschaft kann die Ermittlungen steuern, indem sie bindende Weisungen erteilt, und muss sicherstellen, dass die Polizei justizförmig vorgeht, sodass die Beweise sachlich korrekt und rechtmäßig ermittelt werden, damit sie im späteren Verfahren verwertbar sind. Da der Staatsanwaltschaft gem. § 170 StPO die Entscheidung obliegt, öffentliche Klage zu erheben oder das Verfahren einzustellen, trägt sie die Verantwortung für das Ermittlungsverfahren.⁸⁷ Das gilt auch, wenn die Polizei von sich aus tätig wird.

Um dieser Verantwortung nachzukommen, bedarf die Staatsanwaltschaft freilich gewisser Kenntnisse über das Verfahren. Deswegen kann sie jederzeit von der Polizei verlangen, über deren bisherige Ermittlungstätigkeit und die getroffenen Maßnahmen im Einzelnen unterrichtet zu werden.⁸⁸ Zudem besteht auch die Möglichkeit einer allgemeinen Anordnung, bei bestimmten Delikten und in besonders wichtigen Fällen stets unverzüglich verständigt und fortan laufend unterrichtet zu werden⁸⁹ – was die Regelung des § 163 Abs. 2 S.1 StPO unberührt lässt. Auch in besonders wichtigen oder schwierigen Fällen kann die Hinzuziehung der Staatsanwaltschaft vorab geboten sein.⁹⁰

Die gängige Praxis bei einfach gelagerten Fällen unterscheidet sich von dieser gesetzlich vorgesehenen Rollenverteilung: Hier führt die Polizei mit ihren personell größeren Ressourcen ihre Ermittlungen oftmals zu Ende, bevor sie die Staatsanwaltschaft einschaltet.⁹¹

Die Vollzugspolizei⁹² ist ebenso wie die Staatsanwaltschaft eine Sicherheitsbehörde.⁹³ Die komplexe Polizeiorganisation ist nach verschiedenen Hierarchieebenen und Zuständigkeiten strukturiert. Je nach Bundesland werden die Begrifflichkeiten uneinheitlich verwendet, im Allgemeinen lässt sich aber die

⁸⁷ Zöller, in: HK-StPO, § 163 Rn. 2.

⁸⁸ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163 Rn. 3.

⁸⁹ Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163 Rn. 14; Griesbaum, in: KK-StPO, § 163 Rn. 3; a. A. Knemeyer, in: FS Krause, S. 471 ff.

⁹⁰ von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163 Rn. 16.

⁹¹ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163 Rn. 24; von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163 Rn. 16.

⁹² Der Begriff der Polizei ist aufgrund seiner historischen Entwicklung nicht in jeder Hinsicht klar umrissen; es hat sich jedoch bis heute folgendes Verständnis herausgebildet: Der institutionelle Polizeibegriff meint bestimmte Behörden, wohingegen der materielle auf den sachlichen Umfang der polizeilichen Arbeit, namentlich die Gefahrenabwehr bezogen ist. Der formelle Begriff umfasst schließlich alles, was „Polizei“ genannte Behörden verrichten. Zur ursprünglichen Bedeutung und historischen Entwicklung des Begriffs *Stolleis*, in: Hdb. Polizeirecht, A. Rn. 1 ff., 12, 39 f.; eingehend *Preu*, Polizeibegriff, S. 15 ff.

⁹³ Ausführlich zur Organisation der Polizei *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, C. Rn. 19 ff.

Unterscheidung zwischen uniformierter Schutzpolizei und nicht uniformierter Kriminalpolizei treffen. Beide Einheiten bilden den Polizeivollzugsdienst bzw. die Vollzugspolizei als staatliche, also in Bundesland oder Bund eingegliederte Polizeibehörde. Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bilden die Hauptaufgaben der Polizei,⁹⁴ die somit eine Doppelrolle einnimmt.⁹⁵ Ihre konkreten Ziele und Befugnisse richten sich nach dem Aufgabenfeld, auf dem sie tätig wird. Auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr hat die Staatsanwaltschaft keine Kompetenz; sie ist folglich der Polizei gegenüber auch nicht weisungsbefugt.

Ebenso wie bei der Staatsanwaltschaft bestehen spezialisierte polizeiliche Dienststellen, die jedoch sowohl präventiv als auch repressiv agieren. Die Koordination und Informationssteuerung zur Kriminalitätsbekämpfung übernimmt das jeweilige Landeskriminalamt (LKA). Auch das Bundeskriminalamt (BKA) hat eigene Ermittlungskompetenzen im Bereich des international organisierten ungesetzblichen Handels mit Betäubungsmitteln und arbeitet mit anderen Stellen eng zusammen.

II. (Historischer) Einfluss Organisierter Kriminalität auf das Recht

1. Gefahrenabwehr

Die Gefahrenabwehr oder auch Prävention⁹⁶ ist die erste Säule des Aufgabenbereichs der Polizei. Sie umfasst nach heutigem Verständnis die Abwehr konkreter Gefahren und die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten.⁹⁷ Letztere wiederum lässt sich in die Verhütung von Straftaten sowie die Verfolgungsvorsorge einteilen.

Gefahrenabwehr bezieht sich auf drohende Ereignisse, die mit einiger Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit eintreten und zu einem Schaden führen könnten.⁹⁸ Die Beamten können daher stets nur prognostisch, dabei aber möglichst effektiv und flexibel tätig werden.⁹⁹ Dabei ist die Gefahrenabwehr in hohem

⁹⁴ Daneben ist die Polizei auch für den Schutz privater Rechte, Vollzugs- und Amtshilfe zuständig sowie in Eilfällen, vgl. *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, D. Rn. 168.

⁹⁵ Dazu BVerwGE 47, 255; *Zöller*, in: HK-StPO, § 163 Rn. 4: „Doppelfunktion“ der Polizei; *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 328: „Aufgabendualismus“; *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 573 sprechen von „Zwitterdienste(n)“; ähnlich *Schäfer*, GA 1986, 49, 53.

⁹⁶ Lat. *praevenire* – etwas/jemandem zuvorkommen; näher zur Ethymologie auch der in der Regel als Gegenbegriff verwendeten *Repression* (lat. *reprimere* – zurückdrängen) etwa *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 11 f.

⁹⁷ Dabei ist die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten oder auch vorbeugende Verbrechensbekämpfung das deutlich umstrittenere Aufgabenfeld.

⁹⁸ Zum Begriff der Gefahrenabwehr eingehend *Thiel*, Entgrenzung der Gefahrenabwehr, S. 51 ff.

⁹⁹ Vgl. *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, D. Rn. 172.

Maße effizienzgeleitet; das Ergebnis (die Abwendung der Gefahr) überwiegt regelmäßig das Interesse an der Einzelfallgerechtigkeit. Daher können auch Dritte, sog. Nichtstörer, in Anspruch genommen werden, wenn dies die besten Aussichten auf Erfolg verspricht. Rechtsschutz gegen Maßnahmen auf polizeirechtlicher Grundlage ist über den Verwaltungsgerichtsweg zu erlangen. Die gesetzgeberische Kompetenz liegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern.

Als das Phänomen Organisierte Kriminalität etwa seit Mitte der 70er Jahre diskutiert und auch als deutsches Problem ernst genommen wurde,¹⁰⁰ rückten als Antwort insgesamt erweiterte Befugnisse der Polizei, insbesondere in Form verdeckter Maßnahmen, in den Fokus der Debatten. Die ersten Reformbemühungen fanden auf dem Gebiet des Gefahrenabwehrrechts statt.¹⁰¹ Wenig überraschend warben insbesondere Vertreter der Polizei für neue Vorgehensweisen der proaktiven Kriminalitätsbekämpfung, um es mit modernen Erscheinungsformen aufnehmen zu können.¹⁰² Dabei war auch die Bedrohung durch nationalen Linksterrorismus etwa seitens der Roten Armee Fraktion (RAF) ein treibender Faktor.¹⁰³ Unter dem Schlagwort „vorbeugende Verbrechensbekämpfung“¹⁰⁴ wurde die systematische Informationsbeschaffung im Vorfeld der Straftatbegehung (sog. „Vorfeldermittlung“) propagiert.¹⁰⁵ Ein bloß reaktives Vorgehen sei im Umgang mit moderner, insbesondere Organisierter Kriminalität nicht hinreichend effektiv.¹⁰⁶

So wurde die vorbeugende Verbrechensbekämpfung 1973 tatsächlich als polizeiliche Aufgabe in § 5 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (BKAG)¹⁰⁷ „als Sache der Länder“¹⁰⁸ genannt, wenn auch nicht

¹⁰⁰ S. bereits oben unter 2. Kap. A. I.

¹⁰¹ Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 88 spricht gar von einer Neuausrichtung.

¹⁰² Vgl. etwa Stümper, Kriminalistik 1975, 49 ff.

¹⁰³ Petri, in: Hdb. Polizeirecht, A. Rn. 89; Kötter, Sicherheitsrecht, S. 87; sowohl zu Organisierter Kriminalität als auch linkem Terrorismus als Auslöser für Reformen Hoppe, Vorfeldermittlungen, S. 67, 120 ff. Rothkegel/Weiß, CILIP 1995, 33 sprechen in ihrem Bericht über Gegeninitiativen gar von einer „Terrorismushysterie“.

¹⁰⁴ Schon der Begriff der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung sieht sich seit jeher massiver Kritik ausgesetzt. Zur historischen Vorbelastung etwa Merten/Merten, ZRP 1991, 213, 218 m.w.N. Heute sind damit zumeist polizeiliche Aufgabenbereiche gemeint, wobei die Landespolizeigesetze den Begriff nicht einheitlich verwenden und somit offenbleibt, welche Tätigkeiten ihm unterfallen, s. Kölbl, in: MüKo StPO, § 160 Rn. 11.

¹⁰⁵ Kniesel, ZRP 1987, 377, 379 weist darauf hin, dass besagtes Vorfeld nicht erst zu dieser Zeit von der Polizei „entdeckt“ worden sei, sondern sie seit jeher aufgrund polizeilicher Notwendigkeit auf diesem Feld ermittelt habe.

¹⁰⁶ Kniesel, ZRP 1987, 377, 379; krit. Sydow, ZRP 1977, 119.

¹⁰⁷ Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten vom 29.06.1973. Die nachfolgenden BKAG vom 07.07.1997 sowie das BKAG 2018 in seiner aktuellen Fassung enthalten

näher definiert oder eingegrenzt. Auch der in dieser Zeit erarbeitete und 1977 erstmals verabschiedete Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes (ME PolG) hatte eine solche Aufgabenzuweisung erwogen; letzten Endes entschied sich die Innenministerkonferenz (IMK) jedoch dagegen.¹⁰⁹ Neben einer Vereinheitlichung visierte der ME PolG aber jedenfalls eine erhebliche inhaltliche und zeitliche Ausweitung der Eingriffsbefugnisse an.¹¹⁰

Daneben initiierte die IMK Anfang der 80er Jahre einen Bericht über Methoden zur Verbrechensbekämpfung, der zu dem Schluss kam, der Einsatz von personengestützten, verdeckten Maßnahmen wie Informanten, V-Leuten und Verdeckten Ermittlern sei notwendig.¹¹¹ Allerdings fehlte zunächst das Bewusstsein für die Erforderlichkeit spezialgesetzlicher Normierungen. Eine Zäsur trat erst 1983 durch das bekannte Volkszählungsurteil des BVerfG ein, in dem das Gericht erstmalig das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung herleitete und das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für entsprechende Eingriffe postulierte.¹¹² Auf diese Weise zum Umdenken gezwungen, überarbeitete die IMK den Entwurf, um die bisherige Praxis auch für die Zukunft zu legitimieren.¹¹³ Aufbauend auf dem Alternativentwurf von 1979 (AE PolG) und dem ergänzten ME PolG von 1986¹¹⁴ implementierten die Bundesländer ab diesem Zeitpunkt neue Eingriffsgrundlagen in ihr jeweiliges Polizeirecht.¹¹⁵ Trotz des teils erheblichen Widerstands aus der Literatur insbesondere gegen Vorfeldermittlungen¹¹⁶ kam es so insgesamt zu einer systematischen Ausweitung der polizeilichen Befugnisse sowohl in zeitlicher als auch inhaltlicher Hinsicht.

den Begriff der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung hingegen nicht mehr, stattdessen ist nunmehr in § 1 Abs. 3 BKAG die Rede von der „Verhütung und Verfolgung von Straftaten“.

¹⁰⁸ Zitiert nach *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, D. Rn. 195.

¹⁰⁹ *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 90 f.

¹¹⁰ *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, S. 16 ff.

¹¹¹ „Papier zur Bekämpfung neuer Formen der durch konspiratives Vorgehen der Täter gekennzeichneten Schwermriminalität, insbesondere der organisierten Kriminalität“, abgedruckt in StV 1984, 350, 351. Zudem sah der Bericht die Schaffung von Spezialzuständigkeiten vor.

¹¹² BVerfGE 65, 1.

¹¹³ Vgl. *Kniesel*, ZRP 1987, 377 ff. m.w.N.

¹¹⁴ Diesem waren zwei Vorentwürfe vorangegangen, VE MEPolG 1985 und VE MEPolG 1986.

¹¹⁵ Näher *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 35; krit. *Schoreit*, StV 1991, 535, 537.

¹¹⁶ Man befinde sich etwa „auf dem Weg zu einer halbkriminellen Geheimpolizei“, Dokumentation der Humanistischen Union, in: Vorgänge 1983, 1 ff., 31, zitiert nach *Kniesel*, ZRP 1987, 377; gemäßigter *Wagner*, PolizeiR, 2. Aufl., 1985, S. 32: Die Polizei verlasse ihre Funktion als Grenzhüterin, obwohl sie doch eigentlich an die Schwelle einer konkreten Gefahr gebunden sei. Vor einem „Polizeistaat“ warnt *Uhlig*, DRiZ 1986, 247, 249.

2. Strafverfolgung

Anders als die Gefahrenabwehr ist die Strafverfolgung darauf gerichtet, bereits geschehene Taten aufzuklären und Täter zu überführen, sie ist also tat- und täterbezogen. Einzelfallgerechtigkeit spielt hier eine weitaus größere Rolle.¹¹⁷ Strafprozessuale Maßnahmen sind auf eine Beweisgewinnung bzw. Beweissicherung bezogen und richten sich grundsätzlich gegen den Tatverdächtigen. Als Eingriffsschwelle wird mindestens der sog. Anfangsverdacht vorausgesetzt, also wenigstens bestimmte Anhaltspunkte, die nach kriminalistischer Erfahrung die Vermutung nahelegen, dass eine Straftat begangen wurde. Dritte können nur in engen Grenzen in Anspruch genommen werden. Gem. Art. 74 Nr. 1 GG ist Strafrecht und das (straf-)gerichtliche Verfahren Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung; faktisch handelt es sich demnach um eine Bundeskompetenz. Im Gegensatz zum Polizeirecht, das dem Opportunitätsprinzip unterliegt, gilt im Strafprozessrecht grundsätzlich das Legalitätsprinzip.¹¹⁸

Durch die umfassenden Erweiterungen des Polizeirechts unter Druck gesetzt, befürchtete man von Seiten der Strafverfolgung einen zunehmenden Kontrollverlust der Staatsanwaltschaft.¹¹⁹ So getrieben wurden auch für das Strafverfahren weitreichende Eingriffsbefugnisse implementiert, oftmals parallel zu den polizeirechtlichen Befugnissen.¹²⁰ Der Faktor Organisierte Kriminalität hat somit zu „tief greifende[n] Veränderungen“ des Strafprozessrechtssystems insgesamt geführt.¹²¹

Die eigene Erwähnung der Gemeinsamen Richtlinien der Länder, abgedruckt in Nr. 4.1. der Anlage E zur RiStBV, bringt zum Ausdruck, dass die Strafverfolgung auch oder gerade heute im Bereich Organisierter Kriminalität vor besonderen Herausforderungen steht:

„Vorrangiges Ziel der Ermittlungsverfahren muss es sein, in den Kernbereich der kriminellen Organisation einzudringen und die im Hintergrund agierenden hauptverantwortlichen Straftäter zu erkennen, zu überführen und zur Aburteilung zu bringen.“

¹¹⁷ Denninger, in: Hdb. Polizeirecht, D. Rn. 172.

¹¹⁸ Vgl. §§ 152 Abs. 2, 160, 161, 163 Abs. 1 StPO; dazu BVerfG, NStZ 1982, 430; Rönna, Absprache im Strafprozess, S. 109 ff.; Kingreen/Poscher, POR, § 2 Rn. 5.

¹¹⁹ Zu den Problemen im Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei Uhlig, DRiZ 1986, 247 sowie Schoreit, der eine schwere Störung befürchtet, ders., DRiZ 1986, 54, 55.

¹²⁰ Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 133 m.w.N.; Paeffgen, in: Wolter, Strafprozessrecht, S. 13, 14 f.: Die „zeitliche Parallelverschiebung“ habe beide Bereiche normativ angenähert. Dasselbe Phänomen lässt sich in Österreich beobachten, wo die strafprozessualen Befugnisse ebenfalls den Erweiterungen des Polizeirechts nachfolgten, s. Dearing, in: FS Platzgummer, S. 225 ff.

¹²¹ Kinzig, Organisierte Kriminalität, S. 87 f.

III. Strafrechtliche Erfassung Organisierter Drogenkriminalität

Wie bereits erörtert, handelt es sich bei dem Begriff der Organisierten Kriminalität um kein feststehendes Tatbestandsmerkmal, sodass sich im deutschen Recht auch kein Spezialstraftatbestand findet. Das bedeutet aber nicht, dass insofern Strafbarkeitslücken bestünden. Exemplarisch lassen sich verschiedene materiellrechtliche Regelungen heranziehen, die typischerweise bei Organisierter Kriminalität eingreifen können.

1. Bildung krimineller Vereinigungen gem. § 129 StGB

§ 129 StGB stellt die Gründung und Mitgliedschaft bei einer Vereinigung unter Strafe, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten von einigem Gewicht gerichtet ist; ebenso wie die Unterstützung und Bewerbung einer solchen Vereinigung.¹²² Geschütztes Rechtsgut ist die öffentliche Sicherheit und Ordnung.¹²³ Historisch zielte die Norm auf terroristische Gruppen und politische Geheimbünde; diese Einschränkung ist im Wortlaut jedoch nicht angelegt.¹²⁴ Die Rechtsprechung definierte zunächst eine Vereinigung als einen auf eine gewisse Dauer berechneten Zusammenschluss einer Anzahl von Personen, die den Willen des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit unterordnen, gemeinsame Zwecke verfolgen und sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.¹²⁵ Organisierte Kriminalität wurde teils aufgrund des fehlenden Gruppenwillens und der Austauschbarkeit der Mitglieder nicht als vom Tatbestand erfasst angesehen.¹²⁶ In Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität von 2008 und um zu verhindern, dass viele ihrer Strukturen ausgenommen blieben,¹²⁷ fügte der Gesetzgeber 2017 eine weitere Legaldefinition in Abs. 2 ein, nach der eine Vereinigung ein auf längere Dauer angelegter,

¹²² Zur Abgrenzung zur Bande s. *Rönnau*, JuS 2013, 594, 597.

¹²³ BGHSt 41, 47, 51; *Hofmann*, NSTz 1998, 249; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 129 Rn. 1. Zum Aspekt des öffentlichen Friedens, der bereits durch die bloße Existenz krimineller Vereinigungen und die diesen innewohnende Eigendynamik gefährdet sei, OLG Düsseldorf, NJW 1994, 398, 399; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 129 Rn. 1; krit. *Cancio Meliá*, in: FS Jakobs, S. 27, 43: „leere Hülse“ m.w.N.; vgl. auch BGHSt 41, 47, 53 m. Anm. *Schittenhelm*, NSTz 1995, 343.

¹²⁴ Vgl. BGH, NJW 2005, 1668, 1670; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 129 Rn. 2; vgl. *Rübenstahl*, wistra 2014, 166.

¹²⁵ BGH, NJW 1966, 310, 311; NSTz 1999, 503, 504; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 398, 399 m.w.N.

¹²⁶ *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 129 Rn. 2; zum Ausschluss hierarchischer Gruppen bei Durchsetzung des autoritären Anführerwillens BGHSt 54, 12; vgl. auch *Dessecker*, NSTz 2009, 184, 187 f.; s. ferner BT-Drs. 18/11275, S. 7.

¹²⁷ BT-Drs. 18/11275, S. 7.

von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses ist.¹²⁸ Die Anforderungen an Organisationsgrad und Willensbildung der Vereinigung sind damit gesenkt und umfassen nunmehr auch autoritär geführte Bewegungen.¹²⁹ Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich auch Organisierte Kriminalität erfassen.¹³⁰

Die praktische Bedeutung der Bildung krimineller Vereinigungen ist, gemessen an Verurteilungszahlen, dennoch gering.¹³¹

2. Geldwäsche gem. § 261 StGB

Der Tatbestand der Geldwäsche gem. § 261 StGB wurde 1992 als Teil des Maßnahmenpakets des OrgKG eingeführt – des ersten Gesetzes, das spezifisch die Probleme der Organisierten Kriminalität adressierte. Die Pönalisierung basiert auf der Erwägung, dass die Einnahmen aus illegalen Aktivitäten ab einer bestimmten Größenordnung unverdächtig in den legalen Geldkreislauf überführt werden müssen, Geldwäsche also zwangsläufig Teil eines gewinnorientierten kriminellen Geschäftsmodells ist.¹³² Der Gesetzgeber sah maßgeblich wegen der hohen Gewinne aus illegalem Drogenhandel dringenden Handlungsbedarf¹³³ und stellte jede Art der Transaktion von Vermögensgegenständen unter Strafe, die unmittelbar oder mittelbar aus bestimmten Katalogstraftaten stammen.¹³⁴

Wenngleich der Tatbestand sich zunächst massiver Kritik aus der Wissenschaft nicht zuletzt wegen Problemen der Nachweisbarkeit ausgesetzt sah, ist seine praktische Bedeutung in den letzten Jahren stetig gewachsen.¹³⁵ Dennoch konnte die Kriminalisierung nicht nennenswert zur Zurückdrängung der Organisierten

¹²⁸ Zur bis dahin entwickelten Definition der Rspr. s. BGHSt 52, 98 m.w.N.; BGH, NSTZ 2008, 146, 148; im Vergleich zur Bande setzt die kriminelle Vereinigung einen höheren Organisationsgrad voraus, s. BGH, wistra, 1983, 107; Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 129 Rn. 2; krit. Gaede, StV 2003, 78 ff.; vgl. auch Dessecker, NSTZ 2009, 184 ff.

¹²⁹ BT-Drs. 18/11275, S. 11; vgl. ferner Kreß, JA 2005, 220, 223; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 129 Rn. 4.

¹³⁰ BT-Drs. 18/11275, S. 11; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 129 Rn. 2.

¹³¹ Schäfer/Anstötz, in: MüKo StGB, § 129 Rn. 6 m.w.N. zu statistischen Erhebungen. Jedoch dient § 129 StGB als Anknüpfungstat für verschiedene Zwangsmaßnahmen und als Verhandlungsmasse bei Verständigungsgesprächen.

¹³² Herzog, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Teil 13 Rn. 1.

¹³³ Herzog, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Teil 13 Rn. 72.

¹³⁴ Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 261 Rn. 4.

¹³⁵ Neuheuser, in: MüKo StGB, § 261 Rn. 19.

Kriminalität beitragen.¹³⁶ Die weitere Entwicklung bleibt vor dem Hintergrund der Neufassung und massiven Ausweitung des Tatbestands in jüngerer Zeit abzuwarten.¹³⁷

3. Regelbeispiele und Qualifikationen

Überdies sieht das StGB Regelbeispiele und Qualifikationen vor, die nicht nur auf Organisierte Kriminalität abzielen, aber typischerweise in diesem Kriminalitätsbereich verwirklicht sind.¹³⁸

Bandendelikte können sowohl als Qualifikation als auch als Regelbeispiel dienen, wirken also (jedenfalls tendenziell) strafe erhöhend.¹³⁹ Zudem sind Bandendelikte typischerweise Katalogstraftaten, sodass in diesen Fällen bestimmte strafprozessuale Maßnahmen möglich sind.¹⁴⁰ Die Rechtsprechung setzt mittlerweile mindestens drei Mitglieder voraus.¹⁴¹ Das Bandenmerkmal findet sich vor allem in Tatbeständen der Vermögens- und Fälschungsdelikte. Auch im Betäubungsmittelstrafrecht bestehen Qualifikationstatbestände für Banden (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 1 und § 30a Abs. 1 BtMG), die gerade auf Organisierte Kriminalität abzielen.¹⁴² Der Bandenbegriff ist insofern weiter als der der Organisierten Kriminalität (es bedarf etwa keiner hierarchischen Organisationsstruktur).¹⁴³ Festzuhalten ist aber, dass in der Vergangenheit in der überwiegenden Zahl der Fälle, die als Organisierte Kriminalität eingestuft wurden, kein Bandendelikt zur Anklage kam – auch, weil die Beteiligung mehrerer Personen nicht nachgewiesen werden konnte.¹⁴⁴

Auch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit dient ebenso wie das der Bandenteils als Qualifikation, teils als Regelbeispiel. Gewerbsmäßigkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der Täter die Absicht hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und eini-

¹³⁶ Vgl. BT-Drs. 15/1864, S. 4 ff.; zur Kritik *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StGB, § 261 Rn. 4; *Dierlamm*, in: FS Mehle, S. 177: „gesetzgeberischer Rohrkrepierer“; *Kaiser*, wistra 2000, 121; *Kilchling*, wistra 2000, 241, 245.

¹³⁷ Zum fortan geltenden sog. all-crimes-Ansatz sowie den wichtigsten Änderungen im Überblick *Gazeas*, NJW 2021, 1041 f.; *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209, 211; krit. *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125.

¹³⁸ Vgl. *Rönnau*, Vermögensabschöpfung, S. 213; *Gaede*, StV 2003, 78, 79.

¹³⁹ Es handelt sich nicht um eine bestimmte Form der Mittäterschaft, sondern ein strafschärfendes Aliud, s. in jüngerer Zeit BGH, NStZ 2019, 657, 658; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo StGB, BtMG § 30 Rn. 59; *Rönnau*, JuS 2013, 594; sehr krit. zum Tatbestand der bandenmäßigen Steuerhinterziehung *ders.*, ZStW 122 (2010), 299.

¹⁴⁰ *Rönnau*, JuS 2013, 594.

¹⁴¹ S. nur BGHSt 46, 321; eingehend dazu *Rönnau*, JuS 2013, 594, 596.

¹⁴² Vgl. *Schmidt*, in: BeckOK BtMG, § 30a Rn. 11.

¹⁴³ Vgl. *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabrizius, BtMG, § 30 Rn. 26.

¹⁴⁴ *Dessecker*, NStZ 2009, 184, 188 m.w.N.

gem Umfang zu verschaffen.¹⁴⁵ Organisierte Drogenkriminalität ist wie gesehen nahezu ausnahmslos von wirtschaftlichen Interessen motiviert.¹⁴⁶ Jedenfalls Rauschgiftkriminalität im Sinne eines Vertriebs in organisierten Strukturen stellt daher einen klassischen Fall gewerbsmäßiger Begehung dar, der gem. § 29 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 1 BtMG bzw. §§ 29a Abs. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG strafbar ist.¹⁴⁷

Sowohl Regelbeispiele als auch Qualifikationen sollen der besonderen, über den Grundtatbestand hinausgehenden Sozialschädlichkeit und Gefährlichkeit Rechnung tragen.

4. Vermögensabschöpfung

Schließlich hat sich auch die Vermögensabschöpfung als bedeutendes Werkzeug zur Bekämpfung von Organisierter Kriminalität etabliert.¹⁴⁸ Bei der Organisierten Kriminalität als wirtschaftlich motivierter, „rationaler“ Kriminalität ist es notwendig, ihr einerseits den Anreiz („Früchte der Tat“) und andererseits auch die finanziellen Mittel zur weiteren Tatbegehung zu entziehen.¹⁴⁹ Dies wird mit dem Instrument der Vermögensabschöpfung bezweckt: Der erweiterte Verfall gem. § 73d StGB a.F., der zunächst vor der Reform von 2017¹⁵⁰ galt, war ursprünglich ausschließlich für Betäubungsmitteldelikte konzipiert, wurde aber bereits im Gesetzgebungsverfahren auf weitere milieutypische Straftaten ausgeweitet und sollte insbesondere auf Organisierte Kriminalität abzielen.¹⁵¹

Die Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung wurden zuletzt noch weiter ausgedehnt, wobei nunmehr insbesondere die selbstständige Einziehung gem. § 76a StGB auf Täter im Bereich der Organisierten Kriminalität zielt.¹⁵² Erstmals können nun im Zusammenhang mit Ermittlungen wegen bestimmter milieu-

¹⁴⁵ BGHSt 1, 383; BGH, NStZ 1998, 89; BGH, NStZ-RR 2008, 212.

¹⁴⁶ S. dazu bereits 2. Kap. A.II.1.

¹⁴⁷ Gleichwohl setzt eine gewerbsmäßige Begehungsweise keinen „Großdealer“ oder Bandentäter voraus, s. Patzak, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 29 Rn. 16.

¹⁴⁸ Rönna, Vermögensabschöpfung, S. 1; näher zur praktischen Relevanz Rönna/Bege, JZ 2016, 441; dies., NZWiSt 2016, 260; Herzog, JR 2004, 494.

¹⁴⁹ Rönna, Vermögensabschöpfung, S. 1 m.w.N.; s. auch Joecks/Meißner, in: MüKo StGB, § 73 Rn. 4 m.w.N.; Köhler, NStZ 2017, 497, 498; Trüg, NJW 2017, 1913. Zu den Besonderheiten der Vermögensabschöpfung bei der Betäubungsmittelkriminalität Weber, BtMG, § 33 Rn. 16f.

¹⁵⁰ Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BGBl. 2017 I, S. 872; dazu Bittmann, NZWiSt 2016, 131; Köhler, NStZ 2017, 497; Rönna/Bege, GA 2017, 1.

¹⁵¹ Dazu BT-Drs. 18/9525, S. 45; Rönna, Vermögensabschöpfung, S. 213; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, Vorbem. §§ 73 ff. Rn. 1.

¹⁵² BT-Drs. 18/9525, S. 3, 58, 73; BR-Drs. 418/16, S. 3, 62, 80 f.; Höft, HRRS 2018, 196; Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 76a Rn. 2; vgl. Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 73a Rn. 6.

typischer Anlassstraftaten (wie Betäubungsmittelstraftaten, § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 6 StGB) auch Gegenstände eingezogen werden, ohne dass es einer Verurteilung des Täters bedarf (sog. non-conviction-based confiscation).¹⁵³

Allerdings soll die Vermögensabschöpfung nicht der Bestrafung dienen, sondern lediglich den ursprünglich rechtmäßigen (Vermögens-)Zustand (status quo ante) wiederherstellen.¹⁵⁴ Die Normen der Vermögensabschöpfung weisen daher nach Auffassung des BVerfG einen Sonderrechtscharakter auf.¹⁵⁵

5. Zwischenfazit

Die besagten Schwierigkeiten bei der Definition von Organisierter Kriminalität und ihren vielfältigen Ausprägungen mögen bislang die Schaffung eines ausschließlich auf sie zielenden Straftatbestands verhindert haben. Eine Strafbarkeitslücke ist dennoch nicht anzunehmen. Die Aktivitäten aus dem Milieu der Organisierten Kriminalität werden neben dem bereits angesprochenen Betäubungsmittelstrafrecht¹⁵⁶ weitgehend durch andere Regelungen pönalisiert.

Die Behörden werden bei den Ermittlungen aufgrund der hierarchischen Organisationen aber vor besondere Schwierigkeiten gestellt: Die Drahtzieher sind nicht als unmittelbare Täter vor Ort, sondern halten sich bedeckt im Hintergrund. Außerdem haben Beteiligte Angst vor Konsequenzen, die ihnen durch die Organisation drohen, und sagen daher nicht gegen deren Mitglieder aus. Strafrechtliche Ermittlungen scheitern daher oftmals nicht daran, dass das in Rede stehende Verhalten keinen Straftatbestand erfüllt, sondern an der fehlenden Nachweisbarkeit.

IV. Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität

Um besagtes Problem der Nachweisbarkeit zu lösen, greifen staatliche Akteure im Bereich Organisierter Kriminalitätsverfolgung zu Maßnahmen, die heimliche und täuschende Elemente enthalten. Im Verfahrensrecht besteht eine Vielzahl von Parallelmaßnahmen. Im Folgenden sollen exemplarisch einige dieser Maßnahmen vorgestellt werden.

¹⁵³ BT-Drs. 18/9525, S. 73; eingehend dazu *Höft*, HRRS 2018, 196 m.w.N.; s. auch *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 76a Rn. 2; *Trüg*, NJW 2017, 1913, 1915 f.; *Meyer*, StV 2017, 343, 344; *Schilling/Hübner*, StV 2018, 49.

¹⁵⁴ BVerfGE 110, 1, 15 ff., 23; krit. *Rönnau/Begemeier*, NZWiSt 2016, 260; *dies.*, NSTz 2021, 705; *Joecks/Meißner*, in: MüKo StGB, § 76a Rn. 14; *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 76a Rn. 10.

¹⁵⁵ Zum erweiterten Verfall nach alter Rechtslage BVerfGE 110, 1, 14 ff.; dazu *Rönnau*, in: Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, XVII. A.; s. auch *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131: „Vermögensabschöpfung als 3. Spur des Strafrechts“.

¹⁵⁶ S. oben unter 2. Kap. A.II.2.

1. Verdeckte Ermittler

Das bereits erwähnte strafprozessuale Instrument des Verdeckten Ermittlers, bei dem ein Polizeibeamter unter einer falschen Identität tätig wird, wurde durch das OrgKG 1992 eingeführt.¹⁵⁷ Bereits zuvor wurde diese Methode praktiziert und höchstrichterlich anerkannt.¹⁵⁸ Sie dient zwar nicht ausschließlich, aber hauptsächlich Ermittlungen im Bereich der Organisierten Kriminalität.¹⁵⁹

Dennoch nennt § 110a StPO Organisierte Kriminalität nicht ausdrücklich als Anwendungsbereich, vielmehr ergibt sich die beabsichtigte entsprechende Zielrichtung aus den Gesetzesmaterialien.¹⁶⁰ Auch der Katalog in Abs. 1, der den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung, auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 GVG), gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert voraussetzt, weist – mit Ausnahme der Staatsschutzdelikte – auf typische Deliktsbereiche Organisierter Kriminalität hin. Gem. Abs. 3 dürfen sogar falsche Dokumente, sog. Tarnpapiere, bei den Ermittlungen zu Hilfe genommen werden. Die Beamten treten unter Vorspiegelung einer falschen Identität mit den Betroffenen in Kontakt, um in bestimmte Milieus vorzudringen und Beweise zu sammeln.¹⁶¹ Es handelt sich somit um eine gesetzlich geregelte Täuschung.

Auch im Polizeirecht des Bundes und der Länder bestehen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen, etwa für das Bundeskriminalamt (BKA) in §§ 38 Abs. 1, 45 Abs. 2 Nr. 5 BKAG, welches gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BKAG bei organisierten BtM-Delikten zuständig ist.

Während Verdeckte Ermittler überwiegend zu repressiven Zwecken tätig werden,¹⁶² bestehen auch nach Landesrecht entsprechende Vorschriften, die ihren Einsatz zu präventiven Zwecken vorsehen.¹⁶³ Für gewöhnlich agieren Verdeckte Ermittler sowohl präventiv als auch repressiv, sodass eine strikte Trennung oft nicht möglich sein wird.¹⁶⁴

¹⁵⁷ BGBl. I 1992 I, S. 1302.

¹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 57, 250, 284; BGHSt 32, 120.

¹⁵⁹ Hegmann, in: BeckOK StPO, § 110a Rn. 1; vgl. Rönna, JuS 2015, 19.

¹⁶⁰ Vgl. BR-Drs. 12/989, S. 1 f., 21.

¹⁶¹ Vgl. Rönna, JuS 2015, 19.

¹⁶² Bäuerle, in: BeckOK POR Hessen, HSOG § 16 Rn. 23.

¹⁶³ Vgl. etwa Art. 37 BayPAG; § 36a NPOG; § 26 Abs. 1 Nr. 2 ASOG Bln; § 16 Abs. 2 HSOG; § 20 PolG NRW; § 38 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 39 SächsPolG. Zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten des präventiven Art. 37 BayPAG und des repressiven § 110a StPO Fischl/Greifstein, in: BeckOK PolR Bayern, PAG Art. 37 Vor Rn. 1.

¹⁶⁴ Wellhausen, in: BeckOK PolR Nds, NPOG § 36a Rn. 4.

2. Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte

Ein Polizeibeamter, der nur gelegentlich verdeckt auftritt und hierbei lediglich seine Zugehörigkeit zur Polizei nicht offenbart, gilt nicht als Verdeckter Ermittler, sondern als „nicht offen ermittelnder Polizeibeamter“ (NoeP) – beispielsweise ein Ermittler, der in der Drogenszene als Scheinkäufer auftritt.¹⁶⁵ Auch wenn ihn weder das Strafprozessrecht noch das Gefahrenabwehrrecht ausdrücklich regelt, gilt der Einsatz von nicht offen ermittelnden Polizeibeamten als jeweils zulässig.¹⁶⁶

In repressiver Hinsicht unterliegen NoePs nicht den Voraussetzungen der §§ 110a ff. StPO, sondern werden auf Basis der allgemeinen Ermittlungsklausel des § 161 Abs. 1, S. 2 i.V.m. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO tätig.¹⁶⁷ Wie Verdeckte Ermittler täuschen sie über ihre wahre Identität oder jedenfalls ihre Stellung als Amtsträger.¹⁶⁸ Eine Grenze ist jedoch bei verdeckten Verhören erreicht, die (auch) einem NoeP nicht gestattet sind.¹⁶⁹

Ebenso verhält es sich im Gefahrenabwehrrecht der Länder: Da ein NoeP nicht dauerhaft unter einer Legende auftritt und es an einer gewissen Eingriffsintensität fehle, handele es sich nicht um einen Verdeckten Ermittler, sodass die entsprechenden Voraussetzungen eines VE-Einsatzes nicht erfüllt werden müssten.¹⁷⁰

Für die hier zugrunde gelegte Täuschungsdefinition¹⁷¹ ist die Differenzierung anhand der Einsatzdauer indes ohne Bedeutung. Sowohl präventiv als auch repressiv agierende NoeP täuschen je nach Interaktion im Einzelfall ihr Gegenüber, sobald sie z. B. eine falsche Identität kommunizieren.

3. Vertrauenspersonen und Informanten

Der Einsatz von Vertrauenspersonen (sog. V-Leuten) stieg im Rahmen der Rauschgiftwelle Ende der 70er bis Anfang der 80er Jahre stark an. Während die Methode einerseits als „Wunderwaffe“ gegen Organisierte Kriminalität gefeiert

¹⁶⁵ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 6; vgl. auch Wellhausen, in: BeckOK PolR Nds, NPOG § 36a Rn. 9. Einen Überblick zu der gesonderten Problematik des Lockspitzels (agent provocateur) bietet Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 7 ff. m.w.N.; instruktiv Rönna, JuS 2015, 19; zur Rspr. des EGMR Buermeyer/Gaede, HRRS 2008, 279.

¹⁶⁶ S. nur BGHSt 41, 64.

¹⁶⁷ Zur Abgrenzung von VE und NoeP s. BGHSt 41, 64; BGH, NStZ 1996, 450 m. Anm. Rogall; Weßlau, StV 1995, 506.

¹⁶⁸ Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 9: „Spionagemethode(n)“.

¹⁶⁹ BGHSt 52, 11; 55, 138, 143 f.; Engländer, ZIS 2008, 163; Roxin, in: FS Geppert, S. 549, 554 ff.; s. auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 6.

¹⁷⁰ Vgl. Bäuerle, in: BeckOK POR Hessen, HSOG § 16 Rn. 26 f.

¹⁷¹ S. I. Kap. C.III.4.

wurde, befürchteten andere ein Missbrauchspotenzial und einen Kontrollverlust der Staatsanwaltschaft.¹⁷²

Auch heute werden V-Leute insbesondere im Bereich des organisierten Betäubungsmittelhandels eingesetzt.¹⁷³ Der Staat wirbt Personen aus der kriminellen Szene an, die gegen Bezahlung Informationen liefern und so Netzwerke infiltrieren sollen.¹⁷⁴ Dieses Vorgehen ist nach wie vor nicht spezialgesetzlich in der StPO geregelt, da der Gesetzgeber die Generalermittlungsklausel der §§ 161, 163 StPO bislang für ausreichend erachtet.¹⁷⁵ Einige Länder haben den Einsatz von V-Leuten im Bereich der Gefahrenabwehr dagegen gesetzlich geregelt, so etwa in § 36 NPOG. Die Norm definiert sie als Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist. Auch wenn die präventive Datenerhebung durch die Verwendung von V-Personen Beschränkungen unterliegt, entspricht die Vorgehensweise prinzipiell der repressiven:

Im Gegensatz zu Verdeckten Ermittlern und NoeP tritt der Staat beim Einsatz von V-Leuten nicht direkt mit den Zielpersonen in Kontakt, sondern bedient sich für Interaktionen eines Dritten. Erst dieser verhält sich Zielpersonen gegenüber täuschend oder agiert wenigstens heimlich.¹⁷⁶ Dieses verdeckte Vorgehen ist in aller Regel jedenfalls durch die Hoheitsträger initiiert (durch sog. Erforschungsaufträge).¹⁷⁷

4. Abhörmaßnahmen

Eine heimliche¹⁷⁸ strafprozessuale Überwachung („ohne Wissen der Betroffenen“) der Telekommunikation ist u. a. bei Geldwäschestraftaten, Verstößen gegen das BtMG, das Grundstoffüberwachungsgesetz sowie das NpSG (§ 100a Abs. 2 Nr. 7, 8 und 9 StPO) möglich. Auch wenn der Katalog des § 110a StPO konsektiv ausgeweitet wurde,¹⁷⁹ erfasste er von Beginn an schwere Betäubungsmittelkriminalität und Geldwäsche.

¹⁷² S. aber BVerfGE 57, 250, 284: „Auch zur Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität, wie etwa der Bandenkriminalität und des Rauschgifthandels, können die Strafverfolgungsorgane, wenn sie ihrem Auftrag der rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten überhaupt gerecht werden sollen, ohne den Einsatz sog. V-Leute nicht auskommen (...)“; vgl. dazu *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 93 m.w.N.

¹⁷³ *Rönnau*, JuS 2015, 19.

¹⁷⁴ Teils wird zu sog. Informanten abgegrenzt, die im Einzelfall bereit sind, Informationen an die Polizei weiterzugeben, s. RiStBV Anlage D A.2.; *Bruns*, in: KK-StPO, § 110a Rn. 9; vgl. zum sog. Augenblickshelfer BGHSt 42, 139, 144 f.

¹⁷⁵ BT-Drs. 12/989, S. 41 f.; vgl. aber Anlage D der RiStBV. Zum erneuten Aufkommen der Debatte s. FD-StrafR 2021, 437493.

¹⁷⁶ *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 163 Rn. 20.

¹⁷⁷ *Soiné*, NSTZ 2013, 83, 84 f.

¹⁷⁸ So auch *Bruns*, in: KK-StPO, § 100a Rn. 1.

¹⁷⁹ Krit. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 1, 10; vgl. auch die teils ablehnende Haltung des BVerfG in BVerfGE 109, 279, 308 f., 325 ff. und die darauffol-

(Einige) Landespolizeigesetze zogen erst ab 2002 nach;¹⁸⁰ bis dahin war die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) exklusiv strafprozessual möglich.¹⁸¹ Begründet wurden die landesrechtlichen Standardmaßnahmen teils mit dem Bedürfnis der Gefahrenabwehr u. a. auf dem Gebiet der „OK-Bekämpfung“.¹⁸² Auch der jeweilige Wortlaut der Landesgesetze spricht davon, „ohne das Wissen“ der Betroffenen vorzugehen, erlaubt also verdeckte bzw. heimliche Maßnahmen. In anderen Bundesländern beschränkt sich dagegen die präventivpolizeiliche Befugnis auf die Erhebung von Verkehrsdaten.¹⁸³

Mangels Interaktion mit den Zielpersonen findet bei den Abhörmaßnahmen in der Regel keine Kommunikation statt. Dementsprechend sind die Maßnahmen nicht als täuschend, sondern als heimlich bzw. verdeckt zu qualifizieren, denn sie finden nicht nur unbemerkt statt, sondern es kommt gerade darauf an, dass die Zielpersonen nicht von ihnen wissen.

5. Online-Durchsuchungen

Ebenfalls verdeckt bzw. heimlich erfolgt die Online-Durchsuchung,¹⁸⁴ deren repressive Variante § 100b StPO regelt. Nach jahrelanger Debatte führte der Gesetzgeber die Norm 2017 ein.¹⁸⁵ Zuvor hatten lediglich § 20 BKAG¹⁸⁶ und mehrere Polizeigesetze¹⁸⁷ einen solchen Eingriff gestattet.¹⁸⁸ Die strafprozessuale

gende Neuregelung BGBl. I 2007, S. 3198; dazu *Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113. *Rönnau/Wegner* befürworten eine gesetzgeberische Zurückhaltung jedenfalls im Bereich hoher Datensensibilität, *dies.*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Kap. 3 Rn. 133 m. w. N.

¹⁸⁰ So zunächst Thüringen in § 34a ThürPAG; es folgte Niedersachsen mit § 33a NPOG; vgl. auch §§ 15a f. HSOG (eingeführt 2004); § 23b BWPoIG und § 20c PoIG NRW (beide seit Ende 2017); Art. 42 BayPAG (zuletzt deutlich erweitert in 2018); § 33b BbgPoIG; § 33d SOG M-V (umfassend novelliert in 2020, dazu *Roggan*, NJ 2020, 290). Das G 10-Gesetz (Geheimdienst) soll vorliegend außer Acht gelassen werden; dazu eingehend BVerfGE 100, 313. Zulässig ist insofern nur die präventive TKÜ, nicht aber der Einsatz zum Zweck der Verfolgungsvorsorge, BVerfGE 113, 348.

¹⁸¹ *Kinzig*, StV 2004, 560, 561 unter Verweis auf die daraus resultierende strukturelle Bedeutung der TKÜ für Ermittlungen im Bereich organisierter Kriminalität.

¹⁸² LT-Drs. Thüringen 3/2128, S. 34; anders etwa der eher auf terroristische Gefahren zielende § 33a NPOG.

¹⁸³ *Albrecht*, in: BeckOK POR Nds, NPOG § 33a Rn. 19.

¹⁸⁴ *Bruns*, in: KK-StPO, § 100b Rn. 1; *Heghmanns*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Kap. 6 Rn. 323.

¹⁸⁵ S. Art. 3 Nr. 9 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.08.2017, BGBl. I. 2017, S. 3202, 3204. Zu den beiden prägenden Grundsatzentscheidungen des BVerfG aus 2008 und 2016 s. BVerfGE 120, 274 sowie BVerfGE 141, 220.

¹⁸⁶ S. dazu die vielbeachtete Entscheidung BVerfGE 141, 220.

¹⁸⁷ Etwa seit 2008 Art. 34d BayPAG a.F., nunmehr geregelt in Art. 45 BayPAG; § 31c POG RP.

Norm sieht einen Anlasstaten-katalog von besonders schweren Straftaten¹⁸⁹ vor, der u. a. BtM-Straftaten enthält. Bei der Online-Durchsuchung werden informationstechnische Systeme heimlich mittels sog. Staatstrojaner infiltriert, um Informationen über die Zielperson und deren Kommunikationspartner zu sammeln.¹⁹⁰ Die parallel bestehenden polizeirechtlichen Befugnisse zu Online-Durchsuchungen werden mitunter als Ausdruck einer zunehmenden Verschleifungstendenz zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung kritisiert.¹⁹¹

Auch hier mangelt es an einem täuschenden Kommunikationselement, stattdessen findet die Online-Durchsuchung heimlich statt.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Staat auf ein ganzes Arsenal von Instrumenten der Täuschung und der Heimlichkeit zurückgreift, das im Laufe der Zeit stetig angewachsen ist und ausgeweitet wurde. Der Einsatz gegen Organisierte Kriminalität ist in der Regel zulässig oder gar explizit durch die Normen intendiert. Angesichts der Eingriffsschwere zeigt sich daran, dass Organisierte Kriminalität als (besonders) schwere Kriminalität verstanden wird, die einen tiefgreifenden Einfluss auf das Verfahrensrecht ausübt. Strafverfahrensrecht und Landespolizeirecht beeinflussen sich dabei zusätzlich und treiben sich gegenseitig voran.¹⁹² Konkret sind die Maßnahmen, die sich auf eine Spezialermächtigung stützen lassen, meist parallel (nicht identisch) in der StPO und den Landespolizeigesetzen geregelt. Auch Instrumente ohne gesetzliche Regelung wie etwa der repressive Einsatz von V-Leuten finden ihre Entsprechung im Polizeirecht.

V. Überschneidungsbereiche

An den parallelen Regelungen wird deutlich, dass Bundes- und Landesgesetzgeber für den Bereich der Organisierten Kriminalität in besonderem Maße ein ständiges Nebeneinander von Prävention und Repression annehmen. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Überschneidungsbereiche bei der rechtlichen Bewältigung von Organisierter Kriminalität zu besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Um später die Rechtsnatur der Legenden-Kontrolle bestimmen

¹⁸⁸ *Graf*, in: BeckOK StPO, § 100b Vor Rn. 1. Zur Unzulässigkeit nach bis dahin geltender Rechtslage BGHSt 51, 211; BVerfGE 120, 274; anders noch BGH, BeckRS 2006, 18459.

¹⁸⁹ Dazu *Graf*, in: BeckOK StPO, § 100b Rn. 20 ff.; *Soiné*, NSTZ 2018, 497, 498 f.

¹⁹⁰ Krit. *Beukelmann*, NJW-Spezial, 2017, 440; *ders.*, NJW-Spezial, 2019, 440.

¹⁹¹ *Soiné*, NVwZ 2012, 1585, 1589.

¹⁹² *Hassemer*, StV 2006, 321, 325; „Einwanderung des Gefahrenabwehrrechts in das Strafrecht“; vgl. auch *Sieber*, NSTZ 2009, 353.

zu können, sollen vorerst die Grundsätze einer Einordnung der Rechtsnatur einer Maßnahme erläutert werden.

1. Vermengungstendenzen

Angesichts des besagten ständigen Nebeneinanders wurde bereits Mitte der 70er Jahre die Frage gestellt, ob es sich bei Prävention und Repression um eine überholte Unterscheidung handele.¹⁹³ Da in Fällen schwerer Kriminalität dauerhaft beide Rechtsgebiete einschlägig seien, wurde die Forderung nach einer „Harmonisierung, unter Umständen sogar [der] teilweise[n] Zusammenführung von Polizeigesetzen und Strafprozessordnung“ laut, da hier dauerhaft beide Rechtsgebiete einschlägig seien.¹⁹⁴ Ein polizeiliches Einschreiten beinhalte stets sowohl ein verhinderndes als auch ein ermittelndes Element, sodass letztlich „operativ“ vorgegangen werden solle.¹⁹⁵

Ganz überwiegend werden Gefahrenabwehr und Strafverfolgung aber nach wie vor als zwei strukturell zu trennende Bereiche verstanden.¹⁹⁶

2. Individuelle Zuordnung von Einzelakten zu bestimmter Rechtsgrundlage

Daher ist nach wie vor die Natur einer Maßnahme zu bestimmen, um sie dann entweder einer gefahrenabwehrrechtlichen oder einer strafprozessualen Rechtsgrundlage zuzuweisen.

Denn der gemeinhin anerkannte Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der sich aus den Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG und dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG ableitet, besagt, dass jeder Grundrechtseingriff einer einfachgesetzlich normierten Ermächtigungsgrundlage in Form eines formellen Gesetzes bedarf.¹⁹⁷ Das BVerfG leitet darüber hinaus die

¹⁹³ So der gleichlautende Aufsatztitel von *Stümper*, *Kriminalistik* 1975, 49.

¹⁹⁴ *Stümper*, *Kriminalistik* 1975, 49f.

¹⁹⁵ *Stümper*, *Kriminalistik* 1975, 49, 53; ähnlich *Denninger*, in: Hdb. Polizeirecht, E. Rn. 192, der sich aber dennoch für eine klare Unterscheidung ausspricht, D. Rn. 171.

¹⁹⁶ *Albers*, *Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge*, S. 20; *Weßlau*, *Vorfelddermittlungen*, S. 67 ff.; *Schefer*, *Vortäuschung eines Zufallsfundes*, S. 130 ff.; *Kölbel*, in: *MüKo StPO*, § 160 Rn. 9; *Kniesel*, *ZRP* 1987, 377, 382; *Hassemer*, *KJ* 1992, 64, 66: Dies sei eine rechtsstaatliche Tradition, die der Bindung und der Kontrolle staatlicher Eingriffe in Rechtssphären der Bürger diene; *Roggan*, *NVwZ* 2001, 134, 138; anders aber *Schäfer*, *GA* 1986, 49, 53 f., der den Repressionsauftrag als in denjenigen zur Prävention eingebettet versteht.

¹⁹⁷ *BVerfGE* 40, 237, 248 f.; 49, 89, 126 f.; 51, 268, 287, 290; 98, 218, 251; *BVerwGE* 82, 76, 79 f.; *Manssen*, *Staatsrecht II*, § 8 Rn. 173; *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *GG*, Art. 20 VI. Rn. 97 ff.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 44 Rn. 46 ff.; vgl. auch *BVerfGE* 41, 251, 260, 266. Zu § 1 StGB als „besonders strikte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts“ *Gaede*, in: *AK-StGB*, § 1 Rn. 1.

Verpflichtung des Gesetzgebers ab, in allen grundlegenden normativen Bereichen, losgelöst vom Merkmal des Eingriffs, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen.¹⁹⁸ Auf diese Art wird sichergestellt, dass bestimmten Entscheidungen ein Prozess der öffentlichen Debatte vorangeht.¹⁹⁹ Dabei gilt, dass die gesetzgeberische Entscheidung umso detaillierter begründet sein muss, je tiefgreifender die daraus folgenden Eingriffe sind.

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Polizei ist als Teil der staatlichen Exekutive²⁰⁰ an das Gesetzmäßigkeitsprinzip aus Art. 20 GG gebunden und darf aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nur auf eine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage gestützt in Grundrechte eingreifen. Voraussetzung für ein rechtmäßiges Handeln ist folglich stets eine passende Rechtsgrundlage aus dem Strafprozess- oder Gefahrenabwehrrecht, deren Voraussetzungen erfüllt sein müssen und die auf Rechtsfolgenseite das jeweilige Handeln beinhaltet.

Im Regelfall kommt eine bestimmte einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage in Betracht, auf die sich eine Maßnahme stützt. Dabei ist primär der vor Ergreifen der Maßnahme (geäußerte) Wille des Polizeibeamten als ihr Urheber maßgeblich.²⁰¹ Zwar benennen die Beamten insbesondere bei mündlich erlassenen Verwaltungsakten oft die Rechtsgrundlage nicht explizit. Die Einordnung kann aber trotzdem eindeutig sein; etwa, wenn nur eine Norm existiert, die die angeordnete Rechtsfolge vorsieht. Denkbar ist auch, dass die Voraussetzungen anderer Normen mit derselben Rechtsfolge offensichtlich nicht erfüllt sind und so die Rechtsgrundlage nach dem Ausschlussprinzip ausgemacht werden kann. Ein Beispiel: Sowohl ein Polizeibeamter als auch die Einsatzleitung im Rettungsdienst können in Rheinland-Pfalz einen Platzverweis aussprechen. Dies sieht zum einen § 13 Abs. 1 PolG RP (für die Polizei) und zum anderen § 25 Abs. 1 S. 4 LBKG (für den Rettungsdienst) vor. Handelt die Einsatzleitung im Rettungsdienst, ist unstreitig, dass nur das Brand- und Katastrophenschutzgesetz einschlägig ist und sie sich darauf stützen will. Dass die Einsatzleitung nicht auf Grundlage des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes vorgehen möchte, welches andere Hoheitsträger ermächtigt, liegt auf der Hand. Ob die jeweiligen Voraussetzungen der einschlägigen Rechtsgrundlage im Einzelfall erfüllt sind, ist freilich eine andere Frage.

¹⁹⁸ BVerfGE 40, 237, 249: „losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des Eingriffs“; 45, 400, 417 f.; 47, 46, 78; 48, 210, 221; 49, 89, 126 mit Verweis auf BVerfGE 34, 165, 192 f. S. außerdem BVerfGE 77, 170, 230 f.; 83, 130, 152; 98, 218, 251; 136, 69, 114 Rn. 102; 137, 350, 363 f.; 150, 1, 96 f.

¹⁹⁹ BVerfGE 85, 386, 403 f.; dem nachfolgend BVerfGE 95, 267, 307 f.; vgl. auch BVerfGE 150, 1, 96 f.

²⁰⁰ A. A. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9 Rn. 10: kein Teil der Exekutive, sondern selbstständiges Organ der Rechtspflege.

²⁰¹ Vgl. *Danne*, JuS 2018, 434, 435.

Ein ganzer Geschehensablauf ist nach überwiegender Ansicht daraufhin zu untersuchen, ob nicht tatsächlich mehrere aufeinander folgende Einzelakte vorliegen, die sich jeweils isolieren und für sich genommen auf die einschlägige Ermächtigungsgrundlage stützen lassen (sog. Maßnahmenbündel).²⁰² Jedenfalls sofern einzelne Maßnahmen eindeutig rein präventiver oder repressiver Natur sind, ist eine Aufspaltung nicht nur möglich, sondern obligatorisch.²⁰³ Die Zuordnung der zeitlich vorgelagerten Maßnahme zu Polizei- oder Strafverfolgungsrecht hat dabei keine zwingende Auswirkung auf die Zuordnung der darauf folgenden, und die Rechtmäßigkeit jeder einzelnen Maßnahme ist isoliert anhand der jeweils geltenden Rechtsgrundlage zu beurteilen.²⁰⁴ Auch wenn sich ein Geschehensablauf insgesamt der Prävention oder der Repression zuordnen lässt, ist laut Rechtsprechung stets bei objektiver Abtrennbarkeit isoliert zu prüfen. Ein Indiz ist etwa ein zeitliches Auseinanderfallen mehrerer Akte²⁰⁵ oder eine gegenständliche Trennbarkeit.²⁰⁶ Unterschiedliche Streitgegenstände werden insbesondere dann vorliegen, wenn die Akte verschiedene Zwecke verfolgen²⁰⁷ und/oder in verschiedene Grundrechte eingreifen.²⁰⁸ Ein starkes, wenn nicht zwingendes Indiz für eine Aufspaltbarkeit ist auch das Vorliegen mehrerer spezieller Ermachtigungsgrundlagen, deren Rechtsfolgen das Geschehen abbilden. Zur Verdeutlichung soll das Beispiel der Räumung eines illegal besetzten Hauses dienen.²⁰⁹ Während die vorgelagerte Räumung selbst präventiver Natur ist, dient die anschließende Feststellung der Personalien der Strafverfolgung.

3. Doppelfunktionale Maßnahmen

In Abgrenzung dazu werden polizeiliche Maßnahmen als doppelfunktional²¹⁰ bezeichnet, die sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung die-

²⁰² *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 208 Fn. 439; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, S. 357.

²⁰³ *Sodan*, in: NK-VwGO, § 40 Rn. 619; vgl. *Baer*, NStZ 2009, 529, 531.

²⁰⁴ OVG Münster, BeckRS 2012, 45958 am Beispiel der Ingewahrsamnahme; s. auch VGH Mannheim, NVwZ-RR 2005, 540. Anders wohl VGH München, NVwZ 1986, 655, der von der Unteilbarkeit eines Lebenssachverhalts ausgeht.

²⁰⁵ OVG Münster, BeckRS 2012, 45958.

²⁰⁶ *Danne*, JuS 2018, 434, 435.

²⁰⁷ Ähnlich *Schefer*, der eine eigenständige Rolle im Gesamtgeschehen fordert, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 141 f.

²⁰⁸ *Schefer* weist zutreffend darauf hin, dass einem nicht grundrechtsrelevanten Akt wohl auch kein eigenständiger Zweck zukomme und seine gerichtliche Überprüfung mangels Betroffenheit schon an der Zulässigkeit scheitern würde, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 142 f.

²⁰⁹ Vgl. auch *Trurnit*, in: BeckOK-PolR BW, PolG § 1 Rn. 71a: Suche nach mitgeführten gefährlichen Gegenständen, wie Betäubungsmitteln, Waffen und Sprengstoff.

²¹⁰ *Albrecht*, HRRS 2017, 448 spricht von „doppelt relevanten“ Maßnahmen.

nen:²¹¹ Doppelfunktionalität liegt nur vor, wenn *eine* Maßnahme *beide* Zielrichtungen in sich vereint.²¹²

a) Relevanz für die weitere rechtliche Bewertung

Relevanz erlangt die Zuordnung der Maßnahme zu dem einen oder anderen Gebiet *erstens* bei der Bestimmung des Rechtswegs.²¹³ Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist regelmäßig der Verwaltungsrechtsweg für Streitigkeiten über gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen eröffnet. Dagegen weist die abdrängende Sonderzuweisung in § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG Maßnahmen im Bereich der Strafrechtspflege der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu.²¹⁴ Daneben besagt § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, dass der Betroffene einer strafprozessualen Beschlagnahme jederzeit die (ordentlich-)gerichtliche Entscheidung beantragen kann. Nach Ansicht des BVerfG ist diese Norm analog auf sämtliche – auch erledigte – Strafverfolgungsmaßnahmen anwendbar.²¹⁵

Zweitens kann die Zuordnung einer Maßnahme zum Gefahrenabwehrrecht oder zur Strafverfolgung Auswirkung auf die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit haben. Denn auch wenn sich die Rechtsfolge für den Betroffenen rechtlich und faktisch als dieselbe darstellt, unterscheiden sich oftmals die materiellen Voraussetzungen der polizeirechtlichen und strafprozessrechtlichen Rechtsgrundlage.²¹⁶ Wie bereits gesehen, bestehen oft parallele Regelungen, ohne dass diese inhaltlich vollkommen identisch wären.²¹⁷

²¹¹ Schon früh *Emmerig*, DVBl. 1958, 338; s. auch OVG Schleswig, NVwZ-RR 2007, 817; *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, Teil 1 § 2 Rn. 11; *Ahlers*, Grenzbereich, S. 70, 94; *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 208; *Gärditz*, Strafprozess und Prävention, S. 214; *Rieger*, Abgrenzung doppelfunktionaler Maßnahmen, S. 5; *Walden*, Zweckbindung, S. 180; *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, S. 68; *Schenke*, NJW 2011, 2838; etwas ungenau *Graulich*, NVwZ 2014, 685, 690: „doppelfunktional(es) Handeln – zwischen Polizei- und Strafverfahrensrecht“.

²¹² Vgl. BVerwGE 47, 255, 265; vgl. *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 208 Fn. 439; *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 40 Rn. 607 m.w.N.

²¹³ Statt vieler s. nur BVerwGE 47, 255; *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 209; *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 329 m.w.N.

²¹⁴ Dazu, dass „Justizbehörde“ im Sinne des § 23 EGGVG funktional und nicht organisatorisch zu verstehen ist, also auch Maßnahmen der Polizeibehörden umfasst, BVerwGE 47, 255, 258 ff.; *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2839; *Ernesti*, NSTz 1983, 57, 61.

²¹⁵ BVerfGE 96, 44, 50; s. auch *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S. 28 ff.; *ders.*, Anm. zu BGH, NJW 1978, 1013; ebenso BGHSt 44, 171, 265; *Laser*, NSTz 2001, 120, 122 ff.; *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, Teil 1 § 2 Rn. 14; a. A. *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2839 ff.; *Dörr*, NJW 1984, 2258 m.w.N.; *Schoch*, Jura 2001, 628, 630.

²¹⁶ Vgl. *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 449; *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 209; am Beispiel der Durchsuchung *Tsambikakis*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, § 105 Rn. 24a.

²¹⁷ S. oben 2. Kap. B. IV.

Drittens ist die Zuordnung ausschlaggebend dafür, ob die Polizei in der gegenständlichen Konstellation der Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft untersteht oder nicht. Handelt es sich um einen strafprozessualen Kontext, unterliegen Polizeibeamte bei staatsanwaltschaftlichen Aufträgen und Ersuchen einer Befolgungspflicht, auch wenn sie von sich aus, d.h. ohne vorherige Anweisungen der Staatsanwaltschaft, tätig geworden sind.²¹⁸ In gefahrenabwehrrechtlichen Situationen ist die Staatsanwaltschaft dagegen nicht zuständig und besitzt keine Weisungsbefugnis gegenüber der Polizei.

Viertens ergibt sich je nach Zuordnung eine unterschiedliche Gesetzgebungskompetenz für die herangezogene Rechtsgrundlage. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. Art. 72 GG ist das Strafverfahrensrecht Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.²¹⁹ Das gerichtliche Verfahren reicht von seiner Einleitung bis zur Anordnung der Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung,²²⁰ umfasst aber auch das unmittelbare Vorfeld,²²¹ mithin die Aufklärung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten sowie die Verfolgungsvorsorge.²²² Von seiner Gesetzgebungskompetenz hat der Bund umfassend Gebrauch gemacht, sodass die gesamtstaatliche Regelung des Strafprozesses seit geraumer Zeit „selbstverständlich“ ist.²²³ Soweit eine Vorschrift das Strafverfahren zum Gegenstand hat, kommt eine Kompetenz der Länder folglich nur in Betracht, soweit der Bund keine abschließende Regelung getroffen hat.²²⁴ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG umfasst hingegen nicht Gesetze, die präventiv Straftaten verhindern sollen (sog. Straftatenverhütung) oder der Gefahrenvorsorge dienen.²²⁵ Dieser Aufgabenbereich ist vielmehr

²¹⁸ Vgl. § 161 Abs. 1 S. 2 StPO; *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 13; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 161 Rn. 28; § 163 Rn. 2; *Pflieger/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, StPO, § 161 Rn. 1.

²¹⁹ *Maunz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 74 Rn. 69; vgl. *Seiler*, in: BeckOK GG, Art. 74 Rn. 11 ff.; *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 74 Rn. 23.

²²⁰ *Seiler*, in: BeckOK GG, Art. 74 Rn. 10; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 74 Rn. 25 m.w.N. Abweichungen bestehen bei Verfahren vor dem BVerfG sowie vor den Verfassungsgerichten der Länder.

²²¹ BVerfGE 30, 1, 29: „Die zulässigen Beschränkungsmaßnahmen sind begrenzt auf die Fälle, in denen tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass bestimmte strafbare Handlungen geplant, begangen werden oder begangen worden sind. (...) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist daher insoweit unmittelbar aus Art. 74 Nr. 1 GG zu entnehmen.“

²²² BVerfGE 103, 21, 30: Die Kompetenzregelung enthalte keine Einschränkung dahingehend, dass Maßnahmen hinsichtlich künftiger Straftaten nicht erfasst sein sollen.

²²³ *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 74 Rn. 18. Eine Ausnahme stellt jedoch der Vollzug der Untersuchungshaft dar, der seit 2006 den Ländern obliegt, *ders.*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 74 Rn. 16.

²²⁴ BVerfGE 150, 244, 273. Dies wird etwa für den Bereich der Strafverfolgungsvorsorge angenommen, sodass die Länder insoweit zusätzliche Maßnahmen regeln dürfen, BVerwGE 141, 329, 338 ff.

²²⁵ BVerfGE 150, 244, 273.

von der allgemeinen Länderkompetenz gem. Art. 70 GG gedeckt.²²⁶ Da Gefahrenabwehr und Strafverfolgung jedoch nahe beieinander liegen, können sich die Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern für bestimmte Lebenssachverhalte überschneiden.²²⁷ Maßgeblich dafür, ob ein Gesetz in den einen oder den anderen Kompetenzbereich fällt, ist sein konkreter Gesetzeszweck, wie er sich in objektivierter Sicht aus der Ausgestaltung ergibt.²²⁸

Schließlich richten sich auch etwaige Ausgleichsansprüche für die Maßnahme nach deren Natur.²²⁹

b) Relevanz bei der Bekämpfung Organisierter (Drogen-)Kriminalität

Im Bereich der Organisierten Kriminalität ist die Debatte um doppel funktionale Maßnahmen mit großer Regelmäßigkeit bedeutsam. Die Aktivitäten einer kriminellen Organisation erstrecken sich über einen längeren Zeitraum, sodass ein anhaltender Prozess stattfindet. Dadurch besteht permanent sowohl das Bedürfnis der Verfolgung bereits begangener Straftaten als auch die Verhütung aktueller (neuer) Gefahren für wichtige Rechtsgüter.

Der Betäubungsmittelhandel hat Kriminalität zum Gegenstand, die sowohl schwerwiegende Straftatbestände erfüllt als auch erhebliche (jedenfalls mittelbar gesundheitliche) Gefahren für die Bevölkerung birgt.²³⁰ Somit handelt es sich um einen Schauplatz der doppel funktionalen Maßnahmen par excellence. Konkret ist danach zu fragen, nach welcher Maßgabe die Rechtsnatur solcher Maßnahmen zu ermitteln ist.

c) Begriff

Es wird in der Literatur zuweilen zwischen „echten“ und „unechten“ sowie zwischen „abstrakten“ und „konkreten“²³¹ doppel funktionalen Maßnahmen unterschieden, wobei „echt“ bedeuten soll, dass die Polizei mit jeweils selbstständi-

²²⁶ BVerfGE 150, 244, 274 f. unter Verweis auf BVerwGE 141, 329, 335; *Schnapauß*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 74 Rn. 2.

²²⁷ BVerfGE 150, 244, 275.

²²⁸ BVerfGE 150, 244, 273. Diese Abgrenzungsfrage ist jedoch von dem Streitstand um doppel funktionale Maßnahmen zu unterscheiden. Bei Ersterer geht es um die Natur der Rechtsgrundlage, bei Zweiterer um die Natur der konkreten Maßnahme, um davon ausgehend die geeignete Rechtsgrundlage zu bestimmen.

²²⁹ Näher *Nolte*, Kriminalistik 2007, 343, 344.

²³⁰ S. bereits 2. Kap. A. II. 2. und III.

²³¹ „Abstrakt“-doppel funktional meint, dass die Doppelfunktionalität bereits im Zeitpunkt der Anordnung vorlag; während „konkret“-doppel funktionale Maßnahmen erst bei der nachträglichen Rechtmäßigkeitsüberprüfung ersichtlich werden, vgl. *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 255 mit Verweis auf *Rachor*, in: Liskin/Denninger, Hdb. Polizeirecht, L Rn. 21 ff.

ger präventiver und repressiver Zielsetzung tätig wird.²³² „Unechte“ oder „konkrete“ Doppelfunktion meint dagegen polizeiliche Maßnahmen, die nur deswegen auch präventiven Charakter besitzen, weil durch die Strafverfolgung ein entsprechender unselbstständiger Nebeneffekt erzielt wird, etwa dass der Betroffene durch seine Festnahme an der Fortsetzung seiner strafbaren Handlung faktisch gehindert wird.²³³ Ab und an wird in diesem Kontext auch der Begriff der „Gemengelage“ verwendet.²³⁴ Im Folgenden sind mit „doppelfunktionalen Maßnahmen“ stets echte, abstrakt-doppelfunktionale Maßnahmen gemeint.

Dabei ist für eine Qualifizierung als doppelfunktional nicht allein ausschlaggebend, dass sowohl das Polizeirecht als auch das Strafprozessrecht theoretisch eine entsprechende Rechtsgrundlage bietet,²³⁵ sondern vielmehr, dass die Maßnahme auch beiden Zwecken dienen *soll*, also ihr *Zweck* doppelfunktional ist.²³⁶ Irrelevant ist auf dieser Ebene zunächst, ob die Zwecke mit gleicher Priorität verfolgt werden.²³⁷ Der ausschlaggebende Blickwinkel für die Zweckbestimmung ist wiederum unklar.²³⁸

Eine Doppelfunktion ist nur wegen der Doppelrolle der Polizei, die auf beiden Gebieten tätig werden kann, überhaupt möglich.²³⁹ Bei der Staatsanwaltschaft, die ausschließlich für die Strafverfolgung zuständig ist, kann sich die Frage nach der Natur der Maßnahme dagegen niemals stellen.²⁴⁰ Insbesondere wenn die Polizei mit kurzer Reaktionszeit informell handelt, kann es demgegenüber zu Ab-

²³² Vgl. BGHSt 62, 123, 130 f.; *Schoch*, Jura 2013, 1115, 1116 ff.; *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737, 738.

²³³ BGHSt 62, 123, 130 f.: „Prävention durch Repression“; vgl. auch *Nolte*, Kriminalistik 2007, 343 f.; *Keller*, Kriminalistik 2002, 135.

²³⁴ S. etwa *Lenk*, NVwZ 2018, 38; *Gubitz*, NStZ 2016, 128; *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 253, 293, 312; *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 208; krit. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 155 ff. m.w.N.

²³⁵ So aber VGH München, BeckRS 2009, 41748 m.w.N.

²³⁶ Vgl. BVerwGE 47, 255, 264 f.; *Albrecht*, HRRS 2017, 446. *Mosbacher* beschreibt diese Maßnahmen als „janusköpfig“, *ders.*, JuS 2016, 706, 708; OVG Münster, NJW 1980, 855; „doppelgleisiges Tätigwerden der Polizei“; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, S. 356; vgl. auch *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2842.

²³⁷ Insofern unzutreffend LG Münster, NStZ 2016, 126, 127, das für eine Doppelfunktionalität ein „gleichberechtigtes Gegenüberstehen“ repressiver und präventiver Aspekte voraussetzt.

²³⁸ Dazu sogleich.

²³⁹ *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 208.

²⁴⁰ S. aber *Danne*, JuS 2018, 434, der darauf hinweist, dass sich auch in der Steuerverwaltung parallele Problemstellungen finden lassen. Allerdings werde die Problematik hier durch die Sonderregelung in § 393 AO entschärft. Vgl. auch *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 546, die davon ausgehen, dass sich die Norm aufgrund der steuerverfahrensrechtlichen Besonderheiten im hiesigen Kontext nicht analog anwenden lässt und daher nicht zur Problemlösung beiträgt.

grenzungsschwierigkeiten bei der Frage kommen, welche Ermächtigungsgrundlage zugrunde zu legen ist.²⁴¹

d) Einordnung

Gerade weil die Einordnung von polizeilichen doppelfunktionalen Maßnahmen in mehrfacher Hinsicht praktisch bedeutsam ist, werden seit Jahren höchst kontrovers zahlreiche Lösungsvorschläge diskutiert. Im Folgenden werden daher nur die im Kern vertretenen Meinungsströmungen zusammengefasst und die jeweils wesentlichen Kritikpunkte dargelegt, um einen Überblick zu verschaffen.

aa) Äußerliches Zusammenfallen mehrerer Akte

Einige Stimmen fingieren im Fall einer doppelfunktionalen Maßnahme zwei Akte, die nur äußerlich „*uno acto*“ zusammenfallen.²⁴² Der Rechtsweg soll ihnen zufolge sowohl nach § 23 EGGVG bzw. § 98 StPO als auch nach § 40 VwGO eröffnet sein. Eine ungerechtfertigte Verdoppelung des Rechtsschutzes und die Gefahr von sich widersprechenden Entscheidungen soll nicht bestehen: Da es sich nach der in Rede stehenden Auffassung um zwei eigenständige, verschiedene Streitgegenstände handelt, könnte das jeweils angerufene Gericht nicht gem. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG den jeweils anderen Aspekt mitentscheiden.²⁴³ Vielmehr würde das Verwaltungsgericht ausschließlich den gefahrenabwehrrechtlichen Sachverhalt, das ordentliche Gericht nur den strafprozessualen Sachverhalt würdigen. Eine widerstreitende Entscheidung „im engeren Sinne“ könnte es demnach nicht geben, weil keine Aussage über das jeweils andere Rechtsgebiet getroffen würde.²⁴⁴

Diese Meinung lehnen Kritiker dennoch mit dem Argument ab, dass die Aufspaltung einer einzelnen Maßnahme von vorneherein nicht möglich sei.²⁴⁵ Die doppelfunktionale Maßnahme müsse als einheitlicher Lebenssachverhalt aufgefasst werden.²⁴⁶ Allein das Vorliegen mehrerer Rechtsgrundlagen könne nicht auch die Verfahrensgegenstände vermehren.²⁴⁷ Zudem wäre es effektiver, wenn

²⁴¹ *Danne*, JuS 2018, 434.

²⁴² OVG Schleswig, NVwZ-RR 2007, 817, 818; *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2841 ff.; *Graulich*, NVwZ 2014, 685, 690; *Erichsen*, Jura 1993, 45, 49 m.w.N.; *Schoch*, Jura 2013, 1115, 1118 m.w.N.; a.A. VG Hannover, NVwZ-RR 1999, 578, das § 17 Abs. 2 S. 2 GVG für anwendbar hält.

²⁴³ OVG Schleswig, NVwZ-RR 2007, 817, 818.

²⁴⁴ *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 334.

²⁴⁵ Vgl. *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 40 Rn. 607; vgl. *Sodan*, in: *NK-VwGO*, § 40 Rn. 619.

²⁴⁶ Insgesamt abl. *Schoreit*, DRiZ 1982, 401, 403, der eine eindeutige Zuordnung der Maßnahme mit der Begründung fordert, ein doppelter Zweck sei logisch nicht denkbar und praktisch undurchführbar.

²⁴⁷ *Schoch*, in: *FS Stree/Wessels*, S. 1095, 1116.

sich ein Gericht mit beiden Materien befassen würde, sodass auch keine Widersprüche hinsichtlich etwaiger Vorfragen, wie gerade der Indizien hinsichtlich der Beurteilung der Doppelfunktionalität, auftreten könnten.²⁴⁸

Die Verfechter der Theorie betonen im Gegenteil die praktischen Vorzüge der Anwendung beider Regime, da auf diese Weise zum Beispiel erhobene Beweise nicht eigens für das Strafverfahren umgewidmet werden müssten.²⁴⁹

bb) Exklusivität

(1) Vorrang des Gefahrenabwehrrechts

Einige Vertreter nehmen ein Exklusivitätsverhältnis dahingehend an, dass das Gefahrenabwehrrecht jedenfalls im Zweifelsfall Vorrang vor dem Strafprozessrecht haben müsse.²⁵⁰ Ein oft bemühtes Beispiel dafür ist das Szenario einer Geiselnahme, in dem die Priorität stets auf der Schadensabwendung von den Geiseln liege und nur sekundär die Strafverfolgung des Geiselnahmers bezweckt werde.²⁵¹ Anhand dieses Beispiels soll demonstriert werden, dass es stets wichtiger sei, das Kind vor dem sprichwörtlichen Sturz in den Brunnen zu bewahren, als herauszufinden, wer es gestoßen habe. Rechtsgüter wie das Leben oder die körperliche Unversehrtheit sollen immer das Interesse der Rechtspflege überwiegen,

²⁴⁸ Vgl. *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 335, der sich aber dennoch für eine isolierte Betrachtung ausspricht.

²⁴⁹ S. nur *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2842: Die Polizei vermöge „auf Nummer Sicher“ zu gehen, indem sie ihr Handeln „auf zwei Füße stellt“.

²⁵⁰ *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, S. 357 m.w.N.; *Mösl*, in: BeckOK PolR NRW, Vorbem. Rn. 25, 91: „Leitgedanke des Vorrangs der Prävention vor der Repression“; *Wolf*, Kriminalistik 1975, 389, 391 f.: „Räumt man der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den ihr zukommenden Stellenwert in der Verbrechensbekämpfung ein, so steht sie scheinbar in einer Art Konkurrenz zur Strafverfolgung, zumal die Polizei für beide Aufgaben kompetent ist. Eine solche Konkurrenz gibt es jedoch nicht, weil die Gefahrenabwehr der Strafverfolgung eindeutig vorgeht.“ (Hervorhebung im Original); *Kniesel*, Kriminalistik 1987, 315, 316; ähnlich *Czarnecki*, Kriminalistik 1996, 143, 145; *Keller*, Kriminalistik 2002, 135, 137: „Grundsatz Prävention vor Repression“; zurückhaltend auch *Kölbel*, der notfalls der Gefahrenabwehr den Vorrang einräumt: „Ein nicht nur kurzfristiges Aufschieben strafprozessualer Ermittlungen kann aber lediglich zulässig sein, wenn und solange es zur Sicherung eines notstandsfähigen, erheblichen Guts unabdingbar ist“, *ders.*, in: MüKo StPO, § 160 Rn. 10. BVerfGE 39, 1, 44 spricht zwar vom „Vorran[g] der Prävention vor der Repression“, dies bezieht sich aber nur auf den Schutz ungeborenen Lebens; ähnlich BVerfGE 30, 336, 350 zum Jugendschutz.

²⁵¹ *Kingreen/Poscher*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, Teil 1 § 2 Rn. 13; *Wolf*, Kriminalistik 1975, 389, 391; vgl. auch BGHSt 62, 123, 132, wobei das Gericht sich hier nicht für einen allgemeinen Vorrang der Gefahrenabwehr ausspricht, sondern nur aufzeigt, dass ihr im Einzelfall Vorrang gebühren kann. Als weiteres Beispiel führt *Keller* einen Unfall mit anschließender Unfallflucht an, wobei sich die Beamten entweder für die Verfolgung des Flüchtenden oder die Erste Hilfe des Unfallopfers entscheiden müssen, *ders.*, Kriminalistik 2002, 135.

gewissermaßen als vorpositiver Grundsatz.²⁵² Darüber hinaus wird auf die höhere Effizienz von Gefahrenabwehrrecht hingewiesen, das tendenziell ein schnelleres und flexibleres Vorgehen ermöglichte.²⁵³ Als weiteres Argument werden die als Verwaltungsvorschriften erlassenen „Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts“²⁵⁴ angeführt:²⁵⁵

„Ergeben sich bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt gleichzeitig und unmittelbar Aufgaben der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr, so sind die Staatsanwaltschaft und die Polizei zuständig, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Maßnahmen zu treffen.

(...) Schaltet sich die Staatsanwaltschaft ein, so werden der Staatsanwalt und die Polizei möglichst im Einvernehmen handeln.

Dies gilt auch dann, wenn die Situation die gleichzeitige angemessene Wahrnehmung beider Aufgaben nicht zulässt. In diesem Falle ist nach dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung jeweils für die konkrete Lage zu entscheiden, ob die Strafverfolgung oder die Gefahrenabwehr das höherwertige Rechtsgut ist.

Erfordert die Lage unverzüglich eine Entscheidung über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und ist ein Einvernehmen darüber, welche Aufgabe in der konkreten Lage vorrangig vorzunehmen ist, – gegebenenfalls auch nach Einschaltung der vorgesetzten Dienststellen – nicht herzustellen, so entscheidet hierüber die Polizei.“

Aus diesem zuletzt aufgestellten Zweifelsgrundsatz könnte man den Vorrang des Gefahrenabwehrrechts ableiten.²⁵⁶ Allerdings fehlt es einer bloßen Verwaltungsvorschrift an einer verbindlichen Außenwirkung;²⁵⁷ außerdem wird nicht in jeder Gemengelage ein Austausch zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft überhaupt stattfinden. Daher handelt es sich um kein zwingendes Argument.²⁵⁸ Folgt man dennoch dieser Auffassung, wäre bei Gemengelingen stets allein Gefahrenabwehrrecht einschlägig und lediglich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Dagegen spricht aber, dass sich weder dem Gefahrenabwehrrecht noch dem Strafprozessrecht mit formellem Rang Informationen über das gegenseitige Verhältnis entnehmen lassen. Eine Über- oder Unterordnung wäre auch schwerlich regelbar, zumal der Bundesgesetzgeber gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für das

²⁵² Vgl. *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, § 2 Rn. 12 f.

²⁵³ *Keller*, *Kriminalistik* 2002, 135, 137.

²⁵⁴ Abgedruckt in *RiStBV Anlage A*.

²⁵⁵ *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, § 2 Rn. 12; s. auch *Mösl*, in: *BeckOK PolR NRW*, Vorbem. Rn. 91.

²⁵⁶ So *Nowrousian*, *Kriminalistik* 2013, 105, 106 f.

²⁵⁷ Zur Wirkung von Verwaltungsvorschriften vgl. nur *Detterbeck*, *Allg. Verwaltungsrecht*, Kap. 2 § 14 Rn. 867; *Eichberger/Buchheister*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, *VwGO*, § 137 Rn. 22 ff.; zu den Ausnahmen *Detterbeck*, *Allg. Verwaltungsrecht*, Kap. 2 § 14 Rn. 878 ff., 883 m.w.N.

²⁵⁸ Krit. daher etwa *Lange-Bertalot/Aßmann*, *NZV* 2017, 572, 573.

Strafrecht und die Länder gem. Art. 70 GG für das Gefahrenabwehrrecht zuständig ist bzw. sind. Einen Vorrang des Gefahrenabwehrrechts unter Zurückdrängung des Strafprozessrechts vermag der Landesgesetzgeber daher nicht zu regeln; es liegt schlicht außerhalb seiner Kompetenz.²⁵⁹

Gegen einen allgemeinen Vorrang des Gefahrenabwehrrechts könnte aus dogmatischer Sicht zudem das Legalitätsprinzip sprechen, das nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern auch ihre polizeilichen Ermittlungspersonen bindet und bei Verdacht einer Straftat zum Handeln etwa durch Aufnahme der Ermittlungen zwingt.²⁶⁰ Dieser Grundsatz würde ausgehebelt, wenn das Gefahrenabwehrrecht das Strafprozessrecht sperren würde.²⁶¹ Da die Unverletztheit der Rechtsordnung ein polizeirechtliches Schutzgut ist, würde bei Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts regelmäßig auch eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne bestehen, sodass das Strafprozessrecht in großem Stil unterlaufen würde.

(2) Vorrang des Strafprozessrechts

Die Gegenposition geht ganz im Gegenteil von einem Primat des Strafprozessrechts aus.²⁶² Innerhalb dieser Ansicht ist wiederum umstritten, welches Merkmal die Sperrwirkung für das Gefahrenabwehrrecht auslöst. Teils wird auf das Bestehen eines strafprozessualen Anfangsverdachts abgestellt.²⁶³ Ein solcher

²⁵⁹ Vgl. hierzu *Schefer*, der eine Annexkompetenz des Bundesgesetzgebers des Bundesgesetzgebers in Erwägung zieht, aber schließlich ablehnt, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 281 f.

²⁶⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 1; *Schoreit*, DRiZ 1982, 401, 402 f.; *Benfer*, NVwZ 1999, 237, 238 f.; die vereinzelten Durchbrechungen in Form von Opportunitätsentscheidungen, die im Strafprozessrecht für die Staatsanwaltschaft in Form der §§ 153 ff. StPO bestehen, gelten nicht für die Polizei, *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 3.

²⁶¹ Vgl. *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2842: „Wäre man anderer Ansicht, hätte dies das schwerlich überzeugende Ergebnis zur Folge, dass die Polizei über die Anwendung der StPO zu disponieren in der Lage wäre. Das stünde auch in Widerspruch dazu, dass das polizeiliche Handeln nach der StPO dem Legalitätsprinzip unterliegt.“

²⁶² *Gubitz*, NSTz 2016, 128 unter Verweis auf BGHSt 41, 64 ff. sowie BGHSt 45, 321 ff.; ebenso *Schoreit*, DRiZ 1982, 401, 402 f.; *Müller/Römer*, NSTz 2012, 543, 546; *Lenk*, StV 2017, 692, 695 f. *Hefendehl* möchte entweder auf den Schwerpunkt der Maßnahme abstellen oder auf das Bestehen eines Anfangsverdachts. Sei Letzteres der Fall, bleibe kein Raum mehr für präventivpolizeiliches Handeln, *ders.*, StV 2001, 700, 705.

²⁶³ Ein konkreter Tatverdacht liegt vor, wenn nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung eine Straftat über bloße Vermutungen hinausreichend, auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützt mit einiger Wahrscheinlichkeit begangen worden ist, BVerfG, wistra 2010, 404, 405 f.; BGH, NSTz-RR 2019, 282. Sein Vorliegen ist regelmäßig Voraussetzung für grundrechtsbeschränkende strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, sodass es sich um einen Zentralbegriff des Strafverfahrens handelt, vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 39 Rn. 15 ff. Monographisch *Lohner*, Tatverdacht im Ermittlungsverfahren, S. 17 ff. An den strafprozessualen Anfangsverdacht als Sperrgrund knüpfen etwa an: *Müller/Römer*, NSTz 2012, 543, 546; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 24a; *Gubitz*, NSTz 2016, 128; *Lenk*, StV 2017, 692, 696.

liegt vor, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat bestehen – die bloße Möglichkeit, dass nach kriminalistischer Erfahrung eine verfolgbare Straftat gegeben ist, genügt.²⁶⁴ Diese Schwelle ist von Rechts wegen sehr niedrig angesetzt und schließt erst schlechthin unhaltbare Erwägungen und Willkür aus.²⁶⁵

Aus diesem Grund und wegen der Unschärfe des Begriffs wird der Anfangsverdacht teils als Anknüpfungspunkt abgelehnt und stattdessen der Eintritt des Betroffenen in den Beschuldigtenstatus als geeigneterer Zeitpunkt angesehen.²⁶⁶ Der Beschuldigtenstatus richtet sich laut der überwiegend vertretenen formellen Theorie nach einem (auch konkludenten) Willensakt als „Produkt eines Zuschreibungsprozesses“ der Strafverfolgungsbehörden.²⁶⁷ Für das exklusive Eingreifen des Strafprozessrechts sei es dabei gleich, ob sich die Beschuldigteneigenschaft darauf gründe, dass die Strafverfolgungsbehörden bereits Ermittlungen durchgeführt haben, deren mittelbarer Ausfluss die Maßnahme ist, oder sich der Anfangsverdacht bereits entsprechend stark verdichtet habe.²⁶⁸

Der Vorrang des Strafprozessrechts wird insbesondere damit begründet, dass sonst die (strenger) strafprozessualen Eingriffsvoraussetzungen und damit auch der Beschuldigtenschutz unterlaufen würde(n).²⁶⁹ Die Beschuldigteneigenschaft müsse gewissermaßen als Ausgleich mit erhöhtem Rechtsschutz einhergehen.²⁷⁰ Daher wird teils auch danach differenziert, ob sich die Maßnahme gegen einen Beschuldigten oder Dritten richtet.²⁷¹

Außerdem führe das Legalitätsprinzip zu einer Handlungspflicht der Strafverfolgungsbehörden, sodass immer, wenn dieser Bereich grundsätzlich eröffnet sei, ein Vorrang des Strafprozessrechts aus diesem Prinzip herzuleiten sei.²⁷² Gegen-

²⁶⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313, 392 f.; BGH, NJW 1989, 96, 97; *Diemer*, in: KK-StPO, § 152 Rn. 7.

²⁶⁵ Vgl. BVerfG, NStZ 2004, 447; *Diemer*, in: KK-StPO, § 152 Rn. 7 f.; zum Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft BGH, NJW 1989, 96, 97; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241, 2248 f.

²⁶⁶ S. nur *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709 m.w.N.; *ders.*, JuS 2018, 129, 130; offen *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 449.

²⁶⁷ Vgl. BGHSt 34, 138, 140; vgl. auch BGH, NStZ 1997, 399 m. Anm. *Rogall*; vgl. auch LG Stuttgart, NStZ 1985, 568, 569; anders *Eisenberg*, StPO, Teil 2 Kap. 1 Rn. 505.

²⁶⁸ *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709.

²⁶⁹ *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709; ähnlich *Gubitz*, NStZ 2016, 128.

²⁷⁰ Vgl. *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709.

²⁷¹ So wohl *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709.

²⁷² Vgl. *Schoreit*, DRiZ 1982, 401, 402 f.; ähnlich wohl *Benfer*, NVwZ 1999, 237, 238 f., der es als rechtsstaatlich geboten ansieht, „die Ermächtigung mit den strengeren Anforderungen zur Grundlage des Eingriffs zu machen“; a. A. BGHSt 62, 123, 135: „Solange der repressive Zugriff zeitlich nur hinausgeschoben und nicht ganz oder teilweise unterlassen wird, ist Raum für kriminalstrategisches Vorgehen.“

über dem polizeilichen Opportunitätsprinzip erachten es einige Vertreter als allgemein stärker.²⁷³

Dieselbe Auffassung will man auch einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung entnehmen. Das BVerwG hatte hier eine Identitätsfeststellung auf polizeirechtlicher Grundlage für rechtmäßig befunden. Es heißt dazu:

„Doch wurden die Beamten nicht auf der Grundlage der Strafprozessordnung tätig, weil die Maßnahmen nicht zielgerichtet zu Zwecken der Strafverfolgung vorgenommen wurden. Vielmehr konnte sich ein Straftatverdacht gegen bestimmte Personen erst im Verlauf der Personenkontrolle ergeben.“²⁷⁴

E contrario soll daraus zu folgern sein, dass für die Anwendung des Gefahrenabwehrrechts kein Raum bleibe, wenn der Straftatverdacht bereits vor der polizeilichen Maßnahme besteht und dann zielgerichtet zu Zwecken der Strafverfolgung in die Rechte des Betroffenen eingegriffen werde.²⁷⁵

Ob ein solcher Gegenschluss zwingend ist, kann jedoch bezweifelt werden. Denn der Hinweis des BVerwG darauf, dass sich ein Straftatverdacht erst im Laufe der Kontrolle ergab, dient lediglich der Begründung, warum die verfahrensgegenständliche Maßnahme nicht strafprozessualer Natur sein konnte. Der Passus sagt jedoch nichts darüber aus, wie die Bewertung des Gerichts ausgefallen wäre, hätte der Verdacht bereits bei Anordnung der Maßnahme bestanden. Es ist aus der Entscheidung gerade nicht ersichtlich, ob in diesem Fall ein Vorrang der StPO angenommen worden wäre, oder ob eine weitere Abwägung oder Ähnliches stattgefunden hätte. Somit lässt sich das Urteil nicht zur Argumentation für einen allgemeinen Vorrang des Strafprozessrechts fruchtbar machen.

Auch lassen sich für diese Ansicht keine positiv-rechtlichen Anknüpfungspunkte finden.²⁷⁶ Die Gesetzessystematik der Verfassung spricht sogar dagegen, denn ein absoluter Vorrang des Strafprozessrechts würde den Kompetenzbereich der Länder beschneiden.²⁷⁷ Darüber hinaus geben Kritiker zu bedenken, dass eine so weitreichende Einengung des polizeilichen Handlungsspielraums in Gefahrensituationen problematisch wäre, zumal das Opportunitätsprinzip gerade eine flexible Reaktionsmöglichkeit zugunsten der bestmöglichen Prävention vorsehe. Sie betonen die eigenständige Bedeutung der Gefahrenabwehr gegenüber der Strafverfolgung.²⁷⁸ Dagegen spricht aber, dass der Staat keineswegs hand-

²⁷³ *Ernesti*, NStZ 1983, 57, 61 f.: „Sobald der Beamte zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat sieht, ist der Zweck seines Handelns selbstverständlich, weil pflichtgemäß, Ermittlungstätigkeit (§§ 160, 161, 161 StPO).“; vgl. auch *Rieß*, in: FS Dünnebieber, S. 149 ff.

²⁷⁴ BVerwGE 121, 345, 348.

²⁷⁵ *Müller/Römer*, NStZ 2012, 545, 546.

²⁷⁶ Vgl. *Danne*, JuS 2018, 434, 437.

²⁷⁷ *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2842.

²⁷⁸ BGHSt 62, 123, 134 mit Verweis auf BVerfGE 80, 367, 380 und BVerfGE 32, 373, 380.

lungsunfähig ist, sofern er auf das Strafprozessrecht verwiesen wird, sondern auch dort Eilzuständigkeiten bestehen.²⁷⁹

Zurückhaltendere Stimmen schlagen einen Zweifelsgrundsatz vor, nach dem das Strafprozessrecht dann Vorrang genießt, wenn sich kein eindeutiger Zweck bzw. Schwerpunkt ermitteln lässt.²⁸⁰ Für die Sicherstellung und Beschlagnahme wird das beispielsweise damit begründet, dass der Gegenstand im Strafverfahren dann uneingeschränkt als Beweismittel zur Verfügung stehe, die richterliche Anordnung der Einziehung durch ein Verfügungsverbot²⁸¹ gesichert sei und zugleich der gefahrenabwehrrechtlichen Zielrichtung (das Aus-dem-Verkehr-Ziehen des Gegenstands) Rechnung getragen werde.²⁸²

cc) Schwerpunkt der Maßnahme

Eine weitere Ansicht geht hingegen von einer prinzipiellen Gleichwertigkeit der Rechtsgebiete aus²⁸³ und verwendet zur Abgrenzung die sog. Schwerpunkttheorie oder Schwerpunktformel. Letztere wurde vornehmlich von den Verwaltungsgerichten in Bezug auf die Frage nach der Rechtswegeröffnung entwickelt.²⁸⁴ Danach soll es darauf ankommen, ob die Maßnahme vornehmlich repressive oder präventive Zwecke verfolgt.²⁸⁵ Unter den Vertretern dieser Ansicht ist wiederum umstritten, nach welchem Maßstab der Schwerpunkt zu beurteilen ist. Teils wird auf den Gesamteindruck, der sich einem objektiven, verständigen Bürger bei natürlicher Betrachtungsweise in der Lage des Betroffenen bietet, abgestellt.²⁸⁶ Sofern der Wille des Polizeibeamten deutlich wird, etwa weil er die Maßnahme begründet, soll dieser als zusätzliches Indiz heranzuziehen sein.²⁸⁷ Teils wird aber auch vorrangig auf eine solche Begründung verwiesen.²⁸⁸ Andere Stimmen stellen auf die Zielrichtung der Maßnahme und den (intern) verfolgten

²⁷⁹ Vgl. überzeugend *Lenk*, StV 2017, 692, 695.

²⁸⁰ Einschränkung etwa *Wolter*, in: SK-StPO, § 100c Rn. 25, der einen Vorrang der Strafverfolgung (nur) dann verneint, wenn es um die Abwendung einer Lebensgefahr oder die Eigensicherung der Beamten geht.

²⁸¹ § 111d Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 136 BGB.

²⁸² *Braun*, in: BeckOK PolR NRW, § 43 PolG NRW Rn. 4.

²⁸³ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737, 743.

²⁸⁴ BVerwGE 47, 255; ferner BVerwGE 121, 345, 348; in diese Richtung bereits OVG Berlin, NJW 1971, 637; vgl. auch VGH Kassel, NJW 1999, 3793; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2005, 540: maßgeblich sei das Schwergewicht des polizeilichen Handelns und der damit verbundene Zweck; VGH München, NVwZ, 1986, 655, 656.

²⁸⁵ BVerwGE 47, 255, 264 f.; vgl. ferner etwa OVG Berlin, NJW 1971, 637: „Schwergewicht des polizeilichen Verhaltens“; *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737, 749 f.; ferner *Zöller*, in: HK-StPO, § 163 Rn. 4.

²⁸⁶ BVerwGE 47, 255, 264 f.; *Pünder*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, § 69 Rn. 68 m.w.N.

²⁸⁷ BVerwGE 47, 255, 264 f.

²⁸⁸ VGH Mannheim, NVwZ-RR 2005, 540 m.w.N.

Zweck ab.²⁸⁹ Anhand dieser Indizien wird eine umfassende Gesamtabwägung ex ante²⁹⁰ vorgenommen.²⁹¹

Die Maßnahme soll sodann ausschließlich anhand des Regimes des überwiegenden Rechtsgebiets zu messen sein.²⁹² Der Schwerpunkt zieht sozusagen die gesamte doppel funktionale Maßnahme auf seine Seite, denn aus Gründen der Rechtssicherheit soll es nicht zu einer doppelten Rechtswegeröffnung kommen.²⁹³ Letzteres sei den Betroffenen nicht zumutbar.²⁹⁴

Kritiker bemängeln in erster Linie die fehlende Trennschärfe des sog. Schwerpunkts.²⁹⁵ Selbst bei der vom BVerwG vereinzelt angedachten Beschränkung der Schwerpunkttheorie auf die prozessuale Frage der Rechtswegeröffnung²⁹⁶ führe dies zu nicht vertretbaren Rechtsunsicherheiten.²⁹⁷

Vereinzelt wird daher auch angeregt, hilfsweise Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht parallel anzuwenden, wenn sich im Einzelfall kein Schwerpunkt herauskristallisieren lässt.²⁹⁸

dd) Gleichberechtigtes Nebeneinander

Der wohl prominenteste Verfechter einer parallelen Anwendbarkeit von Strafrecht und Gefahrenabwehrrecht ist derzeit der 2. Strafsenat des BGH.²⁹⁹ In seinen Ent-

²⁸⁹ BVerwGE 121, 345, 348.

²⁹⁰ So VGH Kassel, NJW 1999, 3793, 3794; Pünder, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, § 69 Rn. 68.

²⁹¹ Eingehend Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737 ff.; Nolte, Kriminalistik 2007, 343, 345 ff.; Keller, Kriminalistik 2002, 135, 137.

²⁹² Dazu Lenk, NVwZ 2018, 38, 40. Der unterliegende Aspekt wird „nebenbei miterledigt“, vgl. Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737 ff.; Brodowski, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 347.

²⁹³ Achenbach, JA 1981, 660, 662: „strenge Alternativität“ (Hervorhebung im Original).

²⁹⁴ Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737, 746.

²⁹⁵ Für „nebulös und unter dem Aspekt der Rechtssicherheit bedenklich“ hält ihn etwa Schenke, NJW 2011, 2838, 2843. Von einer „Leerformel“ spricht Graulich, NVwZ 2014, 685, 690.

²⁹⁶ BVerwGE 47, 255, 264 f.

²⁹⁷ Schenke, POR, § 8 Rn. 476: „Leerformel“, m.w.N. aus der Lit.

²⁹⁸ Nolte, Kriminalistik 2007, 343, 344 ff.; Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737, 745.

²⁹⁹ BGHSt 62, 123, 133 ff.; BGH, NStZ 2018, 296; NStZ-RR 2018, 146. Ebenfalls von einer parallelen Anwendbarkeit ausgehend: Bertram, Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse, S. 216 ff., der diesen Ansatz „Doppelprüfungslehre“ nennt; Moldenhauer, in: KK-StPO, § 163f Rn. 3; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1b; eingehend Altvater, in: FS Schlothauer, S. 1, 8 ff.; vgl. auch Brodowski, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 255, der diesem Ansatz aber zugleich „erhebliche rechtsstaatliche wie rechtspraktische Schwierigkeiten“ attestiert, „die letztlich mit einem modernen Verfassungs(rechts)staat unvereinbar sind“.

scheidungen aus jüngerer Zeit hat er sich wiederholt gegen ein Exklusivitätsverhältnis ausgesprochen:

„Eine starre Verweisung auf die Strafprozessordnung würde es den Gefahrenabwehrbehörden unmöglich machen, adäquat und flexibel auf neue, häufig nicht vorhersehbare Gefahrenlagen zu reagieren. Die Grenzen zwischen präventivem Handeln und repressivem Vorgehen können fließend sein und sich je nach Sachlage kurzfristig und kaum vorhersehbar verändern.“³⁰⁰

Daher betont er das gleichberechtigte Nebeneinander von Prävention und Repression mit Verweis auf verfassungsrechtliche Entscheidungen, aber auch auf die einfachgesetzliche Regelung in § 10 Abs. 3 ZollVG.³⁰¹ An ihr werde auch die gesetzgeberische Auffassung deutlich, dass das Gefahrenabwehrrecht nicht durch einen strafrechtlichen Anfangsverdacht gesperrt werde, da die Norm sonst weitgehend leerlaufen würde.³⁰² Auch das Legalitätsprinzip gebiete keinen Vorrang des Strafrechts:

„Solange der repressive Zugriff zeitlich nur hinausgeschoben und nicht ganz oder teilweise unterlassen wird, ist Raum für kriminalstrategisches Vorgehen.“³⁰³

Ein Unterlaufen des Beschuldigtenschutzes befürchtet der 2. Strafsenat nicht, da auf einer zweiten Stufe noch die Verwertbarkeit für das Strafverfahren eigens zu prüfen sei.³⁰⁴

Eine parallele Anwendbarkeit führt dazu, dass sich die Polizei grundsätzlich auf beide Rechtsgrundlagen berufen kann und beide Rechtswege eröffnet sind.³⁰⁵ Die Befürworter sehen hierin kein Manko, sondern gehen sogar von einem höheren Rechtsschutz des Betroffenen aus. Prozessökonomische Erwägungen seien unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht geeignet, den Rechtsschutz (auf einen Rechtsweg) zu begrenzen.³⁰⁶

³⁰⁰ BGHSt 62, 123, 134; ähnlich auch BGHSt 54, 69, 78 ff. m.w.N.

³⁰¹ BGHSt 62, 123, 133 mit Verweis auf BVerfGE 80, 367, 380 und BVerfGE 32, 373, 380; ebenso *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 98 f., 106 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2013, 105; *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 10.

³⁰² Ähnlich LG Münster, NSTZ 2016, 126, 127; a. A. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 172 f. Fn. 677, der darauf hinweist, dass die Norm keineswegs nur strafbewehrtes Verhalten erfasst, die Norm also nicht leerlaufe und das Argument somit nicht verfange; dagegen *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 41 f.

³⁰³ BGHSt 62, 123, 135.

³⁰⁴ A. A. *Schenke*, der ein Vorgehen kumulativ sowohl nach Gefahrenabwehr- als auch Strafprozessrecht u. a. annehmen will, damit Beweismaterial nicht noch eigens für den Strafprozess umgewidmet werden müsse, *ders.*, NJW 2011, 2838, 2842.

³⁰⁵ So etwa *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO § 40 Rn. 607. *Brodowski* meint daher, es handele sich nicht um eine Abgrenzungstheorie im eigentlichen Sinne, *ders.*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 342 f.

³⁰⁶ *Bertram*, Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse, S. 220.

Allerdings soll bereits ausreichen, dass das polizeiliche Vorgehen wenigstens nach einer Rechtsgrundlage rechtmäßig war.³⁰⁷ Eine einschränkende Auffassung differenziert insofern, als dass eine doppel funktionale Maßnahme zwar nur *vollständig* rechtmäßig sein kann, wenn die Voraussetzungen beider Reglements eingehalten wurden. Die Maßnahme könne aber dennoch wenigstens in einem der beiden Zusammenhänge rechtmäßig erfolgt sein.³⁰⁸

Diese Meinung wird von ihren Gegnern, die ein „Befugnisshopping“ befürchten,³⁰⁹ als „Rosintheorie“³¹⁰ verworfen.

Nichtsdestotrotz hat der 2. Strafsenat seine Ansicht zuletzt noch einmal bestätigt, sodass mittlerweile eine gefestigte Rechtsprechung vorliegt.³¹¹ In jüngster Zeit ging der 5. Strafsenat gar noch weiter: Nachdem die Polizeibeamten im zugrundeliegenden Fall erfolglos eine Festnahme- und Beschlagnahmeanordnung bei der Staatsanwaltschaft angeregt hatten, durchsuchten sie kurzerhand am Folgetag die Angeklagte sowie ihr Fahrzeug und stützten sich dabei auf Gefahrenabwehrrecht.³¹² Das Urteil des 5. Senats ist insofern bemerkenswert, als dass er keine „rechtsmissbräuchliche Umgehung der strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen unter dem Deckmantel einer tatsächlich nicht bezweckten Gefahrenabwehr“ erkennen will³¹³ – und das, obwohl verschiedene Indizien für eine repressive Natur gesprochen hatten: So hielten offenbar bereits die Polizeibeamten selbst ausweislich der Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft das Strafprozessrecht für einschlägig. Dafür spricht auch, dass der polizeiliche Vermerk „Gefahr im Verzug“ thematisierte und sich damit zu einer Voraussetzung äußerte, die die repressive, nicht aber die polizeirechtliche Norm vorsieht.³¹⁴ Überdies wurden auch keine gefahrenabwehrrechtlichen Sofortmaßnahmen ergriffen.

Somit erweiterte der 5. Senat die Ansicht, Gefahrenabwehr und Strafprozessrecht stünden gleichberechtigt nebeneinander. Ein strafprozessualer Anfangsverdacht bzw. eine Beschuldigtenstellung sperren dem Strafsenat zufolge selbst dann nicht den Rückgriff auf das im Einzelfall voraussetzungsärmere Polizeirecht, wenn sich der Handlungswille der Beamten bereits auf ein repressives Vor-

³⁰⁷ In diesem Sinne wohl auch LG Münster, NStZ 2016, 126, 127; spezifisch mit Fallbeispielen für den Rechtsweg *Schoch*, Jura 2001, 628, 631; abl. *Schiemann*, Anm. zu BGH, NStZ 2017, 651, 657.

³⁰⁸ *Bertram*, Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse, S. 220 f.

³⁰⁹ *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1128: „Befugnis- und Forumshopping“; *Albrecht*, StV 2001, 416, 418; in diese Richtung auch *Schoch*, Jura 2013, 1115, 1119.

³¹⁰ S. bereits *Schiemann*, NStZ 2017, 651, 657; *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1126.

³¹¹ BGH, NStZ-RR 2018, 146; näher noch unter 4. Kap. A. V.

³¹² BGH, BeckRS 2021, 1807 Rn. 18 ff.

³¹³ S. BGH, BeckRS 2021, 18075 Rn. 20.

³¹⁴ S. § 105 Abs. 1 StPO, §§ 23 Abs. 1 Nr. 2, 24 Nr. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1 SächsPolG.

gehen konkretisiert hatte. Dass ein solches Umschwenken möglich sein soll, verstärkt die bereits zuvor geäußerten Besorgnis eines „Befugnisshoppings“.

ee) Subjektive Perspektiven

(1) Wahlmöglichkeit des Beamten

In eine ähnliche Richtung wie die vorangegangene Auffassung geht die Annahme einer Wahlmöglichkeit der anordnenden Beamten. Die Polizei habe im Einzelfall zu entscheiden, welcher Staatsaufgabe der Vorrang einzuräumen sei.³¹⁵ Bei arbeitsteiligem Verhalten liegt es nahe, nach dieser Ansicht auf die Perspektive des leitenden Beamten abzustellen. Zur Begründung wird angeführt, dass die Polizei „näher an der Situation dran ist, die stärkeren Kräfte hat und einfach nicht übergangen werden kann“.³¹⁶

Problematisch erscheint, dass auf diese Art eine Kompetenzumverteilung stattfinden könnte. Überlasse man der Polizei stets die Entscheidung, auf präventiver Rechtsgrundlage tätig zu werden, so gäbe die Staatsanwaltschaft ihre Befugnisse trotz der „Grundverantwortung für die rechtlich einwandfreie Beschaffung der Beweismittel“ aus der Hand.³¹⁷ Auch ein gewisses Missbrauchspotenzial wird sich nicht leugnen lassen.³¹⁸ Auch wenn man die Polizeibeamten als über jeden Zweifel erhaben ansieht, können objektive Kriterien nicht völlig außer Acht gelassen werden, soll die Natur einer Maßnahme nicht von Zufälligkeiten abhängen.

(2) Perspektive des Betroffenen

Spiegelbildlich könnte man auch erwägen, stattdessen auf die Sichtweise des Betroffenen abzustellen. Dies birgt jedoch die zusätzliche Schwierigkeit, dass im Einzelfall mehrere Betroffene unterschiedliche Auffassungen und Interessenlagen aufweisen können und es somit zu Divergenzen hinsichtlich ein und derselben Maßnahme kommen könnte.³¹⁹

³¹⁵ Bächer, Kriminalpräventionsrecht, S. 358 f.; Nowroussian, Kriminalistik 2013, 105, 106 f.

³¹⁶ Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, § 2 Rn. 12; krit. Brodowski, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 338; vgl. auch Schoch, in: FS Stree/Wessels, S. 1095, 1116.

³¹⁷ Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, 572 m.w.N.

³¹⁸ Vgl. etwa Hefendehl, der ein Wahlrecht der Polizei als „rechtsstaatlich unerträglich“ befindet, ders., StV 2001, 700, 705.

³¹⁹ Krit. daher Keller, Kriminalistik 2002, 137 m.w.N.

ff) Kumulative Anwendung

Strenger ist demgegenüber der Ansatz einer kumulativen Anwendung straf- und gefahrenabwehrrechtlicher Normen. Nach dieser Ansicht ist eine doppel-funktionale Maßnahme nur dann rechtmäßig, wenn sowohl die Voraussetzungen der präventiven als auch der repressiven Norm erfüllt sind.³²⁰

Dafür spräche, dass auf diese Weise kein Rechtsgebiet dem anderen unterliegt und somit auch keine Schutzmechanismen für den Betroffenen ausgehebelt werden könnten.³²¹ Auch könnten sich Polizeibeamte nicht der Aufsicht der Staatsanwaltschaft entziehen. Der Rechtsschutz soll dadurch erreicht werden, dass beide Rechtswege eröffnet sind, sodass der Betroffene insofern kein Risiko trägt. Ressourcen der Rechtspflege könnten dadurch geschont werden, dass das angerufene Gericht anhand beider Maßstäbe – Gefahrenabwehr und Strafverfolgung – prüft. Zwar muss das Gericht dann ein „fremdes“ Rechtsgebiet prüfen; dies sei jedoch angesichts einer entsprechenden Ausbildung für das Richteramt zumutbar.

Andererseits geht diese Auffassung zu Lasten der Flexibilität der polizeilichen Handlungsform. Zweifel an diesem Ansatz ergeben sich auch deshalb, weil er im Gesetz keine Stütze findet und auch ersichtlich nicht von ihm vorgesehen ist. So würde etwa § 161 Abs. 3 S. 1 StPO, der eine Umwidmung von personenbezogenen Daten vorsieht, nahezu obsolet, wenn Beweise regelmäßig bereits nach der StPO erhoben würden: Im Rahmen von doppelunktionalen Maßnahmen verbliebe dann für diese Norm kein Raum. Ein Anwendungsbereich verbliebe nur für Situationen, in denen ein repressiver Zweck in überhaupt keiner Weise intendiert ist bzw. in denen sich ein Straftatverdacht erst im Laufe der Maßnahme ergibt.

Bestechender noch ist der Faktor der Kompetenzüberschneidung. Fordert man stets die kumulative Anwendung der präventiven und repressiven Voraussetzungen, könnten Strafrecht und Polizeirecht ihre Maßnahmen gegenseitig verschärfen. Das widerspricht jedoch der durch das Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzverteilung und ist somit verfassungswidrig.³²²

³²⁰ Thiel, Entgrenzung der Gefahrenabwehr, S. 96; Rogall, NSStZ 1992, 45, 46; dem nachfolgend Wölter, Jura 1992, 520, 526; s. auch Schoch, Jura 2013, 1115, 1119 m.w.N.; Löffelmann, JR 2017, 596, 599 m.w.N.; offen für eine kumulative Anwendung Lenk, StV 2017, 692, 697. Keller, Kriminalistik 2002, 135, 137 m.w.N. will auf eine kumulative Anwendung dann zurückgreifen, wenn sich kein Schwerpunkt benennen lässt. Schefer bezeichnet diese als „Kombinationsansatz“, ders., Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 166.

³²¹ Vgl. Löffelmann, JR 2017, 596, 599 m.w.N.; Thiel, Entgrenzung der Gefahrenabwehr, S. 96; a. A. Brodowski, JZ 2017, 1124, 1126; Schenke, NJW 2011, 2838, 2842, die davon ausgehen, dass es bereits ausreicht, dass die Maßnahme aufgrund einer Rechtsgrundlage rechtmäßig ist; vgl. auch Danne, JuS 2018, 434, 437.

³²² Ebenfalls krit. Brodowski, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 341.

gg) Zusammenfassende Stellungnahme

(1) Zur Möglichkeit einer gesetzlichen Klarstellung

Der unübersichtliche Streit um die Behandlung doppelfunktionaler Maßnahmen scheint noch immer nicht abschließend gelöst, zumal sich verwaltungsgerichtliche und ordentliche Rechtsprechung offenbar widersprechen. Man könnte erwägen, eine gesetzliche Klarstellung am Beispiel des § 393 AO im Bereich des Steuerstrafrechts zu fordern.³²³ Freilich bestünde hier in Deutschland ein Kompetenzproblem, da der Bundesgesetzgeber die Strafverfolgung nicht eigenmächtig über die Gefahrenabwehr und der Landesgesetzgeber die Gefahrenabwehr nicht eigenmächtig über die Strafverfolgung stellen könnte. Zugegebenermaßen ist also auch bei einer gesetzlichen Lösung des Konflikts nicht ersichtlich, wie diese auszusehen hätte, geschweige denn, dass eine solche gesetzgeberische Initiative in Aussicht stünde. Daher muss eine Antwort einstweilen anhand der soeben dargestellten Theorien gefunden werden.

(2) Abzulehnende Ansichten

Da alle vorgestellten Theorien Schwächen aufweisen, gilt es, die überzeugendste herauszufiltern. Bei einer zufriedenstellenden Bewältigung des Problems muss die Verwirklichung von Rechtsstaatlichkeit, insbesondere durch Rechtssicherheit und angemessenen Rechtsschutz für die Betroffenen zur größtmöglichen Geltung gelangen.

Die Ansicht, es handle sich stets um zwei eigenständige Maßnahmen, ist eine Fiktion. Dies wäre hinnehmbar, wenn damit das vorliegende Problem akzeptabel gelöst würde. Allerdings sind von diesem Standpunkt aus stets beide Rechtsbereiche eröffnet. Auch wenn daraus mangels Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2 GVG kein doppelter Rechtsschutz resultiert, führt dies in der Konsequenz zu einem enormen Ressourcenverbrauch, da für eine Gesamtprüfung stets sowohl das ordentliche als auch das Verwaltungsgericht tätig werden müsste. Ein solcher Ablauf wäre nicht nur höchst ineffizient, zumal sich die Gerichte jeweils eigenständig ein Bild des Geschehensablaufs machen müssten, sondern auch eine Zumutung für den Betroffenen. Denn bei lebensnahem Verständnis wird es für den Laien regelmäßig darauf ankommen, ob eine Maßnahme insgesamt rechtmäßig war, und nicht nur auf ihren polizei- oder strafprozessrechtlichen Anteil, sodass er stets doppelt um Rechtsschutz ersuchen müsste.

Aber auch ein Exklusivitätsverhältnis ist trotz seiner vergleichsweise eindeutigen Zuordnung von Maßnahmen zu dem einen oder anderen Gebiet abzulehnen.

³²³ Brodowski hält den schwelenden Streitstand um doppelfunktionale Maßnahmen für rechtsstaatswidrig und auch in tatsächlicher Hinsicht unpraktisch, *ders.*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S. 327.

Mit einer Geiselnahme wählen die Verfechter der Gefahrenabwehr ein Extrembeispiel, das auf emotionaler Ebene appelliert. Indes geht es in Szenarien, in denen doppelfunktionale Maßnahmen zu treffen sind, nicht stets um Leib und Leben, sodass eine Abwägung nicht zwingend zugunsten der Gefahrenabwehr ausgehen muss. Zuzugeben ist dieser Ansicht, dass in Zweifelsfällen, in denen es um letale Gefahren geht, starke (wenn nicht zwingende) Argumente für einen Vorrang der Gefahrenabwehr sprechen, was die Handlungspflicht der Beamten angeht. Ausgehend davon, dass die Natur der Maßnahme ex nunc feststeht und nicht nachträglich anzupassen ist, sagt dies aber nur etwas darüber aus, welche Maßnahme hätte getroffen werden *sollen*, nicht, welche Maßnahme tatsächlich getroffen *wurde*. Zudem schließt die Strafverfolgung die Erreichung der Gefahrenabwehr nicht per se aus. Eine Aufgabenkollision ist gerade nicht zwingend, vielmehr können oftmals beide Zwecke kumulativ erreicht werden. Auch bei einer Zweifelsregelung für Gefahrenabwehr handelt es sich demnach um eine reine Fiktion. Das Gesetz bietet seinerseits nicht nur keine Anhaltspunkte für ein solches Exklusivitätsverhältnis, sondern spricht angesichts der geteilten Kompetenzregelungen sogar klar dagegen. Die weitreichenden Einschränkungen des jeweils anderen Rechtsgebiets widersprechen den verfassungsrechtlichen Regelungen. Das gilt gleichermaßen für die Gegenansicht, die ein Primat des Strafverfahrensrechts annimmt.

Somit ist der These der parallelen Anwendbarkeit insofern zuzustimmen, als kein allgemeiner Vorrang von Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung herrscht. Sofern parallele Anwendbarkeit aber so verstanden wird, dass es für die Rechtmäßigkeit ausreicht, dass die Voraussetzungen wenigstens einer der zwei Normen erfüllt sind, handelt es sich dabei um ein offensichtlich systemwidriges Sicherheitsnetz des Staates zulasten der Betroffenen. Das gilt umso mehr, wenn man die ohnehin restriktive Handhabung der Beweisverwertungsverbote der Rechtsprechung bedenkt.³²⁴ Ein weites Verständnis der parallelen Anwendbarkeit könnte beispielsweise großflächig Richtervorbehalte des Strafprozessrechts aushebeln, welche in ihrer polizeirechtlichen Parallelnorm keine Entsprechung finden.

Jede Art eines nachträglichen subjektiven Wahlrechts, das zu erheblicher Rechtsunsicherheit und zu Missbrauchspotenzial führt, ist strikt abzulehnen. Man stelle sich etwa vor, ein Beamter sei aufgrund persönlicher Umstände wenig auf Sicherheit bedacht, lege aber hohen Wert auf Retribution. Nimmt man die subjektive Theorie von der Wahlmöglichkeit des Beamten ernst, führt das zu dem nicht überzeugenden Ergebnis, dass dieser bestimmte Beamte in jeder Situation ausschließlich auf repressiver Grundlage tätig würde.

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb hier Raum für taktische Erwägungen bestehen sollte, sodass das jeweils „günstigere“ (voraussetzungsärmere) Rechts-

³²⁴ Dazu noch näher unter 4. Kap. B. II.

gebiet herangezogen werden kann. Mit Blick auf die staatliche Seite widerspricht dies zudem dem Vorrang des Gesetzes. Zwar scheint es naheliegend, dass der agierende Beamte als (untechnisch gesprochener) „Urheber“ der Maßnahme einen gewissen Einfluss auf ihre Natur hat. Angesichts der genannten Argumente sollte seine Vorstellung aber eher als ein Indiz unter mehreren verstanden werden. Andersherum ist es fernliegend, dem passiven Adressaten der Maßnahme ein Wahlrecht hinsichtlich ihrer Natur zuzugestehen, welches wiederum taktisch ausgeübt werden könnte.

Der gegenteilige Ansatz einer kumulativen Anwendung hingegen soll die Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und somit auch die Beschuldigtenrechte bestmöglich sichern, was zu begrüßen ist. Doch die vorgeschlagene Methode greift in die verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Kompetenzen des Bundesgesetzgebers und der Landesgesetzgeber ein und scheidet schon aus diesem Grund als Lösung aus.

(3) Vorzugswürdige Ansicht

Folglich bleibt lediglich die Schwerpunkttheorie als annehmbarer Weg übrig, also die Abgrenzung danach, welchem Zweck die betreffende Maßnahme schwerpunktmäßig dient. Jene Ansicht entspricht am ehesten dem Willen von Bundesgesetzgeber und Landesgesetzgebern sowie der verfassungsrechtlich vorgesehenen Kompetenzordnung, zumal die Vermengungen der Rechtsgebiete erst historisch gewachsen sind. Dabei soll nicht geleugnet werden, dass auch dieser Ansatz eine Schwäche aufweist, namentlich die Rechtsunsicherheit, die aus der Gesamtschau aller Indizien erwächst. Mitigieren lässt sich dies durch eindeutige, von der Rechtsprechung herauszubildende und ernstzunehmende Indizien bei der Prüfung des schwerpunktmäßigen Zwecks.

Zur Klarstellung: Kommt es auf den Zweck der Maßnahme an, führt das unweigerlich (u. a.) zu der Frage nach dem Willen des handelnden Beamten. Das widerspricht auch nicht der These, es gebe kein unbeschränktes Wahlrecht: Prinzipiell stehen dem Beamten beide Wege zur Verfügung. Es wäre aber rechtsmissbräuchlich, eine Maßnahme gerade deswegen auszuwählen, weil sie die niedrigere Eingriffsschwelle vorsieht. In dieser Hinsicht steht den Beamten kein Ermessensspielraum zur Verfügung. Dieses subjektive Kriterium führt offensichtlich zu Beweisschwierigkeiten. Daher ist es erstens nicht das einzige und allein ausschlaggebende; zweitens stehen wie bereits angedeutet Indizien zur Verfügung, die durchaus Rückschlüsse über die Absichten der Beamten zulassen. Insbesondere ist das Verständnis zu beachten, das ein objektiver Dritter von der Situation vermittelt bekommen hätte, aber auch der Gesamtkontext. Weitere Indizien wären etwa die Person des Handelnden (Verkehrspolizist oder LKA-Beamter?); die Begründung dem Betroffenen gegenüber und deren Dokumentation in den Akten; welcher Natur die vorangegangenen und nachfolgenden Maßnahmen

waren und schließlich, ob Anhaltspunkte bestehen, dass höhere Eingriffsvoraussetzungen des jeweils anderen Rechtsgebiets bewusst vermieden werden sollten. Einen Sonderfall stellt es dar, wenn der unmittelbar verfügende Beamte nur aufgrund des Impulses eines anderen Beamten tätig geworden ist. Wenn sich die Gesamtsituation so darstellt, dass der handelnde Beamte lediglich als ausführendes Werkzeug agiert, muss richtigerweise der Wille des impulsgebenden Beamten in die Überlegungen einbezogen werden.

Die Schwerpunkttheorie bietet nach all dem keine optimale, aber die im Vergleich überzeugendste Lösung. Abgrenzungsprobleme aufgrund der fehlenden Trennschärfe des Punktkriteriums sind mangels geeigneterer Alternativen (etwa einer gesetzlichen Klarstellung) hinzunehmen.

VI. Ergebnis des 2. Kapitels

Im Ergebnis handelt es sich bei Organisiertem Drogenhandel um schwere, gefährliche Kriminalität, die zudem die Ermittlungsbehörden vor besondere Schwierigkeiten bei der Aufklärung stellt. Daher werden häufig täuschende und heimliche Maßnahmen sowohl auf dem Gebiet des Polizeirechts als auch auf dem des Strafprozessrechts eingesetzt. Hier bestehen zahlreiche Parallelmaßnahmen. Problematisch ist dabei unter anderem, dass das genannte Kriminalitätsfeld in besonderer Weise sowohl die öffentliche Sicherheit als auch die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung gefährdet. Daher dienen polizeiliche Maßnahmen oftmals zugleich repressiven und präventiven Zwecken (sog. Doppelfunktionalität), sodass die Bestimmung der Rechtsnatur und damit der passenden Ermächtigunggrundlage umstritten ist. Keine der in der Rechtswissenschaft diskutierten Abgrenzungstheorien bietet eine vollends überzeugende Lösung an; am geeignetsten erscheint jedoch die sog. Schwerpunktformel. Diese sollte um eine widerlegliche Vermutung ergänzt werden, dass sich bei einem mehraktigen Geschehen die Rechtsnatur der zuvor ergriffenen Maßnahmen fortsetzt, sofern die Begleitumstände keine Neubewertung des Sachverhalts erfordern. Dies wird auch bei der Untersuchung der Legendierten Kontrolle zu berücksichtigen sein.

3. Kapitel

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung

Bereits aus rechtsethischer Sicht lässt sich darüber streiten, ob der Staat seine Bürger zum Zweck der Strafverfolgung täuschen darf. Bei dieser Frage treffen zwei große Strömungen aufeinander. Während der teleologische bzw. konsequentialistische Ansatz¹ auf die angestrebten oder erreichten positiven Folgen abhebt und damit dem Einsatz der Täuschung grundsätzlich offen gegenübersteht, lehnt die streng deontologische Sicht die Täuschung aufgrund des ihr stets innewohnenden Handlungsunwertes ab.² Auch vermittelnde Ansichten sehen die staatliche Täuschung kritisch: Der Staat begeben sich mit diesem Mittel tendenziell auf die Seite des Unrechts und dürfe es nur ausnahmsweise „in engsten Grenzen“ einsetzen.³

Die Frage nach dem moralischen Imperativ soll jedoch vorliegend ausgeklammert werden. Stattdessen liegt der Fokus darauf, inwiefern sich eine etwaige rechtsethische Ablehnung im geltenden (Verfassungs-)Recht niedergeschlagen hat und welche Vorgaben dieses macht. Angesichts der bereits thematisierten Ermittlungsmethoden ist nichts vorweggenommen, wenn bereits an dieser Stelle festgehalten wird, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die höchstrichterliche Rechtsprechung jedenfalls in bestimmten Fällen ersichtlich von der rechtlichen Zulässigkeit täuschender Maßnahmen gegen Beschuldigte ausgehen.⁴ Dabei wird die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung selten allgemein, sondern zumeist anhand konkreter Fallgruppen thematisiert.⁵

Die gesetzgeberische Prämisse der Rechtmäßigkeit der Täuschung soll im Folgenden näher beleuchtet werden, denn soweit eine staatliche Täuschung in Grundrechte eingreift, gilt der Vorbehalt des Gesetzes.⁶ In dem Fall bedürfen sämtliche Maßnahmen, die Täuschungselemente enthalten, einer einschlägigen

¹ Näher zur Unterscheidung *Saliger*, in: *Recht und Lüge*, S. 114 f.

² S. etwa *Kahlo*, in: FS Wolff, S. 153, 178, 182 ff. unter Verweis auf den wohl prominentesten Vertreter eines absoluten Verbots der Lüge, Immanuel Kant. Näher zum Ganzen *Seelmann/Demko*, *Rechtsphilosophie*, § 9 Rn. 1 ff.

³ *Saliger*, in: *Recht und Lüge*, S. 93, 115 f.

⁴ Ähnlich *Hassemer*, KJ 1992, 64, 66.

⁵ Als Beispiel dient etwa der Lockspitzeinsatz (sog. *agent provocateur*); dazu instruktiv *Rönnau*, JuS 2015, 19.

⁶ S. bereits 2. Kap. B.V.2.

Ermächtigungsgrundlage. Das betrifft auch die Legendierte Kontrolle, die – wie bereits oben festgestellt – heimliche und täuschende Elemente beinhaltet.⁷

A. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben

Zunächst soll skizziert werden, ob bzw. welche Grund- und Menschenrechte bei hoheitlichen repressiven Täuschungen berührt werden können.

I. Täuschung als Verstoß gegen die Menschenwürde?

Art. 1 Abs. 1 GG ist abwägungsfest,⁸ darf also nach einhelliger Auffassung der Rechtswissenschaft nicht zugunsten anderer Grundrechte eingeschränkt werden.⁹ Nach der sog. Objektformel des BVerfG kommt es darauf an, dass der Mensch nicht zu einem bloßen Mittel oder einer vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.¹⁰ Seine Qualität als selbstbestimmtes Subjekt ist nicht infrage zu stellen und der personale Eigenwert darf ihm nicht abgesprochen werden.¹¹ Angesichts dieser äußerst abstrakten Formel bestehen bei der Subsumtion regelmäßig erhebliche Unsicherheiten. Jedenfalls hat sich das Verständnis herausgebildet, der Schutzbereich sei ausgesprochen restriktiv auszulegen (sog. Elementarschutz).¹² Zur Orientierung wird oftmals ein frühes Urteil des BVerfG herangezogen, in dem es jedenfalls Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung als mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar ansah.¹³ Die Literatur folgert daraus, ein Verstoß

⁷ 1. Kap. C. IV.

⁸ St. Rspr., s. nur BVerfGE 75, 369, 379 f.; 93, 266, 293; 107, 275, 278; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 73; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 11: „Unantastbarkeitsformel“; *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46 m.w.N.

⁹ Das herrschend angenommene Verbot der Rettungsfolter wird unter anderem auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt, s. LG Frankfurt a.M., NJW 2005, 692, 693 ff. – Fall Daschner; vgl. *Rönnau*, in: LK StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 259; *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 224. Zwar ist die Rettungsfolter dennoch umstritten, doch auch ihre Befürworter nehmen keine Einschränkung der Menschenwürde zugunsten anderer Grundrechte an, sondern argumentieren mit einer Pattsituation zwischen der Würde des Angreifers und des Opfers, die zugunsten des Opfers aufzulösen sei, *Erb*, NSTZ 2005, 593, 599; vgl. auch *Götz*, der zudem auf eine normimmanente Abwägung dringt, die je nach Einzelfall bereits eine Berührung des Schutzbereichs, also einen Eingriff, verneint, *ders.*, NJW 2005, 953, 955.

¹⁰ S. nur BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6; 117, 71, 89, jew. m.w.N.; für einen Überblick zu verschiedenen Definitionsversuchen s. *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 53 ff.

¹¹ BVerfGE 30, 1, 26; 87, 209, 228; vgl. auch BVerfGE 115, 118, 153; ebenso *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 11.

¹² Näher *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 44; vgl. auch *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 48 f., der eine Trivialisierung und Entwertung der Menschenwürde beklagt.

¹³ BVerfGE 1, 97, 104.

gegen die Menschenwürde müsse eine damit vergleichbare Qualität besitzen.¹⁴ Es besteht Konsens dahingehend, dass zumindest die physische und psychische Integrität des Menschen zu respektieren sind.¹⁵

Die Frage, ob eine Täuschung die Menschenwürde betrifft und somit verletzt, ist insbesondere im Rahmen des § 136a StPO aufgeworfen worden.¹⁶ Hier wird die Täuschung neben Misshandlung, Ermüdung, körperlichem Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei und Hypnose als eine verbotene Vernehmungsmethode aufgeführt. All diese Methoden dienen dazu, eine zu vernehmende Person zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, und entfalten dabei auf die eine oder andere Weise eine Zwangswirkung. Sie stellen damit einen Angriff auf die Selbstbestimmung der zu vernehmenden Person dar. Daher wird § 136a StPO auch als einfachgesetzliche Ausprägung des Art. 1 Abs. 1 GG verstanden. Der Umstand, dass die Täuschung in einem Zug mit Methoden genannt wird, die die Menschenwürde verletzen, spricht aus systematischer Sicht dafür, dass es sich bei ihr ebenfalls um eine gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßende Methode handelt. Auch anhand seiner Entstehungsgeschichte lässt sich der § 136a StPO als Gegenentwurf zur NS-Zeit deuten, der eine Wahrheitsfindung um jeden Preis verhindern und so die Menschenwürde schützen soll.¹⁷

Nach allgemeiner Ansicht, die auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geteilt wird, handelt es sich hingegen um ein gesetzgeberisches Versehen, durch das die Norm zu weit geraten ist. Die Täuschung sei gerade nicht von vergleichbarer Qualität mit den sonst genannten Zwangsmitteln, denn sie wirkt nicht körperlich auf die Adressaten ein. Außerdem könnte aus dem Verbot des § 136a StPO e contrario geschlossen werden, dass Täuschungen außerhalb von Vernehmungen gerade nicht verboten, also aus Sicht des Gesetzgebers auch mit der Verfassung vereinbar sind.

Der Grund, warum Täuschungen nicht nur im Rahmen des § 136a StPO problematisch sind, ist das Einwirken auf Betroffene, damit diese anschließend eine bestimmte Entscheidung treffen. Kernproblem ist somit deren (teilweiser) Autonomieverlust. Im Unterschied zu anderen Einwirkungsmethoden verbleibt Täuschungsadressaten noch die Möglichkeit, selbst eine Entscheidung zu treffen. Zuweilen wird argumentiert, dass eine solche Entscheidung – auch wenn sie auf falschen Informationen beruht – dennoch frei sei. Selbst wenn die betroffene Person sich ohne die Täuschung anders entschieden hätte, sei ihr letztlich eine Wahl geblieben.

¹⁴ Vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 41; vgl. auch Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 30, 32, der im Übrigen auf die Notwendigkeit der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber hinweist.

¹⁵ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 62.

¹⁶ S. etwa Saliger, in: Strafverteidigertag, S. 195, 206 f.

¹⁷ Popp, NStZ 1998, 95 m.w.N.

Dagegen spricht, dass die Möglichkeit der autonomen Entscheidung durch die Manipulation entwertet wird. Denn die Täuschung zielt gerade darauf ab, dass die Entscheidung anders ausfällt, als sie der Adressat hypothetisch getroffen hätte. Andererseits reicht die Zwangswirkung der Täuschung im Unterschied zu anderen Methoden regelmäßig nicht so weit, dass sie die Autonomie des Gegenübers vollständig aufhebt. Dies leuchtet umso mehr ein, je mehr man sich verdeutlicht, dass jedes Individuum täglich zahlreichen äußerlichen Zwängen unterliegt, die nicht jeweils als rechtswidrig bewertet werden: man denke nur an ein eingezwängtes Stehen im Bus, die Notwendigkeit, Kleidung anzuziehen, Hunger und vieles mehr.

Somit ist zuzugeben, dass die Täuschung tendenziell weniger schwerwiegend als andere Zwangsmethoden erscheint, weil sie den Handlungsspielraum der Betroffenen in der Regel nicht vollständig aufhebt.¹⁸ Soll die Menschenwürde einen bloßen Elementarschutz gewähren, ist eine Grenze erst dort zu ziehen, wo ein vollständiger Autonomieverlust eintritt, sodass der Mensch zum Objekt wird.¹⁹ Aber auch auf die Täuschung bezogen gibt es denkbare Szenarien, in denen diese Grenze im Einzelfall überschritten wird: wenn die betroffene Person durch die Täuschung unter so starken Druck gesetzt wird, dass ihr keine echte Handlungsalternative mehr verbleibt. Dass eine Täuschung so stark wirkt, dass nicht mehr von freier Willensentschließung die Rede sein kann, ist aber nur in wenigen Extremsituationen der Fall; etwa, wenn einem Beschuldigten wahrheitswidrig vorgespiegelt würde, er werde in jedem Fall verurteilt und könne höchstens mit einem Geständnis eine mildere Strafe erreichen. Hier würde der Beschuldigte zum bloßen Objekt des Verfahrens degradiert.

Nimmt man die Begrenzung auf einen Elementarschutz ernst, muss man aber der herrschenden Ansicht zustimmen, dass eine Täuschung grundsätzlich nicht die Menschenwürde verletzt. Der Bürger ist dennoch nicht schutzlos gestellt, vielmehr greifen potenziell weitere (Prozess-)Grundrechte zu seinen Gunsten ein:

II. Täuschung als Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens?

Das Prozessgrundrecht²⁰ auf ein faires Verfahren wird aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.²¹ In Anlehnung an sein an-

¹⁸ So auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 59; a. A. aber *Prasch*, List in der Vernehmung, S. 58 ff.

¹⁹ Ebenfalls die Menschenwürderelevanz der Täuschung verneinend *Otto*, GA 1970, 289, 294.

²⁰ So BVerfGE 40, 95, 99; 41, 246, 249; 57, 250, 275; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 3, 42.

²¹ BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105, 111; 39, 238, 242 f.; 101, 397, 405; zum engen Bezug zur Menschenwürde s. auch BVerfGE 57, 250, 275.

gloamerikanisches Vorbild ist oft auch vom Fair-trial-Grundsatz die Rede.²² Es wird durch weitere Ausprägungen konkretisiert, etwa durch das Gebot der Wahrheitsfindung und das Gebot der Waffengleichheit.²³ Letzteres fordert keine Gleichheit gegenüber den Behörden im Sinne gleicher Mittel, sondern vielmehr das Recht auf Teilhabe am Strafprozess, u. a. durch eine bestmögliche Verteidigung.²⁴ Beschuldigte müssen also als Subjekte die Möglichkeit haben, auf Gang und Ergebnis des Strafverfahrens einzuwirken.²⁵ Damit ist zugleich angesprochen, dass diese Einflussmöglichkeit den Betroffenen nicht erst mit Eröffnung der Hauptverhandlung zugestanden wird, sondern bereits während des Ermittlungsverfahrens.

Einfluss auf die Auslegung des Fairnessprinzips haben auch die europäischen Vorgaben, namentlich das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Recht auf ein faires Verfahren.²⁶ Die EMRK garantiert so einen bestimmten Mindeststandard, der von den Vertragsstaaten zu wahren ist.²⁷ Dies wird zudem durch den Katalog des Art. 6 Abs. 3 EMRK konkretisiert, der – ohne abschließend zu sein – einige Mindestrechte nennt.²⁸ Hervorzuheben ist etwa Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, demzufolge innerhalb möglichst kurzer Frist in einer verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der erhobenen Beschuldigung zu unterrichtet ist.

1. Waffengleichheit

Dem Fairnessprinzip wohnt das Gebot der Waffengleichheit „als spezielles Element“²⁹ inne. Die Parteien sollen möglichst ausgeglichene Positionen im Verfahren einnehmen.³⁰ Dies wird hingegen nicht so verstanden, dass beide Seiten

²² Vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 39 m.w.N.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 72 ff.; näher *Vollkommer*, in: GS Bruns, S. 195, 208 ff. *Roxin/Schünemann* schlagen vor, stattdessen vom Grundsatz der Justizförmigkeit des Verfahrens oder besser noch von der Verfahrensbalance zu sprechen, *dies.*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 4.

²³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 216 f.

²⁴ Vgl. EKMR, NJW 1963, 2247 f.; eingehend *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 290 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 5; vgl. BVerfGE 39, 238, 243; 39, 156, 163 m.w.N.; 46, 202, 210.

²⁵ Vgl. BVerfGE 9, 89, 95 m.w.N.; 46, 202, 210.

²⁶ Als internationaler Vertrag ist die EMRK in deutsches Recht transformiert worden und gilt gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG als einfaches Bundesgesetz. Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung gebietet dennoch eine Berücksichtigung bei der Interpretation auch des Verfassungsrechts.

²⁷ Vgl. Art. 53 EMRK; zur Bedeutung der EMRK im deutschen Recht s. auch BVerfGE 111, 307, 317; 128, 326, 367 ff.; *Eisele*, JA 2005, 390; angesichts der Einordnung als Mindeststandard krit. *Gaede*, der vor einer Unterschätzung der Garantie warnt, *dies.*, Fairness als Teilhabe, S. 290 f.

²⁸ Zur Bedeutung der Pflichtverteidiger-Garantie s. etwa EGMR, EuGRZ 1980, 662, 664 – *Artico vs. Italien*.

²⁹ *Tettinger*, Fairness, S. 20.

³⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 7.

identische Rechte hätten. Vielmehr soll eine „Verfahrensbalance“³¹ angestrebt werden, indem der Beschuldigte bzw. Angeklagte eine faire Chance erhält, belastende Beweise zu prüfen und sich dagegen zu wehren. Aus dem Gebot der Waffengleichheit folgt also nicht, dass sich die Parteien permanent auf dem gleichen Informationsstand befinden müssen.

Fragt man sich, ob die Täuschung mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren ist, kommt es im Kern darauf an, ob die Täuschung dazu führt, dass Betroffene von der Teilhabe am Strafprozess ausgeschlossen werden, indem ihnen die Möglichkeit der Einwirkung genommen wird. Wie soeben erörtert, erfordert das faire Verfahren nicht, dass Betroffene zu jedem Zeitpunkt mit den gleichen Rechten und Informationen wie die Ermittlungsbehörden ausgestattet werden. Der Umstand, dass Betroffene während des Ermittlungsverfahrens nicht von Anfang an ins Bild gesetzt werden, begründet demnach keinen Verstoß gegen das faire Verfahren. Eine Täuschung geht jedoch über eine bloße Heimlichkeit hinaus. Bei einem heimlichen Vorgehen wird der Kenntnisstand nicht dem der Ermittlungsbehörden angepasst, die Ausgangslage der Betroffenen also nicht proaktiv verbessert. Bei einer Täuschung wird der Kenntnisstand dagegen durch falsche Informationen beeinflusst, die Ausgangssituation also potenziell verschlechtert.

Der EGMR misst dem Recht auf ein faires Verfahren eine so herausragende Wichtigkeit für eine demokratische Gesellschaft bei, dass eine restriktive Auslegung unvereinbar mit dessen Ziel und Zweck sei.³² Bei der gerichtlichen Kontrolle stellt der Gerichtshof allerdings eine Gesamtbetrachtung an und prüft, ob das in Rede stehende Vorgehen das Verfahren insgesamt unfair erscheinen lässt – nur dann zieht ein Verstoß Konsequenzen nach sich. Das setzt voraus, dass die Täuschung sich auf den Schuldspruch ausgewirkt haben muss. Kann der Betroffene dagegen vorher noch Einfluss auf das Verfahren nehmen, seien seine Rechte gewahrt. Somit reicht es jedenfalls aus, wenn Betroffene noch vor Anklageerhebung über eine Täuschung aufgeklärt werden. Folglich verstößt nicht jede Täuschung per se gegen das Fairnessprinzip. Vielmehr wird in der Regel eine „Heilungsmöglichkeit“ bestehen, wenn die Täuschung noch rechtzeitig aufgedeckt wird, sodass die effektive Verteidigung nicht gefährdet ist.

2. Nemo tenetur

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare* – lat.: niemand ist gehalten, sich selbst zu bezichtigen) wird aus Art. 2 Abs. 1

³¹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 7.

³² EGMR, NJW 2009, 2873, 2874 – *Ryakib Biryukov vs. Russland* m.w.N. Zur Orientierungs- und Leitfunktion für die deutsche Rechtsprechung BVerfGE 128, 326, 367 ff.; vgl. auch BVerfGE 111, 307, 319, 323 ff.

i.V.m. Art. 1 GG abgeleitet³³ und findet einfachgesetzlich in § 136 Abs. 1 S. 2 StPO Ausdruck.³⁴ Ausgehend von der Handlungsfreiheit und dem engen Menschenwürdebezug³⁵ besagt *nemo tenetur*, dass niemand gezwungen werden darf, auszusagen und so selbst die Voraussetzung für die eigene strafgerichtliche Verurteilung zu liefern.³⁶ Sowohl das BVerfG als auch der EGMR zählen diesen Grundsatz zum Kernbereich des fairen Verfahrens.³⁷

Das Vortäuschen eines Aussagezwangs verstößt dementsprechend eindeutig gegen die Selbstbelastungsfreiheit.³⁸ Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob *nemo tenetur* auch vor unbewussten, durch Täuschungen hervorgerufenen Selbstbelastungen schützen soll.³⁹

In der sog. Hörfallenentscheidung hatte der Große Strafsenat des BGH dies zunächst verneint und das unbemerkte Mithören (bzw. die anschließende Beweis-

³³ (U. a.) An das allgemeine Persönlichkeitsrecht anknüpfend BVerfGE 56, 37, 41 f.; 95, 220, 241; BGHSt 38, 214, 220; 42, 139, 157; zur informationellen Selbstbestimmung: BVerfGE 65, 1, 46 s. außerdem *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105; *Rogall*, in: SK-StPO, Vorbem. vor § 133 Rn. 132, 136 ff.; *Weßlau*, Vorfelderermittlungen, S. 211 m.w.N.; *Soiné*, NStZ 2010, 596, 598; s. aber *Leitmeier*, JR 2014, 372, der den Verfassungsrang von *nemo tenetur* bestreitet.

³⁴ Im Falle der Untersuchungshaft gelten §§ 114b, 115 Abs. 3, 4 sowie § 115a Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 StPO. Explizit ist *nemo tenetur* in § 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte geregelt. Die Norm gilt in der Bundesrepublik gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG seit 1973 als einfaches Bundesgesetz, BGBl. 1973 II, S. 1533; s. dazu auch *Rogall*, in: SK-StPO, Vorbem. vor § 133 Rn. 131; *Benz*, Selbstbelastungen, S. 2; *Matt*, GA 2006, 323, 326; *Möller*, JR 2005, 314, 315.

³⁵ BVerfGE 38, 105, 113 ff.; 133, 168, 201; BGHSt 14, 358, 364; 52, 11, 17; *Gercke/Temming*, in: HK-StPO, Einl. Rn. 29; *Rogall*, in: SK-StPO, Vorbem. vor § 133 Rn. 132; *Ellbogen*, Kriminalistik 2006, 544; *Kelker*, in: FS Puppe, S. 1673, 1679; *Matt*, GA 2006, 323, 327 m.w.N.; *Soiné*, NStZ 2010, 596, 598; *Kasiske*, JuS 2014, 15, 16; *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 574; a.A. v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 105; krit. auch *Bosch*, *Nemo-tenetur-Prinzip*, S. 38 ff.

³⁶ BVerfGE 38, 105, 114 f.; 56, 37, 43 f. m.w.N.; vgl. auch BGHSt 14, 358, 364; 42, 139.

³⁷ BVerfGE 56, 37, 45; 133, 168, 201; EGMR, EuGRZ 1996, 587, 590 – *John Murray vs. Vereinigtes Königreich*; s. ebenso BGHSt 52, 11, 17; 55, 138, 144; *Gercke/Temming*, in: HK-StPO, Einl. Rn. 33 („notwendiger Bestandteil“); *Sowada*, in: FS Geppert, S. 689, 697 f.; *Roxin*, in: FS Geppert, S. 549, 563; *Soiné*, NStZ 2010, 596, 598; *Zuck*, JR 2010, 17, 19; *Botke*, Jura 1987, 356, 361; anders *Lohe/Jakobs*, in: KK-StPO, MRK Art. 6 Rn. 55. Teils wird *nemo tenetur* auch am Rechtsstaatsprinzip festgemacht, s. etwa *Renzikowski*, JZ 1997, 710; *Schumacher*, *Nemo tenetur*, S. 72 f.; tendenziell auch *Dose*, Verwendung von Zufallserkenntnissen, S. 133 m.w.N.; krit. *Möller*, JR 2005, 314, 317 f.; für eine Anknüpfung an die Waffengleichheit *Satzger*, in: S/S/W-StPO, EMRK Art. 6 Rn. 45; vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, MRK Art. 6 Rn. 3; *Kasiske*, JuS 2014, 15, 17. Einen Überblick zu den teils verschiedenen Herleitungsansätzen bieten *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 111 f. sowie *Kasiske*, JuS 2014, 15 ff.

³⁸ Zum Unterlaufen der Aussagefreiheit durch Heimlichkeit (Hörfälle) s. etwa BGHSt 14, 358.

³⁹ *Kasiske*, JuS 2014, 15, 18.

verwertung) eines Telefongesprächs zwischen dem Beschuldigten und einem den Behörden zuarbeitenden Dritten zur Aufklärung einer schweren Straftat für zulässig befunden.⁴⁰ Dabei stellte das Gericht maßgeblich auf die verbleibende Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten ab:

„Insbesondere kann von einem Zwang des Beschuldigten, gegen sich auszusagen, keine Rede sein [...]. Der Tatverdächtige, der in einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer zu Fragen des Untersuchungsgegenstands Stellung nimmt, äußert sich nicht aufgrund eines tatsächlichen oder eines vorgetauschten Zwanges. Er fühlt sich auch nicht zu einer Äußerung verpflichtet. Über die Freiwilligkeit seines Tuns kann er nicht im Zweifel sein. *Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes.* Der Angekl. des Ausgangsverfahrens konnte frei darüber befinden, ob und in welchem Umfang er sich in dem Gespräch offenbaren wollte. Er irrte darüber, welches der Grund des Anrufs und seine Folgen waren, letztlich also darüber, daß er sich selbst belastete.“⁴¹

Die Einwände der Literatur, dass jedenfalls ein hoheitlich bewirkter Irrtum dem Schutzbereich unterfallen müsste,⁴² lehnte der Senat ab:

„[...] damit erhalte die Aussagefreiheit einen Inhalt, den sie nach dem Gesetz (Art. 14 III lit. g IPBPR) und der Rechtstradition nicht hat. Die Motive des Beschuldigten zur Äußerung sind nicht Gegenstand des Schutzes und auch nicht zu erforschen.“⁴³

Es folgte jedoch eine Entscheidung des EGMR, der einen unzulässigen Eingriff in der Ausforschung des Beschuldigten durch eine als Zellengenossen getarnte V-Person sah, weil sich der Betroffene zuvor ausdrücklich auf sein Schweigerecht berufen hatte, dann aber eine vernehmungähnliche Situation durch beharrliches Nachfragen über einen längeren Zeitraum entstand.⁴⁴ Das Urteil hob explizit hervor, dass nicht nur Zwang, sondern auch eine Täuschung, die darauf abzielt, ein Geständnis zu entlocken, die Selbstbelastungsfreiheit verletzen kann.⁴⁵

Dem nachfolgend wertete auch der 3. Strafsenat des BGH das beharrliche Drängen eines Verdeckten Ermittlers unter Ausnutzung eines besonderen Vertrauensverhältnisses als nemo tenetur-Verstoß.⁴⁶

⁴⁰ BGHSt 42, 139, 153.

⁴¹ BGHSt 42, 139, 152 f. m.w.N. (Hervorhebungen durch die Verfasserin).

⁴² So Roxin, NStZ 1995, 465, 466; Puppe, GA 1978, 289, 304.

⁴³ BGHSt 42, 139, 153.

⁴⁴ EGMR, StV 2003, 257 – Allan; EGMR, NJW 2010, 213 – Bykov; zu beiden Entscheidungen s. Gaede, JR 2009, 493.

⁴⁵ EGMR, StV 2003, 257 – Allan.

⁴⁶ BGHSt 52, 11 m. Anm. Meyer-Mews, NJW 2007, 3142; Jahn, JuS 2007, 1146; und Renzikowski, JR 2008, 164.

Während einige Literaturstimmen aus diesen Urteilen einen vollumfänglichen Schutz vor hoheitlichen Täuschungen ableiten,⁴⁷ folgern andere lediglich, dass auch unbewusste Selbstbelastungen vom Schutzbereich umfasst sein können.⁴⁸ Denn in den angesprochenen Entscheidungen war weniger die Täuschung das maßgebliche Element, sondern vielmehr die jeweilige psychische Zwangssituation. Die Gerichte nahmen somit allenfalls eine „sehr extensive Interpretation des Aussagezwangs“ vor, welcher „bereits dann anzunehmen ist, wenn durch beharrliches Ausfragen ein psychischer Druck auf den Beschuldigten ausgeübt wird, dem dieser sich nicht ohne Weiteres entziehen kann“.⁴⁹

Zu dieser Einschätzung passt auch das anschließende Urteil des EGMR, in dem der Gerichtshof ein äußerst aufwändiges, intensives Täuschungsmanöver der Behörden als mit *nemo tenetur* vereinbar angesehen hatte.⁵⁰ Namentlich hatten die Beamten zwei Leichenfunde inszeniert, Falschinformationen in den Medien verbreitet und einen verkabelten Dritten instruiert, dem Betroffenen unter Übergabe persönlicher Gegenstände der vermeintlichen Opfer die angeblichen Morde zu gestehen. Dennoch beanstandete der EGMR die Verwertung des heimlich aufgenommenen Tonbands mitsamt der selbstbelastenden Aussage nicht:

„Das Recht, sich nicht selbst zu beschuldigen, betrifft vorrangig die Achtung des Willens einer beschuldigten Person zu schweigen und setzt voraus, dass die Anklage versuchen muss, ihre Behauptungen in einer Strafsache zu beweisen, ohne auf Beweise zurückgreifen zu müssen, die durch *Zwang oder Druck gegen den Willen des Beschuldigten* erlangt worden sind [...] Bei der Prüfung, ob ein Verfahren den Wesensgehalt des Rechts, sich nicht selbst zu beschuldigen, angetastet hat, berücksichtigt der Gerichtshof Art und Grad des Zwangs [...]“.⁵¹

Im zugrundeliegenden Verfahren sah das Gericht keinen Zwang gegeben, weil der Beschuldigte aus freien Stücken mit dem Dritten gesprochen hatte.

So urteilte auch der BGH in einem vergleichbaren Fall, in dem eine Zeugin verkabelt wurde und dann das vorgeblich vertrauliche Gespräch mit dem Beschuldigten suchte.⁵² Auch hier kollidierte die Täuschung in den Augen des Gerichts nicht mit *nemo tenetur*. Stattdessen kam es laut der Entscheidungsgründe darauf an, dass der Beschuldigte sich freiwillig offenbart hatte und sich dem Gespräch jederzeit hätte entziehen können.⁵³ Im Unterschied zu den vorher

⁴⁷ Statt aller *Roxin*, NStZ 1995, 465, 466 f.; *ders.*, StV 2012, 131 f.

⁴⁸ S. etwa *Kasiske*, JuS 2014, 15, 18.

⁴⁹ *Kasiske*, JuS 2014, 15, 18; vgl. auch *Sowada*, in: FS Geppert, S. 689, 702; *Rogall*, in: SK-StPO, Vorbem. vor § 133 Rn. 131; *Gaede*, JR 2009, 493, 496 f.; vgl. zudem BGH, NStZ 2011, 596, 598.

⁵⁰ EGMR, NJW 2010, 213 – Bykov; s. dazu *Gaede*, JR 2009, 493, 496.

⁵¹ EGMR, NJW 2010, 213, 215 – Bykov m.w.N. (Hervorhebungen durch die Verfasserin).

⁵² BGH, NStZ 2011, 596, 598.

⁵³ Zustimmend *Kasiske*, JuS 2014, 15, 19.

entschiedenen Fällen gab es hier kein funktionales Äquivalent zu einer Vernehmung.

Abschließend lässt sich somit festhalten, dass die Rechtsprechung eine Täuschung nicht per se als Verstoß gegen *nemo tenetur* bewertet, selbst wenn damit selbstbelastende Angaben des Beschuldigten erreicht werden sollen. Denn die Selbstbelastungsfreiheit schützt nicht vor dem Risiko, dass Gespräche mit Dritten nicht vertraulich bleiben, bzw. vor dem Irrtum darüber. In solchen Konstellationen bleibt nämlich die Freiheit der Willensentschließung des Ausgeforschten grundsätzlich erhalten. Maßgeblich ist stattdessen, ob die Täuschung im Einzelfall psychologischem Druck und damit Zwang gleichkommt.⁵⁴ Eine Grenze ist dort erreicht, wo die Person zum Ausforschungsobjekt gemacht wird, bei denen ihre Kontrolle über das, was sie preisgibt, ausgeschaltet wird.⁵⁵

III. Täuschung als Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör?

Das Fairnessprinzip wird durch Art. 103 Abs. 1 GG flankiert, der den Anspruch auf rechtliches Gehör verbürgt. Ebenso wie das Fairnessprinzip enthält Art. 103 Abs. 1 GG ein subjektives Recht des Betroffenen.⁵⁶ Die Garantie soll u. a. sicherstellen, dass eine „objektive, faire Verhandlungsführung“ durch „unvoreingenommene Bereitschaft zur Verwertung und Bewertung des gegenseitigen Vorbringens“ stattfindet.⁵⁷ Damit bedingt er zugleich die Waffengleichheit.⁵⁸ Im Prozess wirkt der Anspruch auf drei Stufen: zunächst muss eine Information über den Vorwurf erfolgen, außerdem muss die Möglichkeit gegeben werden, Entlastendes vorzutragen. Schließlich bedarf es der Möglichkeit der Einwirkung auf

⁵⁴ Vgl. BGH, NSTz 2011, 596, 598.

⁵⁵ Grünwald, Beweisrecht, S. 68 f.; Neuhaus, NSTz 1997, 312, 313. Es kann hingegen nicht jede Beeinflussung als Beeinträchtigung i. S. d. § 136a gelten, weil auch eine unaufdringliche Vernehmungsführung zur Beeinflussung des Aussageverhaltens führen kann und darf, BGHSt 1, 387, 388; Eisenberg, StPO, Rn. 642: „eventuell auch gerade durch die Zurückhaltung“.

⁵⁶ Für die Einordnung als Grundrecht s. BVerfGE 19, 93, 99 f.; 36, 92, 97; 54, 117, 123; für ein Prozessgrundrecht BVerfGE 53, 205, 206; 53, 219, 222; 60, 247, 249; 65, 305, 307; 89, 381, 382; als grundrechtsgleiches Recht verstehen die Norm BVerfGE 107, 395, 396; Stern, in: FS Ule, S. 359, 371; für eine Einordnung als grundrechtsähnliches Recht BVerfGE 61, 82, 104; 75, 192, 200; vgl. auch BVerfGE 55, 1, 6: „Das rechtliche Gehör ist nicht nur das prozessuale Urrecht des Menschen, sondern ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein gerichtliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabhängig ist.“

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 52, 131, 156 m.w.N.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 103 Rn. 12.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 52, 131, 156 m.w.N.; a. A. Rüping, Rechtliches Gehör, S. 114, der argumentiert, dass das Gebot auch gewahrt wäre, wenn beiden Parteien das Gehör versagt würde. Zum Verhältnis zwischen Anspruch auf rechtliches Gehör und Fairnessprinzip s. etwa Tettinger, Fairness, S. 19 f.

das Verfahren.⁵⁹ Diese Vorgaben können mit einer durch den Staat verübten Täuschung kollidieren. Allerdings besteht der Anspruch ausweislich des Wortlauts „vor Gericht“, also nach überwiegender Ansicht nicht bei Entscheidungen, die die Polizei oder die Staatsanwaltschaft treffen.⁶⁰ Ist hingegen ein Richter involviert, sei es im Hauptverfahren oder bereits im Ermittlungsverfahren, darf eine Täuschung das rechtliche Gehör nicht beeinträchtigen. Konkret folgt daraus, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht jedenfalls solche Täuschungen unzulässig sind, die dazu führen, dass Betroffene über den strafrechtlichen Vorwurf, der ihnen gemacht wird, irren, und/oder sich nicht dagegen verteidigen können.

IV. Allgemeine Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip

Schließlich wird auch allgemeine, grundlegende Kritik am Einsatz von Täuschung durch den Staat (wenigstens im Rahmen von Vernehmungen) geübt. Im Kontext des § 136a StPO wird diese Ablehnung etwa damit begründet, die Täuschung berühre zwar nicht die Menschenwürde, sei aber „eines Rechtsstaates unwürdig“ und daher verboten.⁶¹ Auch weitere Stimmen des Schrifttums werten das Täuschungsverbot als Garantie einer integren rechtsstaatlichen Strafrechtspflege.⁶² Damit wird ein Bezug zum Rechtsstaatsprinzip aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG angedeutet, wenngleich die oben genannte Kritik meist nicht näher begründet wird.⁶³

Der Rechtsstaat umfasst die Gesamtheit der Regeln, Grundsätze und Prinzipien, die im Grundgesetz normativen Niederschlag gefunden haben und als seine Ausprägung gelten, indem sie staatliche Machtausübung rechtlich binden, organisieren und begrenzen.⁶⁴ Anders ausgedrückt wird im Rechtsstaat politische Herrschaft nur aufgrund und im Rahmen des Rechts ausgeübt.⁶⁵ Dies beinhaltet wiederum verschiedene Kernelemente: die grundrechtlichen Freiheitsrechte; Gewaltenteilung; Herrschaft des demokratischen und ausreichend bestimmten Gesetzes

⁵⁹ *Walischewski*, StV 2001, 243, 244 f.

⁶⁰ BVerfGE 27, 88, 103 m.w.N.; BGHSt 23, 46, 55; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 8 m.w.N.; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 5; *Remmert*, in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 542 ff.; *Wagner*, ZStW 109 (1997), 545, 564 ff. m.w.N.; *Wohlers/Schlegel*, NSTZ 2010, 486, 487; *Brüning*, ZIS 2006, 29 m.w.N.

⁶¹ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 136a Rn. 12; *Monka*, in: BeckOK StPO, § 136a Rn. 15; vgl. *Kudlich*, JuS 1997, 696, 698, der auch auf die möglicherweise verringerte Qualität des Beschuldigten als Beweismittel hinweist; krit. *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 25 ff.

⁶² *Neuhaus*, NSTZ 1997, 312, 314 f., der einen engen Bezug zur Menschenwürde herstellt; vgl. auch *Kulhanek*, in: KMR StPO, § 136a Rn. 26, 61; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 jew. m.w.N.

⁶³ Daher krit. *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 40.

⁶⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 38.

⁶⁵ *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 138.

unter Berücksichtigung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz sowie die Rechtsgebundenheit von Verwaltung und Gerichten. Konkretisierend treten Gerichtsschutz mitsamt dem Recht auf rechtliches Gehör und auf den gesetzlichen Richter, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung einschließlich ihrer verfassungsgerichtlichen Kontrolle und die Orientierung staatlichen Handelns an der Idee materieller Gerechtigkeit hinzu.⁶⁶

Jedoch weist das Rechtsstaatsgebot keinen über die oben diskutierten Aspekte hinausgehenden Gehalt auf, der zusätzlich gegen eine Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung sprechen würde. Insbesondere werden Rechtssicherheit und Vertrauensschutz nicht unterlaufen, soweit die einfachgesetzliche Rechtslage Täuschungen im Einklang mit der Verfassung erlaubt. Auch das Ziel der materiellen Gerechtigkeit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vermögen es nicht, grundlegende Bedenken gegen die staatliche Täuschung aufzuwerfen, zumal dort, wo es um die Aufklärung von (schwerwiegenden) Straftaten geht. Damit stehen gewichtige Gegeninteressen im Raum, die es im Einzelfall abzuwägen gilt.

Dagegen ist „menschliche Anständigkeit“ in dieser allgemeinen Form gerade keine verfassungsrechtlich verbürgte Position. Soweit damit auf das Fairnessgebot abgestellt wird, ist dazu bereits oben Stellung bezogen worden. Das pauschale Unwohlsein der Kritiker unter allgemeinem Verweis auf das Rechtsstaatsgebot reicht somit nicht aus, um die Täuschung als staatliches Mittel auszuschließen.

V. Fazit

Es zeigt sich, dass weder die Verfassung noch die EMRK per se hoheitliche Täuschungen ausschließen. Je nachdem, worauf sich die Täuschung bezieht, können aber im Einzelfall (Prozess-)Grundrechte der Betroffenen berührt sein. Sowohl der Fair-trial-Grundsatz als auch der Anspruch auf rechtliches Gehör erlegen jedenfalls zeitliche Grenzen auf. Ohne dass an dieser Stelle auf etwaige Konsequenzen eines Verstoßes eingegangen werden soll, folgt daraus zugleich, dass es aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage für täuschendes hoheitliches Verhalten bedarf.

B. Konzeption der StPO

Der Wortlaut der StPO trifft keine explizite Aussage darüber, ob die hoheitliche Täuschung eine in der Regel zulässige Maßnahme sein soll. Ob sie grundsätzlich erlaubt oder verboten ist, ist umstritten.

⁶⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 39; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 23 ff.

I. Zum Grundsatz der Offenheit und Erkennbarkeit staatlichen Handelns

Als Gegenreaktion auf die immer weiter gehenden Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu verdeckten Ermittlungen⁶⁷ hatten einige Literaturstimmen zunächst ein Grundsatzgebot der Offenheit und Erkennbarkeit staatlichen Handelns propagiert.⁶⁸ Diesem Ansatz zufolge unterliegen staatliche Akteure von Verfassung wegen der Pflicht, den Betroffenen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens offen gegenüberzutreten.

Tatsächlich ist für das Hauptverfahren die Öffentlichkeitsmaxime in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG niedergelegt.⁶⁹ Der StPO fehlt es dagegen an einer vergleichbaren Regelung hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens.⁷⁰ Dass ein Grundsatz der Offenheit nach der Konzeption der StPO jedenfalls keine absolute Geltung beansprucht, wird schon anhand der Reihe verdeckter strafprozessualer Maßnahmen deutlich (§§ 98a ff., §§ 100a ff. StPO). Auch die Verfahrensregel des § 170 Abs. 2 S. 2 StPO, nach der Beschuldigte nur in bestimmten Fällen von einer Verfahrenseinstellung benachrichtigt werden müssen, impliziert, dass andernfalls ein heimliches Ermitteln nicht nur möglich, sondern gar die Regel ist.

Anhänger eines Offenheitsgrundsatzes oder -gebots führen an, dass die Ziele, die dem § 169 GVG zugrunde liegen – Vorbeugung von Willkür durch öffentliche Kontrolle und Sicherung von Vertrauen in die Justiz – auch im Ermittlungsverfahren bedeutsam sind. Es sei eine zunehmende „Verpolizeilichung“⁷¹ bzw. „Vernachrichtendienstlichung“⁷² der Polizei zu beklagen, welche gegen das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendienst verstoße.

Die Rechtsprechung ist diesen Stimmen jedoch nicht gefolgt: Der BGH hält heimliches Vorgehen nach der StPO für prinzipiell zulässig und lehnt einen Grundsatz der Offenheit explizit ab.⁷³ So sei etwa das unauffällige Observieren von Beschuldigten (Beobachten, Mithören und Belauschen) erlaubt. Schranken wie § 100c StPO, denen die Standardmaßnahmen unterlägen, bestätigten nur die prinzipielle Zulässigkeit heimlicher Maßnahmen, von der die StPO ausgehe –

⁶⁷ S. dazu bereits 2. Kap. B. II.

⁶⁸ Eingehend *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, S. 204 ff. m.w.N.; *Bär*, CR 1995, 489, 494 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. auch Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK.

⁷⁰ Zu der historisch zunächst untergeordneten Bedeutung des Ermittlungsverfahrens s. noch 5. Kap. A. I.

⁷¹ *Paeffgen*, in: Wolter, Strafprozessrecht, S. 13, 14; *Satzger*, StraFo 2006, 45, 47 f.; *Schünemann*, ZIS 2009, 484.

⁷² *Paeffgen*, in: Wolter, Strafprozessrecht, S. 13, 19.

⁷³ Vgl. BGHSt 42, 139, 150; offen gelassen in BGHSt 39, 335, 346 f.; vgl. dazu *Rogall*, JZ 1987, 847, 850.

auch, wenn sich der Tatverdächtige selbst belaste.⁷⁴ Die Polizei sei in der Wahl ihrer Ermittlungsmethoden grundsätzlich frei, dürfe also auch grundsätzlich verdeckt gegen Tatverdächtige vorgehen.⁷⁵

Das BVerfG hat sich dieser Sichtweise zwar nicht entgegengestellt, allerdings wiederholt betont, dass Heimlichkeit (also fehlende Offenheit) die Eingriffsintensität einer Maßnahme steigern. Denn gegen heimliche Maßnahmen können Betroffene nicht vorab Rechtsschutz ersuchen und sofern die Maßnahme nicht aufgedeckt wird, ist nicht einmal eine nachträgliche Kontrolle zur Wahrung eigener Interessen möglich.⁷⁶ Zudem entfällt die faktische Möglichkeit, durch das eigene Verhalten auf den Ermittlungsgang Einfluss zu nehmen.⁷⁷ Daher folgert das BVerfG: „In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung [...]“.⁷⁸

Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass die StPO ersichtlich nicht von einem Grundsatz der Offenheit ausgeht, wenngleich Heimlichkeit einen Grundrechtseingriff intensiviert und einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Wie bereits oben angesprochen, unterscheidet sich die Täuschung hingegen qualitativ von der bloßen Heimlichkeit.⁷⁹ Somit führt die Verneinung eines Grundsatzes der Offenheit staatlichen Handelns nicht zwangsläufig zur grundsätzlichen Zulässigkeit hoheitlicher Täuschungen.

II. Täuschungsverbot gem. § 136a StPO vs. Verdeckte Ermittler gem. § 110a StPO

Fragt man sich, ob die StPO grundsätzlich von Verbot oder Zulässigkeit der staatlichen Täuschung ausgeht, werden unweigerlich die Extrempositionen verbotene Vernehmungsmethoden einerseits und Verdeckte Ermittler andererseits angeführt.⁸⁰ Daraus, dass § 136a Abs. 1 S. 1 StPO die Täuschung im Rahmen einer Vernehmung verbietet, könnte e contrario zu folgern sein, dass sie in anderen Situationen zulässig sei. Andererseits wäre dann konsequenterweise einzuwenden, dass es einer spezialgesetzlichen Erlaubnis der Täuschung durch Verdeckte Ermittler gem. § 110a StPO nicht bedürfte, wäre sie ohnehin allgemein zulässig. Somit würden sich diese systematischen Argumente gegenseitig aufheben.

⁷⁴ BGHSt 42, 139, 151.

⁷⁵ BGHSt 42, 139, 150 f.

⁷⁶ BVerfGE 118, 168, 197 f.; vgl. auch BVerfGE 113, 348, 384 mit Referenz zur Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG.

⁷⁷ BVerfG, NJW 2008, 822.

⁷⁸ BVerfGE 118, 168, 197; BVerfG, NJW 2008, 822.

⁷⁹ S. bereits 1. Kap. C.

⁸⁰ Vgl. *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 39 ff.

Dagegen wird wiederum eingewendet, der Einsatz Verdeckter Ermittler sei bereits zuvor erfolgt und vom Gesetzgeber für rechtmäßig befunden worden; eine gesetzliche Normierung habe lediglich im Interesse der eingesetzten Beamten stattgefunden.⁸¹

Tatsächlich lässt sich der gesetzlichen Begründung eine solche Monokausalität aber nicht entnehmen. Der Gesetzgeber ging ersichtlich von einer geringen Eingriffsschwere aus, aber eben von einem Eingriff.⁸² Somit erkannte er in Übereinstimmung mit den verfassungs- und europarechtlichen Garantien das Bedürfnis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage an.⁸³ In conclusio geht er davon aus, dass eine Täuschung zwar einer Rechtsgrundlage bedarf, dann aber unproblematisch zulässig ist.

Es hat sich gezeigt, dass dieses Verständnis grundsätzlich mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Allerdings ist insofern Vorsicht geboten, als im Einzelfall intensive Grundrechtsbeeinträchtigungen ausgelöst werden können. Ob eine Täuschung gerechtfertigt werden kann, ist daher stets zu überprüfen.

III. Generalermittlungsklausel gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO als Täuschungsbefugnis?

Die Ermittlungsgeneralklauseln §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 StPO erlauben es Staatsanwaltschaft und Polizei, Ermittlungen jeder Art vorzunehmen.⁸⁴ Grundsätzlich fordert die StPO eine Einzeleingriffsermächtigung für Ermittlungsmaßnahmen, die in Grundrechte eingreifen. Wegen der sich permanent ändernden Kriminalitätsformen ist es dem Gesetzgeber jedoch unmöglich, jede denkbare benötigte Ermittlungsmaßnahme zu antizipieren.⁸⁵ Ermittlungen jeder Art meint daher zunächst auch alle „eingriffsneutralen“ Ermittlungen.⁸⁶ Daneben sind aber zudem Eingriffe gestattet, die nicht spezialgesetzlich normiert sind und deren Intensität gering ist bzw. hinter der von normierten Zwangsmaßnahmen zurückbleibt,⁸⁷ beispielsweise bei der Einholung von Erkundigungen über eine gesuchte

⁸¹ *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 47 unter Verweis auf BT-Drs. 12/989, S. 41.

⁸² BT-Drs. 12/989, S. 41.

⁸³ S. oben 3. Kap. a. Anf.; BT-Drs. 12/989, S. 41.

⁸⁴ Vgl. dazu BGHSt 55, 138, 143; ferner BT-Drs. 14/1484, S. 23; vgl. BGHSt 51, 211, 218; BVerfG, NJW 2009, 1405, 1407; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 161 Rn. 1; vgl. für nicht offen ermittelnde Polizeibeamte BGHSt 41, 64, 66.

⁸⁵ S. nur *Hilger*, NSTZ 2000, 561, 563.

⁸⁶ *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 163 Rn. 11.

⁸⁷ BGHSt 51, 211, 218 m.w.N.; *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 163 Rn. 11; weiter *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 161 Rn. 12: jede Ermittlungsart, soweit nicht ausdrücklich dem Richter vorbehalten.

Person.⁸⁸ Andernfalls ist systematisch indiziert, dass der Gesetzgeber die in Rede stehende Maßnahme gerade nicht regeln wollte. Griffe man auch bei schwerwiegenden Eingriffen auf die Generalermittlungsklauseln zurück, würde der Vorbehalt des Gesetzes unterlaufen.

Ob eine Täuschung auf die §§ 161, 163 StPO gestützt werden darf, hängt folglich davon ab, ob sie sich im Einzelfall als ein geringfügiger oder ein schwerer, mit den spezialgesetzlich geregelten Maßnahmen vergleichbarer, Eingriff darstellt.⁸⁹

⁸⁸ Beispiel von *Hilger*, NStZ 2000, 561, 564.

⁸⁹ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 220; *Soiné*, Kriminalistik 2013, 507, 511; vgl. auch *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 546; a.A. *Nowrouzian*, der nicht nach Schweregrad differenziert, sondern die Täuschung generell als niederschweligen Grundrechtseingriff und damit generell für zulässig befindet, *ders.*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 74; vgl. *ders.*, Kriminalistik 2011, 370, 372.

4. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege lata

Vor dem bislang aufgezeigten Hintergrund soll nunmehr die Praxis der Legendierten Kontrolle im Detail auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht werden. Zunächst wird die höchstrichterliche Judikatur nachgezeichnet, um daran anknüpfend in einer eigenen Analyse zu fragen, ob eine solche Beweiserhebung rechtmäßig erfolgt und ob Beweisverwertungsverbote eingreifen.

A. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Obwohl Legendierte Kontrollen seit geraumer Zeit in großem Stil eingesetzt werden,¹ blieb eine höchstrichterliche Klärung ihrer Rechtmäßigkeit jahrelang aus. Inzwischen liegen aber einige Entscheidungen vor, die im Folgenden kurz skizziert werden.

I. BGH, Urteil vom 11.02.2010 – 4 StR 436/09

Im Jahr 2010 befasste sich der 4. Strafsenat erstmals explizit mit einer Legendierten Kontrolle und bestätigte schließlich die Verurteilung des Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.² In dem zugrundeliegenden Fall hatten die Ermittlungsbehörden mittels TKÜ von einer Bestellung illegaler Substanzen durch den Angeklagten zum Zwecke des Weiterverkaufs erfahren und auch die Verladung der Ware beobachten können. Als sie den Angeklagten im Auto verfolgten, drohten sie ihn aufgrund schlechter Witterung und des hohen Tempos zu verlieren. Daher ließen die Beamten auf einem Rastplatz unbemerkt Luft aus einem Reifen des observierten Fahrzeugs und nahmen dann Kontakt zu dem Angeklagten auf. Aufgrund seiner „vermeintlich oder tatsächlich nervösen Reaktion“ durchsuchten sie ohne richterlichen Beschluss das Fahrzeug und konnten Kokain sicherstellen. Die Hintergründe der Ermittlungen wurden weder aus den Ermittlungsakten ersichtlich, die die Verteidigung später anforderte, noch wurden sie bei der richterlichen Vernehmung anlässlich des Haftbefehls, der Haftprüfung oder einer weiteren polizeilichen Vernehmung offengelegt. Stattdessen wurde der Angeklagte erst mit An-

¹ *Albrecht*, HRRS 2017, 446: „in der Strafverfolgungspraxis mittlerweile üblich“; weitere Nachweise s. bereits unter 1. Kap. A. a. E.

² BGH, NSiZ 2010, 294.

klageerhebung darüber unterrichtet, dass es sich nicht um einen Zufallsfund handelte.

Der 4. Strafsenat äußerte Bedenken in Hinsicht auf den fair-trial-Grundsatz, also das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK. Zwar gestatte es die StPO, bei Gefährdung des Ermittlungszwecks bestimmte Informationen zurückzuhalten,³ dies beinhalte jedoch keine Befugnis zur Darstellung eines unwahren Sachverhalts in den Ermittlungsakten oder zur aktiven Täuschung des Angeklagten. Ob insofern ein Verstoß vorlag, ließ der Senat jedoch mit der Begründung offen, dass dieser sich jedenfalls nicht ausgewirkt habe. Die Beweislage sei angesichts des aufgefundenen Rauschgifts klar gewesen, außerdem habe der Angeklagte seinen Haftprüfungsantrag zurückgenommen. Da die Verteidigung zu Beginn der Hauptverhandlung über den wahren Sachverhalt unterrichtet worden war, seien seine Verteidigungsrechte nicht eingeschränkt gewesen. Schließlich soll sich die Vorgehensweise der Beamten auch nicht auf den Strafausspruch ausgewirkt haben. Zwar hätte der Angeklagte möglicherweise gem. § 31 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB eine Strafmilderung oder sogar das Absehen von Strafe erreichen können, wenn er Aussagen zur Sache gemacht hätte. Jedoch sei nicht ersichtlich, dass er von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, wenn er früher über die Hintergründe informiert worden wäre. Denn der Angeklagte hatte zwar in der Hauptverhandlung die Tat gestanden, aber aus Sorge um seine persönliche Sicherheit keine Aussagen zu den Hintergründen und anderen Beteiligten gemacht. Dies wertete der 4. Senat als Indiz dafür, dass auch eine frühzeitige Aufdeckung des wahren Sachverhalts für den Angeklagten nichts geändert hätte.⁴

II. BGH, Beschluss vom 21.07.2011 – 5 StR 32/11

2011 hob der 5. Strafsenat ein Urteil des LG Hamburg auf, das mehrere Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Beihilfe dazu schuldig gesprochen und einen Wertersatzverfall in Höhe von 58.000 Euro angeordnet hatte.⁵ Im zugrundeliegenden Fall war das Gepäck des Hauptangeklagten am Flughafen ohne richterliche Anordnung von Beamten des Zollamts durchsucht worden. Diese Durchsuchung fand auf Veranlassung des LKAs statt, das zu diesem Zeitpunkt bereits ein Ermittlungsverfahren führte. Der BGH führt dazu aus:

„Soweit die Strafkammer im angefochtenen Urteil ihre Überzeugung [...] auch auf in dessen Gepäck aufgefundene Beweismittel, Notizen und abgelichtetes Bargeld stützt, erscheint dies mit Blick (sic) den in § 105 Abs. 1 StPO geregelten Richtervor-

³ Der BGH verweist an dieser Stelle auf § 147 Abs. 2 StPO sowie auf § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 12, Abs. 5, 6 S. 1 StPO.

⁴ Zum Ganzen BGH, NStZ 2010, 294.

⁵ BGH, BeckRS 2011, 22848.

behalt nicht unbedenklich. Zwar wurden die Beweismittel im Wege einer zollamtlichen Untersuchung in eigener Zuständigkeit des Zollamts Hamburg-Flughafen aufgefunden. Allerdings erfolgte die Durchsuchung des Gepäcks während des bereits gegen K. als Beschuldigten geführten Ermittlungsverfahrens gerade auf Veranlassung des Landeskriminalamts. Auf welcher Rechtsgrundlage auf zollamtliche Erkenntnisse zurückgegriffen und diese in den Urteilsgründen verwertet wurden, ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar.“⁶

Da der betreffende Angeklagte nicht selbst Revision eingelegt hatte, sondern mehrere Mitangeklagte, führten die Bedenken des 5. Senats gleichwohl zu keinen Auswirkungen auf dessen Schuldspruch.

III. BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16

Im April 2017 fällt der 2. Strafsenat das Aufsehen erregende Leiturteil, in dem er Legendierte Kontrollen ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss für grundsätzlich zulässig befand.⁷ Auf den Hinweis einer Vertrauensperson hin hatte die zuständige Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten sowie den Organisator eines Drogentransports eingeleitet und verdeckte Ermittlungen veranlasst. Sowohl der Organisator als auch der letztlich angeklagte Kurier wurden als Beschuldigte geführt und das Auto des Angeklagten mit einem Peilsender versehen. Schließlich entschlossen sich die Kriminalbeamten zum Einschreiten, um – laut Urteilsfeststellungen – einerseits zu verhindern, dass die Drogen in Umlauf gerieten, und zum anderen, um sie als Beweismittel zu sichern. Damit der Organisator sich dem Zugriff der Behörden und damit der Strafverfolgung nicht entziehen würde, veranlassten die Kriminalbeamten die Beamten der Verkehrspolizei zu der Durchsuchung, bei der das Rauschgift auch schließlich aufgefunden wurde.⁸

Als der Angeklagte bei einer Baustelle etwa zehn Stundenkilometer zu schnell fuhr, stoppten ihn die Beamten der Autobahnpolizei und begründeten die Kontrolle mit dem Verkehrsverstoß. Sie belehrten den Angeklagten erst, als das

⁶ BGH, BeckRS 2011, 22848 Rn. 20; zust. *Mosbacher*, JuS 2018, 129, 130; *Lenk*, StV 2017, 692, 693 ff.

⁷ BGHSt 62, 123. *Schiemann* bezeichnet das Urteil als „kleine Sensation“, s. BGH, NSTZ 2017, 651, 657 m. Anm. *Schiemann*; s. auch Anm. von *Löffelmann*, JR 2017, 596; *Brodowski*, JZ 2017, 1124; *Mitsch*, NJW 2017, 3124; *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 536; *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572; *Lenk*, StV 2017, 692; vgl. auch *Soyka*, RÜ 2017, 643; a. A. *Börner*, StraFo 2018, 1, 6, der das Ende der Legendierten Kontrolle als durch den BGH gesetzt ansieht; dagegen *Krehl*, StraFo 2018, 265, 273. *Kochheim* meint, dass die Entscheidung einen Rahmen schaffe, mit der die Praxis umzugehen lernen werde, *ders.*, KriPoZ 2017, 316, 319.

⁸ BGHSt 62, 123, 126: „Durch die Legende einer Verkehrskontrolle sollte verhindert werden, dass infolge des Zugriffs auf den Kurier bislang verdeckt geführte, technisch und personell aufwändige Ermittlungen aufgedeckt und der Hintermann in Marokko gewarnt würde.“

Rauschgift aufgefunden wurde. In ihrem anschließenden Bericht fand sich ebenfalls kein Hinweis auf die vorangegangenen Ermittlungen, sodass der Eindruck eines Zufalls entstand. Der Haftrichter erließ anhand dieses Berichts Haftbefehl. Mehrere Wochen vor Anklageerhebung reichte die Polizei einen Vermerk zur Akte, aus dem sich die wahren Hintergründe der Kontrolle ergaben und den die Staatsanwaltschaft an die Verteidigung weiterleitete. In der darauffolgenden Hauptverhandlung verurteilte das LG den Angeklagten wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

Die Revision richtete sich gegen die Verwertung der im Rahmen der Legendierten Kontrolle erlangten Beweise. Insbesondere rügte sie die Verletzung des Richtervorbehalts. Der BGH verwarf jedoch die Revision und erklärte die in der Legendierten Kontrolle erlangten Beweise für rechtmäßig erhoben. Zwar habe es sich nicht um eine verkehrsrechtliche Kontrolle gehandelt, sodass die Maßnahme nicht auf § 36 Abs. 5 StVO gestützt werden könne.⁹ Nach landesrechtlichem Gefahrenabwehrrecht – das für Durchsuchungen keinen Richtervorbehalt vorsieht – sei die Beweiserhebung aber zulässig gewesen, zumal es den Beamten auch um Gefahrenprävention gegangen sei. Es habe sich somit um eine doppel funktionale Maßnahme gehandelt, sodass ein Tätigwerden auf polizeirechtlicher Grundlage möglich gewesen sei. Das bereits eingeleitete Ermittlungsverfahren entfaltete laut dem BGH mithin keine Sperrwirkung, vielmehr solle weder dem Gefahrenabwehrrecht noch dem Strafprozessrecht ein allgemeiner Vorrang gegenüber dem jeweils anderen Rechtsgebiet zukommen.¹⁰ Eine anschließende Verwertung der auf polizeirechtlicher Basis erhobenen Beweise im Strafverfahren bestimme sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO a. F. (nunmehr § 161 Abs. 3 StPO).¹¹ Überdies sei auch den Anforderungen des § 163a Abs. 4 S. 2 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO entsprochen worden. Eine Belehrung über die Genese des Tatverdachts sei zum Zeitpunkt der Legendierten Kontrolle noch nicht erforderlich gewesen.¹² Ob der vernehmende Beamte seinen Beurteilungsspielraum überschritten hätte, wenn er dem Beschuldigten den Tatverdacht hinsichtlich der Einfuhr des sichergestellten Kokains verschwiegen hätte, lässt der Senat explizit offen. Ob die Vernehmung auf eine Tat beschränkt werden könne, wenn mehrere Taten (hier Einfuhr und Handeltreiben) tateinheitlich begangen wurden, sei zweifelhaft. Das Urteil beruhe aber jedenfalls nicht auf einem solchen etwaigen Fehler, da der Angeklagte schließlich vor Anklageerhebung umfassend unterrichtet worden sei und von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht habe.¹³

⁹ BGHSt 62, 123, 128 f.

¹⁰ BGHSt 62, 123, 133 ff.; vgl. bereits 2. Kap. B.V.3.d) dd).

¹¹ BGHSt 62, 123, 136 ff.

¹² BGHSt 62, 123, 140 ff.

¹³ BGHSt 62, 123, 141 f.

Schließlich macht der BGH mangels einer entsprechenden Rüge obiter dictum Ausführungen zum Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens:

„Das Verhalten der Ermittlungsbehörde, die [...] Hintergrundermittlungen gegen den Angekl. zunächst nicht aktenkundig zu machen und damit dem ErmR in Limburg einen unvollständigen Sachverhalt zu unterbreiten, ist im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich. [...]

Ob und in welcher Weise dabei angefallene Erkenntnisse als Beweismittel in das Strafverfahren eingeführt werden, obliegt jedoch einzig der Entscheidung der StA, die deshalb über etwaige Hintergründe von polizeilichen Ermittlungen bzw. präventiver Maßnahmen nicht im Unklaren gelassen werden darf. Nur dann ist ein faires rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet.“¹⁴

Die Konsequenzen eines Verstoßes richten sich nach Ansicht des BGH nach dem jeweiligen Einzelfall. Vorliegend sei die Verteidigung mehrere Wochen vor Anklageerhebung umfassend unterrichtet worden, sodass der Angeklagte von seiner Möglichkeit, nach § 31 BtMG als Kronzeuge auszusagen, hätte Gebrauch machen können. Ferner seien die Hintergründe der Ermittlungen bei der Strafzumessung berücksichtigt worden, sodass die Verteidigungsrechte in keiner Weise berührt gewesen seien.¹⁵

IV. BGH, Urteil vom 15.11.2017 – 2 StR 128/17

Noch im selben Jahr bestätigte der 2. Strafsenat diese Auffassung in einem Urteil, mit dem er der Revision der Staatsanwaltschaft stattgab. Das LG hatte zuvor den Angeklagten freigesprochen, der als Mitglied einer international agierenden Rauschgiftbande Kokain aus den Niederlanden mit Weiterveräußerungsabsicht eingeführt hatte.

Aufgrund von verdeckten Ermittlungen in Form der Mobiltelefon-Überwachung war einem Zollbeamten, der der gemeinsamen Ermittlungsgruppe Rauschgift angehörte, bekannt geworden, dass der Angeklagte aus den Niederlanden einreiste. Anhand eines „weitläufige[n]“ Verdachts hatte der Zollbeamte zwei Kollegen zu einer zollamtlichen Kontrolle gem. § 10 Abs. 3 ZollVG veranlasst, bei der die Drogen im Fahrzeug aufgefunden wurden. Laut Feststellungen des Gerichts wussten die durchführenden Beamten, dass es um einen potenziellen Drogenimport ging, sie hatten aber keine Kenntnis von den Hintergrundermittlungen.¹⁶

¹⁴ BGHSt 62, 123, 142 f.

¹⁵ BGHSt 62, 123, 143.

¹⁶ BGH, NStZ 2018, 296.

Das LG ging diesbezüglich von einem Beweisverwertungsverbot aus.¹⁷ Es resultiere daraus, dass die von den Zollbeamten durchgeführte Fahrzeugdurchsuchung mangels richterlichen Durchsuchungsbeschlusses ohne rechtliche Grundlage erfolgt sei. Bei bestehendem Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Fahrzeugführer lasse sich die Kontrolle nur auf strafprozessuale Befugnisnormen stützen; ein anderes Vorgehen stelle sich als willkürliche Umgehung des Richtervorbehalts gem. § 105 StPO dar.

Der BGH verwarf indes diese Entscheidung. Unter Verweis auf sein einige Monate zuvor ergangenes Leiturteil betonte der 2. Senat erneut, dass kein Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht herrsche; vielmehr stünden Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Zielrichtung gleichberechtigt nebeneinander.

Zwar sei die zollamtliche Kontrolle erfolgt, um eine Offenlegung des Ermittlungsverfahrens und der laufenden Überwachungsmaßnahmen zu verhindern. Aus Sicht der ausführenden Zollbeamten habe die Durchsuchung des Fahrzeugs vor Ort jedoch verhindern sollen, dass Betäubungsmittel in das Bundesgebiet eingeführt und in Umlauf gebracht würden. Die Maßnahme habe damit jedenfalls auch der Gefahrenabwehr gedient. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts liege nicht vor, zumal keine Anhaltspunkte bestünden, dass ein Ermittlungsrichter einen nach der StPO erforderlichen Beschluss aus einem anderen Grund nicht erlassen hätte.

V. BGH, Urteil vom 17.01.2018 – 2 StR 180/17

In dem zugrundeliegenden Fall war der Angeklagte polizeilich observiert und dann bei der mutmaßlichen Übergabe von Drogen beobachtet worden.¹⁸ Die Einsatzleiterin, eine Kriminaloberkommissarin, ordnete daraufhin wegen Gefahr im Verzug die Verfolgung und Durchsuchung des davonfahrenden Angeklagten an, damit die vermeintlich transportierten Drogen nicht in Umlauf gelangen würden. Die Gründe für das Vorliegen von Gefahr im Verzug dokumentierte sie nicht. Als der Angeklagte angehalten wurde, nannten ihm die Beamten als Grund eine angeblich auf ihn passende Personen- und Fahrzeugbeschreibung im Rahmen eines Raubdelikts. Die Betäubungsmittel wurden sodann im Fahrzeug aufgefunden und daraufhin ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung des Angeklagten erwirkt, wo weitere Betäubungsmittel aufgefunden wurden.

Das LG verurteilte den Angeklagten u.a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe hierzu. Da der Angeklagte in der Hauptverhandlung ein umfassendes Geständnis ablegte,

¹⁷ BGH, NStZ 2018, 296, 297.

¹⁸ BGH, NStZ-RR 2018, 146.

beruhte das Urteil lediglich hinsichtlich der Erkenntnisse zum Wirkstoffgehalt auf der Legierten Kontrolle.

Der 2. Senat hielt weiterhin an seiner Auffassung fest, dass bereits laufende strafrechtliche Ermittlungen einen Rückgriff der Polizei auf präventive Maßnahmen nicht ausschließen. Im vorliegenden Fall könne die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsgebiete zueinander aber sogar dahinstehen, da die Durchsuchung des Fahrzeugs auch auf strafprozessualer Grundlage aufgrund von Gefahr in Verzug möglich gewesen wäre. Die mangelnde Dokumentation der Dringlichkeit der Maßnahme sei unbeachtlich, da die Beschreibung der tatsächlichen Umstände das Vorliegen von Gefahr im Verzug als evident erscheinen ließe.¹⁹

Ferner hatte die Revision einen Verstoß gegen Grundsätze der Aktenwahrheit und -klarheit und damit auch gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gerügt, da der Akteninhalt zum Zeitpunkt der Anklageerhebung eine zufällige Maßnahme suggeriert habe. Die wesentlichen Unterlagen, aus denen sich der tatsächliche Hintergrund der Durchsuchung ergeben habe, seien erst nach der Anklageerhebung übersandt worden. Aufgrund von Widersprüchlichkeiten verwarf der BGH die Rüge jedoch als unzulässig.²⁰

VI. Zwischenfazit

Trotz der Bedenken des 4. und 5. Strafsenats mit Blick auf den Fair-trial-Grundsatz und den strafprozessualen Richtervorbehalt hat der 2. Strafsenat mittlerweile wiederholt klargestellt, dass er Legierte Kontrollen auf Grundlage einer gefahrenabwehrrechtlichen Durchsuchung für grundsätzlich zulässig erachtet, auch wenn diese im Rahmen eines bereits eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgen.²¹ Eine Verwertung der so erhobenen Beweise im anschließenden Strafverfahren soll regelmäßig gem. § 161 Abs. 2 S. 1 StPO a.F., nunmehr wortgleich in § 161 Abs. 3 S. 1 StPO n.F. geregelt, möglich sein.

B. Zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis

I. Beweiserhebung

Im Folgenden soll das Ermittlungsinstrument Legierte Kontrolle im Detail auf seine Rechtmäßigkeit hin untersucht werden.

Die Legierte Kontrolle ist kein feststehender Begriff für eine spezialgesetzlich geregelte Zwangsmaßnahme der StPO oder des Polizeirechts, sondern be-

¹⁹ BGH, NStZ-RR 2018, 146, 147.

²⁰ BGH, NStZ-RR 2018, 146, 147 f.

²¹ Vgl. aber *Börner*, StraFo 2018, 1.

zeichnet eine typische Methode polizeilichen Vorgehens.²² Somit ist bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit nach den einzelnen Elementen zu differenzieren, bei denen es sich auch um eigenständige Maßnahmen handeln kann, die lediglich strategisch kombiniert werden und die demnach einer eigenständigen Prüfung bedürfen.²³ Bei der Prüfung dahingehend, in welche Grundrechte die Polizei eingreift und ob die Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage vorliegen, also die Beweiserhebung rechtmäßig erfolgt, sind selbstverständlich stets die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend. Diese Arbeit kann daher nur eine Bewertung der *typischen* Vorgehensweise liefern, die dementsprechend im Folgenden zugrunde gelegt wird.

1. Vorangegangene Ermittlungen

Die vorangegangenen Ermittlungen sind nicht Teil der Legendierten Kontrolle, sondern bieten lediglich Anlass für diese. Sie begegnen keinen grundlegenden bzw. pauschalen rechtlichen Bedenken. Um die Legendierte Kontrolle vor dem Hintergrund des Gesamtkontextes besser einordnen und bewerten zu können, soll jedoch an dieser Stelle festgehalten werden, dass es sich – soweit ersichtlich unbestritten – um strafprozessuale Ermittlungen handeln wird, die sich auf entsprechende Ermächtigungsgrundlagen stützen können und deren Voraussetzungen mangels gegenteiliger Anzeichen in aller Regel erfüllt werden. Dies lässt sich etwa anhand der bereits angelegten Straftakten, strafrichterlicher Beschlüsse und ggf. der Akteure auf Ermittlungsseite nachvollziehen und belegen.²⁴

2. Verfolgung des Fahrers

Die Verfolgung des Kuriers, unmittelbar bevor er angehalten wird, stellt ein weiteres Element des typischen Geschehensablaufs Legendierter Kontrollen dar. Oftmals wird sie durch technische Vorkehrungen wie einen heimlich am Wagen angebrachten GPS-Peilsender unterstützt.²⁵ Da es sich bei der Verfolgung offenkundig um eine eigenständige, also isoliert zu prüfende Maßnahme handelt, ist es für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit unerheblich, ob man sie bereits als Bestandteil der Legendierten Kontrolle sehen möchte.²⁶ Die Verfolgung ist eine

²² S. dazu bereits oben unter 1. Kap. A.; krit. *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673: Schon die Bezeichnung als „so genannte“ Legendierte Kontrolle lege nahe, dass damit etwas nicht stimme.

²³ S. dazu bereits oben unter 2. Kap. B.V.2; vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 139 f.

²⁴ Vgl. nur *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 4.

²⁵ Der Einsatz technischer Mittel ist ebenfalls eine isolierte Maßnahme, näher dazu vgl. *Bruns*, in: KK-StPO, § 100h Rn. 5.

²⁶ So macht etwa *Schefer* lediglich zwei bis drei Elemente (Durchsuchung, Täuschung und fortgesetzte Täuschung bei der Aktenführung) aus, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 34 f., 143.

Dauermaßnahme, an die sich unmittelbar weitere Akte anschließen. Ein zeitliches Auseinanderfallen ist aber insofern gegeben, als der Beginn der Verfolgung vorgelagert und sie somit vom weiteren Geschehen abtrennbar ist.

a) Eingriffsqualität: Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Die Verfolgung kann insbesondere einen eigenständigen Grundrechtseingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellen.²⁷ Dieses Grundrecht hat die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt und weiter ausgeformt.²⁸ Es schützt verschiedene Ausprägungen der Persönlichkeitsentfaltung.²⁹

Als Fallgruppen sind mittlerweile insbesondere die Selbstentfaltung im privaten Bereich, die nach außen gerichtete Selbstdarstellung mitsamt dem Schutz der Ehre sowie das Recht auf informationelle Selbstdarstellung anerkannt.³⁰

aa) Private Selbstentfaltung

Die private Selbstentfaltung setzt insbesondere den Schutz vor staatlicher Ausforschung der Privatsphäre voraus.³¹ Es bedarf eines geschützten Bereichs sowohl in thematischer Dimension (Angelegenheiten, die der öffentlichen Erörterung entzogen werden) als auch in räumlicher Dimension (Rückzugsort).³² Dabei soll die räumliche Dimension über den häuslichen Bereich hinausgehen und auch sonstige abgeschiedene Örtlichkeiten erfassen, in denen der Betroffene erkennbar davon ausgehen kann, nicht der Observation durch Dritte zu unterliegen.³³ Das ist in der Regel nicht mehr gegeben, wenn sich der Betroffene unter vielen Menschen befindet und daher ohnehin den Blicken der Öffentlichkeit ausgesetzt ist.³⁴ Die sog. Sphärentheorie des BVerfG³⁵ bietet eine Hilfestellung bei der Überprü-

²⁷ Vgl. *Pflichter/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StPO, § 163f Rn. 3.

²⁸ Zur zivilrechtlichen Genese s. BGHZ 13, 334, 337 ff.; *Brandner*, JZ 1983, 689; *Degenhart*, JuS 1992, 361, 362; *Ehmann*, JuS 1997, 193. Zur Entwicklung durch das BVerfG s. etwa BVerfGE 27, 1, 6 f.

²⁹ *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 32.

³⁰ Dabei ist der Schutzbereich jedoch nicht fest umrissen, sondern wird als prinzipiell entwicklungsoffen verstanden, s. BVerfGE 119, 1, 24 – Roman „Esra“: „Der Inhalt dieses Rechts ist nicht allgemein und abschließend umschrieben.“; *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 34.

³¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 151 ff.

³² BVerfGE 101, 361, 382 f.; 120, 180, 199.

³³ BVerfGE 101, 361, 383 f.; BVerfG, NJW 2000, 2192; OVG Koblenz, NJW 1986, 2659, 2660.

³⁴ BVerfGE 101, 361, 384 f.; BVerfG, NJW 2000, 2192 f.

³⁵ S. dazu, wenn auch nicht die Sphärentheorie als solche benennend, BVerfGE 27, 344, 350 ff.; 32, 373, 379; 33, 367, 376 f.; 34, 205, 209; 34, 238, 245 f.; 35, 35, 39; 35,

fung von Eingriffen, indem sie nach Intim-, Privat- und Sozialsphäre differenziert und unterschiedliche Maßstäbe für die Rechtfertigung eines Eingriffs aufstellt. Die Intimsphäre des Betroffenen ist dem Staat als unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung entzogen und darf nicht berührt werden.³⁶ Indizien für die Zugehörigkeit zur Intimsphäre sind ein Geheimhaltungswille des Betroffenen, ein höchstpersönlicher Charakter und die Art und Intensität, mit der ein Sachverhalt aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt.³⁷

Staatliche Maßnahmen, die außerhalb dieses Kernbereichs „im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden“, können jedoch im Einzelfall gerechtfertigt sein.³⁸ Dabei ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umso intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen.³⁹ Die Privat- oder auch Geheim-sphäre umfasst den engeren persönlichen Lebensbereich als ungestörte Rückzugsmöglichkeit, der aber im Unterschied zur Intimsphäre einen gewissen Sozialbezug aufweist.⁴⁰ Eingriffe sind zwar nicht ausgeschlossen, müssen aber besonders strenge Vorgaben erfüllen.⁴¹ Hier müssen regelmäßig überwiegende Belange des Gemeinwohls vorliegen, die eine Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses erfordern. Bei strafrechtlichen Ermittlungsverfahren lässt sich der Eingriff in die Privatsphäre des Beschuldigten nicht generell mit dem Interesse an der Aufklärung von Straftaten rechtfertigen.⁴² Die Sozialsphäre wiederum meint die gesamte Teilnahme des Betroffenen am öffentlichen Leben.⁴³ Hier sind die Voraussetzungen für einen Eingriff am niedrigsten.

Auf die Legendierte Kontrolle übertragen stellt sich die Frage, ob eine Autofahrt einem von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Bereich unterliegt und ein Verfolgen in die Sphäre der Person eindringt. Einerseits ist der Fahrer nicht zu Fuß im öffentlichen Raum unterwegs, sondern in einem privaten Fahrzeug und dadurch bis zu einem gewissen Grad von Blicken und Geräuschen abgeschirmt. Ähnlich einer Wohnung haben die Insassen einen gewissen eigenen Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Innenlebens des Fahrzeugs. Nahezu alle

202, 220 f.; 38, 312, 320 f.; 44, 353, 372 f.; 80, 367, 373 ff.; 89, 69, 82 f.; s. außerdem BGH, NJW 1988, 1016, 1017; 1994, 1970; BAG, NJW 2000, 604, 605.

³⁶ St. Spr., s. nur BVerfGE 6, 32, 41; 27, 1, 6; 27, 344, 350 f.

³⁷ BVerfGE 80, 367, 374.

³⁸ BVerfGE 32, 373, 379; 33, 367, 376 f.; 34, 238, 246.

³⁹ BVerfGE 89, 69, 82; vgl. auch *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 157 ff.

⁴⁰ *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 41.

⁴¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 159.

⁴² BVerfGE 32, 373, 381; 44, 353, 378: „(...) Aus diesen allgemeinen Gesichtspunkten ergibt sich, dass die Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege im Bereich der Bekämpfung des Drogenmissbrauchs das öffentliche Interesse an der Suchtkrankenberatung nicht generell überwiegen.“

⁴³ *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 43.

Fahrzeuge lassen sich darüber hinaus von innen verriegeln, sodass die Insassen sich einen „sicheren“, vor äußeren Einwirkungen abgekapselten Bereich schaffen können.

Andererseits bleibt wenigstens der Fahrer dennoch potenziell für andere Verkehrsteilnehmer zu erkennen, etwa beim Halten an einer Ampel oder bei Überholvorgängen. Dieser Zustand besteht nicht zufällig, sondern die Rechtsordnung schreibt ihn aus Gründen der Verkehrssicherheit explizit vor: Gem. § 23 Abs. 4 S. 1 StVO darf der Führer eines Kraftfahrzeugs sein Gesicht nicht so verhüllen oder verdecken, dass er nicht mehr erkennbar ist. Die Norm dient nicht nur der Gewährleistung einer ungehinderten Rundumsicht,⁴⁴ sondern auch dazu, dass der Fahrzeugführer etwa bei automatisierten Kontrollen erkannt werden kann.⁴⁵ Dadurch, dass der Fahrer am Straßenverkehr teilnimmt, wirkt er auch (wenn auch nicht unbedingt intensiv) auf die Sphäre anderer Verkehrsteilnehmer ein.

Wenigstens der Fahrzeugführer kann im fließenden Verkehr somit nicht dieselbe Privatheit wie in einer Wohnung erwarten. Es handelt sich demnach nicht um den Kernbereich privater Lebensführung (die Intimsphäre), sondern höchstens um die Privatsphäre. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die bloße Verfolgung eines Fahrzeugführers in dessen private Selbstentfaltung eingreift. Denn in seine räumliche Sphäre wird nicht tatsächlich eingedrungen, vielmehr ist den Ermittlern gerade daran gelegen, Abstand zu halten und sich unauffällig zu verhalten. Da sie dadurch lediglich das Wagenheck beobachten können und sich der Fahrer der polizeilichen Präsenz nicht bewusst ist, liegt kein Eingriff in seine private Selbstentfaltung vor.⁴⁶

bb) Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit und Ehrschutz

Ein weiterer Bestandteil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das Recht auf Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit und der Schutz der Ehre. Das BVerfG beschreibt diese Facette des Persönlichkeitsschutzes wie folgt:

„Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit darstellen will, was seinen sozialen Geltungsanspruch ausmachen soll und ob oder inwieweit Dritte über seine Persönlichkeit verfügen können, indem sie diese zum Gegenstand öffentlicher Erörterung machen.“⁴⁷

⁴⁴ Heß, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, StVO § 23 Rn. 28a.

⁴⁵ BR-Drs. 556/17, S. 2, 14; BVerfG, BeckRS 2018, 3247.

⁴⁶ Etwas anderes gilt indes für offene polizeiliche Observationen. Sie stellen für den Betroffenen einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, wenn die fast lückenlose Präsenz von ihn bewachenden Polizeibeamten außerhalb des Wohnbereichs ihm weitgehend die Möglichkeit nehmen, ein selbstbestimmtes, eigenverantwortliches Leben zu führen, BVerfG, BeckRS 2012, 60164.

⁴⁷ BVerfGE 63, 131, 142; vgl. auch BVerfGE 35, 202, 220: „Dies umfasst (...) das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person.“; BVerfGE 54, 148, 155; 54, 208, 217 ff.

Dementsprechend hat jeder Grundrechtsträger ein Recht am eigenen Bild.⁴⁸ Aufnahmen des Betroffenen dürfen grundsätzlich nicht ohne seinen Willen von ihm angefertigt oder verbreitet werden.⁴⁹ Sofern während der Verfolgung Fotos gemacht werden, begründet das einen eigenständigen Eingriff gegenüber der Zielperson.

Nach überwiegender Ansicht schützt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG zudem die persönliche Ehre,⁵⁰ also die Zuschreibung sozialer Anerkennung und den Achtungsanspruch, der dem Einzelnen aufgrund seines Menschseins geschuldet ist. Dabei können nicht nur Unwahrheiten oder Schmähungen ehrverletzend wirken, sondern auch zutreffende Darstellungen von Tatsachen.⁵¹

Von der Polizei verfolgt zu werden, könnte dem Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit schaden. Denn Beobachter könnten schließen, dass der Betroffene eine Straftat begangen habe oder sich wenigstens nicht regelkonform verhalte. Ein solches Stigma wäre andererseits aber nur zu befürchten, wenn die Öffentlichkeit oder jedenfalls ein größerer Personenkreis von der Maßnahme Kenntnis nehmen würde. Jedoch soll eine Kenntnis des Betroffenen bei Legendierten Kontrollen gerade vermieden werden, sodass weder er noch andere außenstehende Personen von der Verfolgung erfahren sollen. Daher ist diese verdeckte (auch Dritten gegenüber unauffällige) Maßnahme im Regelfall gerade nicht geeignet, den Fahrer in seiner Ehre zu verletzen oder in anderer Weise auf seine Außendarstellung Einfluss zu nehmen. Üblicherweise wird die Beobachtung und Verfolgung einer Person daher stattdessen unter dem Aspekt der informationellen Selbstbestimmung diskutiert.

cc) Informationelle Selbstbestimmung

Das BVerfG erkannte in seinem bekannten „Volkszählungsurteil“ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als weitere Facette des Persönlichkeits-schutzes an.⁵² Diese Entscheidung besagt, dass personenbezogene Daten grund-

⁴⁸ BVerfGE 35, 202, 220.

⁴⁹ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 73; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 44.

⁵⁰ Grundlegend BVerfGE 54, 208, 217; ferner BVerfGE 54, 148, 154; 93, 266, 290; 97, 125, 147; 119, 1, 24; ebenso Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn. 195; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 44; Tettinger, JuS 1997, 769.

⁵¹ Zum Ganzen Rühl, Wertungen, S. 364. Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten auf definitorischer Ebene etwa Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 198 m.w.N.

⁵² BVerfGE 65, 1 ff.; vgl. *Di Fabio*, der darauf hinweist, dass die Namensgebung insofern missverständlich sei, als dass es sich um kein „neues“, verselbstständigtes Grundrecht handle, *ders.*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 173. Hingegen haben einige Länder die informationelle Selbstbestimmung bzw. den Datenschutz als eigenständiges Grundrecht in ihre Verfassungen aufgenommen, s. Art. 33 der Berliner Verfassung, Art. 11 der Brandenburgischen Verfassung, Art. 33 der Verfassung von

sätzlich nur erhoben, verarbeitet, gespeichert, verwendet und weitergegeben werden dürfen, wenn der Betroffene dem zustimmt.⁵³ Unter Datum versteht sich jede Einzelangabe über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren Person (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG a.F.).⁵⁴ Einzelangaben sind Informationen, die sich auf eine bestimmte natürliche Person beziehen oder geeignet sind, einen Bezug zu ihr herzustellen. Der Begriff ist folglich sehr weit auszulegen, sodass er im Ergebnis alle Informationen umfasst, die Rückschlüsse auf die Person zulassen.

Sofern die Daten aus frei zugänglichen Quellen erhoben werden, ist die informationelle Selbstbestimmung dagegen nicht berührt.⁵⁵

Vorliegend wird der Fahrer gezielt verfolgt, sodass Informationen über seinen Aufenthaltsort, seine Fortbewegung und etwaige Treffen mit Dritten gesammelt werden. All das sind personenbezogene Daten, zu deren Erhebung der Fahrer sein Einverständnis nicht erteilt hat. Die Verfolgung berührt somit den Schutzbereich seiner informationellen Selbstbestimmung.⁵⁶

b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Verfolgung

Da wie soeben festgestellt ein Eingriff in die Rechte des Fahrers erfolgt, bedarf es zu seiner Rechtmäßigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Letztere bestehen für eine Observation sowohl im Strafprozessrecht als auch im Gefahrenabwehrrecht.

aa) Strafprozessrechtliche Observation

Als Reaktion auf das Volkszählungsurteil führte der Gesetzgeber u.a. § 163f StPO ein, welcher zu längerfristigen Observationen ermächtigt.⁵⁷ Eine längerfristige Observation ist gem. der Legaldefinition des Abs. 1 die planmäßige Beobachtung des Beschuldigten, die durchgehend länger als 24 Stunden dauert oder an mehr als zwei Tagen stattfindet. Dauert die Maßnahme kürzer, gilt sie als kurzfristige Observation, die auf die Generalklauseln §§ 161, 163 StPO gestützt werden kann.

Sachsen, Art. 6 Abs. 1 der Verfassung von Sachsen-Anhalt, Art. 12 Abs. 3 der Bremer Verfassung, Art. 6 Abs. 2 der Thüringer Verfassung, Art. 4 Abs. 2 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen, Art. 6 Abs. 1 der Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern, Art. 2 S. 2, 3 der Saarländischen Verfassung; dazu *Kunig*, Jura 1993, 595, 597 f.

⁵³ BVerfGE 65, 1, 43; *Jarass*, NJW 1989, 857, 858.

⁵⁴ Vgl. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 175.

⁵⁵ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 176.

⁵⁶ Vgl. *Pflieger/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 163f Rn. 3; *Moldenhauer*, in: KK-StPO, § 163f Rn. 2.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 14/1484, S. 1, 6, 16 f., 24 f.

Bei der Observation eines Fahrers spricht der Fachjargon von beweglicher oder auch dynamischer (Fahrzeug-)Observation. Da der Betroffene zunächst nichts von dieser Maßnahme erfahren soll und kein Kontakt zu ihm aufgenommen wird, handelt es sich um eine verdeckte Maßnahme.⁵⁸

Der Ermittlungsrichter darf eine längerfristige Observation nur anordnen, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist. Bei Gefahr im Verzug geht die Anordnungskompetenz auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen über (§ 163f Abs. 3 StPO), ist aber richterlich binnen drei Tagen zu bestätigen.⁵⁹ Gem. Abs. 1 S. 2 darf die Maßnahme nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre (sog. Subsidiaritätsklausel).

Bei Legendierten Kontrollen wird der Kurier zum Zeitpunkt der Anordnung bereits als Beschuldigter geführt, zumal aufgrund der vorangegangenen Ermittlungen ein konkreter Anfangsverdacht auf Einführen, Handel und/oder Besitz von Betäubungsmitteln als Teil einer Bande gegen ihn im Raum steht.⁶⁰ Zwar nennt § 163f StPO keinen konkreten Straftatenkatalog, sondern setzt lediglich konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat „von erheblicher Bedeutung“ voraus. Damit sind insbesondere Straftaten im Zusammenhang mit Organisierter Kriminalität⁶¹ gemeint.⁶² Im klassischen Fall Legendierter Kontrollen geht es um weitere beteiligte Personen, die durch die Kontrolle des Fahrers nicht alarmiert werden sollen. Eine banden- und gewerbsmäßige Begehungsweise bzw. ein diesbezüglicher Verdacht liegt damit vor. Da Drogenschmuggel aus wirtschaftlichen Gründen normalerweise in organisierten Strukturen betrieben wird,⁶³ sind im Zusammenspiel mit den vorher erworbenen Ermittlungserkenntnissen konkrete Anhaltspunkte für erhebliche Straftaten gegeben.

⁵⁸ Vgl. oben 1. Kap. C.II.

⁵⁹ *Moldenhauer*, in: KK-StPO, § 163f Rn. 22.

⁶⁰ In dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Fahrer nicht selbst verdächtigt wird, wäre seine Observierung als Dritter gem. § 163f Abs. 1 S. 3 StPO dennoch möglich. Auch Zusammentreffen unterwegs mit weiteren Dritten wären gem. Abs. 2 gedeckt.

⁶¹ Zu den besonderen Risiken Organisierter (Drogen-)Kriminalität s. bereits unter 2. Kap. A.III.

⁶² Vgl. *Moldenhauer*, in: KK-StPO, § 163f Rn. 15; *von Häfen*, in: BeckOK StPO, § 163f Rn. 8. Laut *Kinzig* handelt es sich bei dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal „erhebliche Straftaten“ stets um einen Hinweis auf Organisierte Kriminalität, *ders.*, *Organisierte Kriminalität*, S. 125 ff., s. auch die Definition der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität.

⁶³ S. dazu bereits 2. Kap. A.II. 1.

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung wird durch die Observierung während einer Autofahrt wie gesehen nicht berührt, sodass die Maßnahme nicht gem. § 163f Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 100d Abs. 1 StPO ausgeschlossen ist.⁶⁴

Eine andere, weniger eingriffsintensive Art, wie die Zielperson mit den Betäubungsmitteln überwacht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Sofern auch der Richtervorbehalt und die Formvorschriften⁶⁵ beachtet werden, wären die Voraussetzungen einer Observation nach § 163f StPO regelmäßig erfüllt.

A maiore ad minus wären bei einer nur kurz andauernden Verfolgung erst recht die niedrigeren Voraussetzungen der weniger einschneidenden, kurzfristigen Observation nach §§ 161, 163 StPO erfüllt.⁶⁶

bb) Gefahrenabwehrrechtliche Observation

Das Polizeirecht bietet ebenfalls vergleichbare Ermächtigungsgrundlagen für die planmäßige Überwachung einer Person. So haben alle Bundesländer eine entsprechende Standardmaßnahme erlassen.⁶⁷ Dabei ist die Legaldefinition der gefahrenabwehrrechtlichen längerfristigen Observation im Wesentlichen inhalts-gleich;⁶⁸ auch hier wird zur kurzfristigen Observation unterschieden.⁶⁹ In einigen Ländern ist letztere eigens geregelt.⁷⁰ Andernfalls wird auf die jeweilige Generalklausel für Datenerhebungen abgestellt.

⁶⁴ Dazu, dass dieser Bereich unberührt bleiben muss, s. BVerfGE 141, 220, 278 f.

⁶⁵ Gem. § 163f Abs. 3 i.V.m. § 100e Abs. 1 S. 4, Abs. 3 S. 1 StPO muss die längerfristige Observation schriftlich und mit Höchstfrist (bei der die Option zur Verlängerung besteht) angeordnet werden.

⁶⁶ Zur grenzüberschreitenden Nacheile s. Art. 40 Abs. 1, 7 SDÜ, Art. 17 des 2. Zusatzprotokolls zum EuRhÜbk, Art. 21 Neapel-II-Übereinkommen.

⁶⁷ S. etwa § 22 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 PolG BW; Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BayPAG; § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ASOG Bln; § 32 Abs. 1, 3 BremPolG; § 20 PolDVG HH; § 33 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3 SOG M-V; § 34 NPOG; § 34 Abs. 1, 2 Nr. 1 PAG TH; s. außerdem § 28 Abs. 2 Nr. 1 BPolG, § 45 Abs. 2 Nr. 1 BKAG ermächtigt zur Observation zur Abwehr terroristischer und Lebensgefahren. Die Abwehr Organisierter Drogenkriminalität ist hingegen nicht erfasst.

⁶⁸ Leichte Abweichungen gibt es in Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, wo es auf die Überschreitung von 24 Stunden innerhalb einer Woche bzw. die Dauer von insgesamt mehr als einer Woche ankommt. In Sachsen ist entscheidend, ob die Observation innerhalb eines Monats 24 Stunden überschreitet oder über einen Monat hinausgeht. In Brandenburg liegt eine längerfristige Observation erst bei einer Beobachtung für 48 Stunden oder an mehr als drei Tagen vor, § 32 Abs. 1 S. 1 BbgPolG.

⁶⁹ Dabei erfolgt die Differenzierung ex ante, also abhängig von dem anfangs geplanten Umfang der Maßnahme, *Petri*, in: Liskén/Denninger, Hdb. Polizeirecht, G Rn. 740; *Nusser*, in: BeckOK PolR BW, PolG § 22 Rn. 16.

⁷⁰ Etwa § 32 Abs. 4 PolG Bbg; § 16a Abs. 3 PolG NRW; § 17 Abs. 6a SOG LSA.

In fast allen Ländern knüpft die längerfristige Observation parallel zur strafrechtlichen (auch) an „erhebliche Straftaten“ an.⁷¹ Freilich ermächtigt das jeweilige Landespolizeirecht spiegelbildlich zum Strafprozessrecht zur vorbeugenden Bekämpfung und nicht zur strafrechtlichen Verfolgung der erheblichen Straftat.⁷² Die vorbeugende Bekämpfung von erheblichen Straftaten umfasst deren Verhütung (sog. Verhinderungsvorsorge), nicht aber die Vorsorge zur Verfolgung künftiger Straftaten.⁷³ Die Anordnungskompetenz obliegt zumeist der Leitung der Polizeibehörde oder einem durch sie bestimmten Beamten;⁷⁴ in einigen Fällen besteht aber auch ein Richtervorbehalt.⁷⁵ Ferner wird teils eine schriftliche, befristete Anordnung vorausgesetzt.⁷⁶

cc) Einordnung der Rechtsnatur

Um die passende Ermächtigungsgrundlage der vorliegenden Observation zu bestimmen, ist deren Rechtsnatur maßgeblich.

Man könnte erwägen, dass sich der Schwerpunkt der Maßnahme (auch) je nach bedrohtem Rechtsgut verschiebt: etwa, indem bei einer gegen Menschenhandel gerichteten Observation die Gefahrenabwehr im Fokus steht, wohingegen die Observation eines Geldfälschers tendenziell repressiv einzuordnen wäre. Ein solcher Ansatz würde dafür sprechen, die Observation hier als repressiv einzuordnen. Zwar können Betäubungsmittel erhebliche Gefahren für Leib und Leben der Konsumenten bedeuten. Der reine Betäubungsmittelschmuggel im Sinne eines Transports zieht aber solche Gefahren nicht unmittelbar nach sich. Anders wäre dies etwa bei dem illegalen Transport von pyrotechnischen Erzeugnissen oder Sprengstoff zu beurteilen.

Im Fall der Legendierten Kontrolle bestehen regelmäßig (etwa aufgrund der vorangegangenen verdeckten Ermittlungen) tatsächliche Anhaltspunkte für Betäubungsmittelstraftaten. Die bis dahin erfolgten Ermittlungen sind repressiv.⁷⁷ Ein Umschwenken auf Gefahrenabwehr ist nicht naheliegend, geschweige denn notwendig, weil dieser Zweck auch bei einem Beibehalten der repressiven Linie

⁷¹ Deutlich weiter Art. 22 Abs. 2 BayPAG: „Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut.“

⁷² Vgl. BVerfGE 113, 348, 369: „Das Tatbestandsmerkmal der Verhütung von Straftaten erfasst Maßnahmen, die drohende Rechtsgutverletzungen von vornherein und in einem Stadium verhindern sollen, in dem es noch nicht zu strafwürdigem Unrecht gekommen ist.“

⁷³ Nusser, in: BeckOK PolR BW, PolG Vor § 22.

⁷⁴ Vgl. § 28 Abs. 3 S. 1 BPoIG; § 16a Abs. 2 PoIG NRW; § 25 Abs. 3 S. 2 ASOG Bln.

⁷⁵ § 17 Abs. 5 SOG LSA; § 186 Abs. 1 S. 1 LVwG SH; Art. 36 Abs. 4 S. 1 BayPAG; § 15 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HSOG.

⁷⁶ In Berlin reicht dagegen aus, dass die Maßnahme unter Dokumentation von Erforderlichkeit und Zweck aktenkundig gemacht wird, § 25 Abs. 3 S. 3 ASOG Bln.

⁷⁷ 4. Kap. B.I. 1.

erreicht wird: Durch die Observation kontrolliert die Polizei bis zu einem gewissen Grad das Geschehen, auch wenn sich die weiteren Akteure dessen nicht bewusst sind. Denn ein weiterer Handel kann (und soll zwecks Beweissammlung) zwar nicht ausgeschlossen werden – auch diese Überlegung verdeutlicht, dass die Observation der Sammlung von belastenden Beweisen und gerade nicht primär der Verhinderung weiterer Straftaten dient. Jedoch würde von einer solchen Straftat keine weitere Gefahr ausgehen, da die observierenden Beamten jederzeit einschreiten und die Betäubungsmittel beschlagnahmen könnten. Folgerichtig werden die Observationen auch von den Ermittlern fortgeführt, die bisher das strafrechtliche Verfahren bearbeitet haben.

An dem Repressionscharakter der Observation ließe sich einzig deswegen zweifeln, weil die Beamten auch dann zuwarten, wenn sie bereits eine (jedenfalls vermeintliche) Übergabe von Betäubungsmitteln beobachtet haben. Dies spricht auf den ersten Blick gegen ein Vorgehen, das sich an der Legalitätspflicht orientiert, sondern wirkt vielmehr am Opportunitätsprinzip ausgerichtet. Allerdings wird der Zugriff in solchen Operationen lediglich hinausgezögert und soll nicht gänzlich unterbleiben. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dies vom Spielraum des Legalitätsgrundsatzes noch erfasst.⁷⁸

Folglich ist eine etwaige Observation strafprozessualer Natur.⁷⁹

c) Fazit

Somit zeigt sich, dass die Observation, die einer Legierten Kontrolle vorangeht, strafprozessualer Natur ist, sodass konkret je nach Dauer entweder §§ 161, 163 StPO oder § 163f StPO einschlägig sind. Deren Voraussetzungen werden im Regelfall erfüllt sein, sodass die hier erlangten Beweise rechtmäßig erhoben werden.

3. Manipulation des Fahrzeugs

Teilweise nehmen die Beamten unbemerkt eine Veränderung an dem Fahrzeug vor, um dann den Fahrer auf den „Defekt“ anzusprechen. So soll der Eindruck entstehen, ein Fahrzeugfehler habe den Anlass für die Kontrolle gegeben. Dadurch, dass die Beamten – anders als bei einer etwaigen Täuschung – auf das Eigentum des Fahrers einwirken, könnte eine gesonderte Grundrechtsrelevanz entstehen, die eine Manipulation als eigenständige Maßnahme im Gesamtgeschehen qualifiziert:

⁷⁸ BGHSt 62, 123, 135 m.w.N.; zust. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1b; näher Diemer, in: KK-StPO, § 152 Rn. 6.

⁷⁹ Noch eindeutiger ist die Bestimmung der strafprozessualen Natur in Bayern, wo es in der Vollzugsbekanntmachung zum BayPAG unter 33.2 heißt: „Soweit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen (§ 152 Abs. 2 StPO), gilt die Strafprozessordnung.“

Sofern die Beamten auf das Fahrzeug einwirken, indem sie beispielsweise Luft aus den Reifen lassen,⁸⁰ könnte dies das Recht auf Eigentum des Fahrers berühren. Die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG wirkt insbesondere als Abwehrrecht des Bürgers gegen staatliche Eingriffe. Sie deckt nicht nur das „Haben“ von Eigentum, sondern auch seine Nutzung sowie die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis darüber ab⁸¹ – andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Eigentumsrecht als leere Hülle ausgehöhlt werden könnte.⁸² Denn als wirtschaftliche Grundlage einer freien, individuellen Gestaltung des eigenen Lebens wird Eigentum als „geronnene Freiheit“ begriffen.⁸³

Eine Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 GG setzt indes den vollständigen oder teilweisen Entzug einer konkreten Eigentumsposition zugunsten des Staates bzw. zum Wohle der Allgemeinheit zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben voraus.⁸⁴ Dabei muss es zur mindestens teilweisen Entziehung von Eigentumspositionen und einem dadurch bewirkten Rechts- und Vermögensverlust kommen. Bloße Nutzungsbeschränkungen sind auch dann keine Enteignung, wenn sie die Nutzung des Eigentums nahezu oder völlig entwerten.⁸⁵ Folglich stellen Fahrzeug-Manipulationen im Rahmen Legendierter Kontrollen keine Enteignungen dar; polizeiliches Einwirken auf ein privates Fahrzeug ändert nichts an dem bestehenden Eigentum des Fahrers.

Je nach Manipulation könnte zwar eine Nutzungsbeschränkung entstehen. Nutzungsbeschränkungen müssen ihrerseits aber eine gewisse Erheblichkeit erreichen, um den Schutzbereich des Art. 14 GG zu betreffen.⁸⁶ Da die Beamten das Fahrzeug nicht massiv beschädigen oder gar zerstören, kann in aller Regel nicht davon ausgegangen werden, dass diese Erheblichkeitsschwelle überschritten wird.

Somit bleibt festzuhalten, dass die Manipulation keine eigenständige Grundrechtsrelevanz entfaltet. Ebensowenig kommt ihr ein eigener Zweck im Gesamtgeschehen zu: Für sich genommen erreicht die bloße Manipulation keine Täuschungsqualität, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Kommunikation mit dem

⁸⁰ So der Fall in BGH, NStZ 2010, 294.

⁸¹ St. Rspr., s. nur BVerfGE 78, 58, 71 m.w.N.; 83, 201, 208; 105, 17, 30.

⁸² Vgl. BVerfGE 98, 17, 35: „Die Nutzung soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben im vermögensrechtlichen Bereich nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.“; vgl. auch *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 64.

⁸³ *Fehling/Faust/Rönnau*, JuS 2006, 18; vgl. auch BVerfGE 97, 350, 371: „Geld ist geprägte Freiheit“; *Dürrig*, in: FS Apelt, S. 13, 31: „Eigentum ist Freiheit“ (Hervorhebung im Original); *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 1.

⁸⁴ BVerfGE 143, 246, 332 ff.; *Michl*, JuS 2019, 431.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 100, 226, 240 m.w.N.; *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 72.

⁸⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 25; zur Eingriffsqualität von Realakten und direkten Eingriffen faktischer Natur s. BVerwG, NJW 1976, 1987; NJW 1987, 2884; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 27.

Fahrer stattfindet.⁸⁷ Sie wirkt daher lediglich unterstützend für eine spätere Täuschung im Gespräch mit dem Fahrer. Demnach ist die Rechtmäßigkeit einer Manipulation nicht isoliert, sondern als Teil der Täuschung zu betrachten.⁸⁸

4. Identitätsfeststellung

Oftmals wird die Polizei die Kontrolle damit beginnen, zunächst nach dem Namen, dem Führerschein und/oder den Fahrzeugpapieren zu fragen. Es sind zwei alternative Szenarien denkbar: Entweder ist die Identität des Fahrers der Polizei tatsächlich noch nicht bekannt (im Folgenden: „echte“ Identitätsfeststellung), oder die Polizei ist bereits im Besitz dieser Information, will aber den Schein einer zufälligen Kontrolle wahren und nimmt daher als klassischen „Auftakt“⁸⁹ die Personalien des Fahrers auf (im Folgenden: Legendierte Identitätsfeststellung).⁹⁰

a) Eingriffsqualität der „echten“ Identitätsfeststellung

Die Identität des Fahrers festzustellen, verfolgt nicht denselben Zweck wie die vorangegangenen Maßnahmen. Sofern den Beamten die Identität des Fahrers noch nicht bekannt ist, dient die Maßnahme ebenfalls der Informationsbeschaffung. Jedoch gibt sie nicht Aufschluss über die Bewegungen des Fahrers mitamt dem bei ihm vermuteten Rauschgift, sondern über Namen, Vornamen, Geburtsdatum, -ort sowie die aktuelle Anschrift.⁹¹ Dieser Akt geht also nicht nur über die bisherigen Ermittlungshandlungen hinaus, sondern zielt auch in eine andere Richtung. Die so erhobenen Informationen haben einen noch näheren Personenbezug, sodass dem Akt eigenständige Bedeutung zukommt.⁹² Der Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung ist erneut eröffnet.⁹³ Dass eine gesetzliche Pflicht besteht, einen gültigen Ausweis zu besitzen und ihn auf Verlangen einer berechtigten Behörde vorzulegen (§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 PAuswG) bzw. im Einzelfall Angaben zu Personalien zu machen (vgl. § 111 Abs. 1 OWiG), ändert nichts daran.⁹⁴

⁸⁷ Vgl. dazu bereits 1. Kap. C.III.4.; a. A. wohl *Saliger*, in: *Recht und Lüge*, S. 93, 113.

⁸⁸ S. 4. Kap. B.I.6.

⁸⁹ Vgl. *Ogorek*, in: BeckOK PolR NRW, PolG § 12 Rn. 1.

⁹⁰ Zur „echten“ Identitätsfeststellung sogleich unter 4. Kap. B.I.4.a). Die Legendierte Identitätskontrolle soll als Teil der Legendierung im Rahmen der Legendierten Kommunikation unter 4. Kap. B.I.6.a) cc) besprochen werden.

⁹¹ Vgl. *Kurth*, NJW 1979, 1377, 1379.

⁹² Vgl. auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 44.

⁹³ BVerfG, NVwZ 2016, 53; *Ogorek*, in: BeckOK PolR NRW, PolG § 12 Rn. 2.

⁹⁴ BVerfG, NVwZ 2016, 53; vgl. *Gerhold*, in: BeckOK OWiG, § 111 Rn. 1.

*b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur
der „echten“ Identitätsfeststellung*

Nach Auffassung des BVerfG besteht keine allgemeine Verpflichtung, sich ohne Grund auf amtliche Aufforderung auszuweisen oder sonstige Angaben zu Personalien zu machen. Die Ausweispflicht begründet nicht zugleich eine Ermächtigung der Polizei zur Identitätsfeststellung, vielmehr bedarf es einer eigenen Rechtsgrundlage.⁹⁵

aa) Strafprozessrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung

Gem. § 163b Abs. 1 Hs. 1 StPO können die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes die zur Feststellung der Identität erforderlichen Maßnahmen treffen, wenn eine Person einer Straftat verdächtig ist. § 163b StPO ermächtigt nicht nur dazu, nach den Personalien und den mitgeführten Ausweispapieren zu fragen, sondern in einem ersten Schritt auch zum Anhalten der betroffenen Person⁹⁶ und, soweit dafür konkrete Anhaltspunkte vorliegen, zur Überprüfung der Papiere auf ihre Echtheit.⁹⁷

Dabei muss die Identitätsfeststellung der Aufklärung einer bestimmten, nicht einer bloß möglichen Straftat dienen.⁹⁸ Im Falle einer Legendierten Kontrolle ergibt sich der Anfangsverdacht auf die Begehung von Betäubungsmittelstraftaten aus den vorangegangenen Ermittlungen. Die Anordnungscompetenz liegt sowohl bei der Polizei als auch bei der Staatsanwaltschaft und kann so problemlos gewahrt werden. Den Ausweis oder sonstige Papiere zu verlangen, ist die erforderliche Maßnahme und wahrt insbesondere mit Blick auf den Schweregrad der zu ermittelnden Betäubungsmitteldelikte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁹ Somit ist ein Vorgehen aufgrund von § 163b StPO grundsätzlich möglich.

Problematisch ist aber der Umstand, dass die Identitätsfeststellung als wesentliche Förmlichkeit eine Belehrungspflicht vorsieht. Gem. § 163b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO ist § 163a Abs. 4 S. 1 StPO entsprechend anzuwenden: „Bei der ersten Ver-

⁹⁵ So sei § 111 OWiG für sich genommen nicht ausreichend, da es an einer näheren Bestimmung der Zwecke und Art der Angaben fehle, BVerfGE 92, 191, 197; ebenso bereits OLG Hamm, NJW 1954, 1212.

⁹⁶ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163b Rn. 13. Das Anhalten verfolgt keinen eigenständigen Zweck, sondern unterstützt lediglich die eigentliche Maßnahme. Somit entsteht insofern kein gesonderter Grundrechtseingriff, vgl. dazu bereits 2. Kap. B.V. 2.

⁹⁷ von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163b Rn. 8; Kurth, NJW 1979, 1377, 1378. Griesbaum geht davon aus, dass die Überprüfung alsbald durchzuführen ist, vgl. ders., in: KK-StPO, § 163b Rn. 13.

⁹⁸ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163b Rn. 3; Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163b Rn. 5; von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163b Rn. 1. Zu den juristischen und kriminalistischen Problemen der strafprozessualen Personenidentifizierung Geerds, Jura 1986, 7 ff.

⁹⁹ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Griesbaum, in: KK-StPO, § 163b Rn. 12; von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163b Rn. 7.

nehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird.“ Übertragen bedeutet das, dass der betroffenen Person zu Beginn der Identitätsfeststellung die Tat mitzuteilen ist, hinsichtlich welcher sich ein Anfangsverdacht ergeben hat. Die in Betracht kommenden Strafvorschriften brauchen nicht genannt zu werden,¹⁰⁰ jedoch muss der vorgeworfene Sachverhalt zumindest in groben Zügen umrissen werden.¹⁰¹ Im Falle Legendierter Kontrollen möchte die Polizei gerade nicht offenlegen, dass bereits zu Beginn der Identitätsfeststellung ein Tatverdacht auf Betäubungsmittelstraftaten vorliegt, und wird deshalb von der Belehrung absehen.

Die Belehrung dient dem Schutz der betroffenen Person.¹⁰² Deswegen soll eine (ungeschriebene) Ausnahme zum einen dann gelten, wenn der Grund für die Identitätsfeststellung bereits offensichtlich ist, beispielsweise, wenn die betroffene Person auf frischer Tat ergriffen/betroffen wird.¹⁰³ Ob der Grund offensichtlich ist, beurteilt sich nach dem Horizont der betroffenen Person.¹⁰⁴ Im Falle einer Legendierten Kontrolle wird der Fahrer jedenfalls im Hinblick auf den illegalen Besitz von Betäubungsmitteln auf frischer Tat betroffen. Dass die Polizei entsprechende Kenntnisse schon zu Beginn der Kontrolle, also auch der Identitätsfeststellung, hat, weiß der Fahrer aber nicht. Daher ist der Grund für die Identitätsfeststellung nicht offensichtlich, sodass die Belehrungspflicht nach dem eben aufgezeigten Maßstab nicht entfällt.

Eine weitere Ausnahme soll aber dann vorliegen, wenn eine Belehrung den Zweck der Maßnahme gefährden würde.¹⁰⁵ Tatsächlich ist genau das der Grund, weshalb die Polizei bei der Legendierten Kontrolle davon absieht, den Tatvorwurf

¹⁰⁰ BGH, NSTz 2012, 581, 582; *Zöller*, in: HK-StPO, § 163a Rn. 22; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163b Rn. 3; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163b Rn. 25.

¹⁰¹ Vgl. *von Häfen*, in: BeckOK StPO, § 163a Rn. 23, 30. Darüber hinausgehende Belehrungen, etwa zum Recht auf anwaltliche Verteidigung, sind im Rahmen der Identitätsfeststellung nicht erforderlich, da lediglich auf § 163a Abs. 4 S. 1 StPO verwiesen wird.

¹⁰² *Rogall*, in: SK-StPO, § 136 Rn. 38, der die Prägung der gesamten Vorschrift durch diesen Zweck hervorhebt; vgl. auch *Kurth*, NJW 1979, 1377, 1379.

¹⁰³ KG, NJW 2002, 3789; s. auch OLG München, BeckRS 2008, 42132 Rn. 14; OLG Celle, StV 2011, 678, 679; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163b Rn. 22.

¹⁰⁴ KG, NJW 2002, 3789, 3790. Soweit rechtliche Bewertungen von Bedeutung sind, sei dementsprechend grundsätzlich nicht der fachjuristische Standpunkt, sondern derjenige eines juristischen Laien einzunehmen.

¹⁰⁵ OLG Hamm, NSTz 1982, 76, 77: „Es mag Fälle geben, in denen aus übergeordneten Geheimhaltungsgründen der Anlass für ein polizeiliches Einschreiten nicht bekannt gegeben werden kann.“ Die Entscheidung des KG, NJW 2002, 3789, 3790 geht etwa davon aus, dass der Grund der Festnahme nicht vorab eröffnet werden muss, wenn zu befürchten ist, dass sich Demonstrationsteilnehmer durch Flucht entziehen würden. Vgl. auch KG, StV 2001, 260, 261; a.A. *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163b Rn. 22.

zu eröffnen – der Fahrer wäre nicht nur über die vorangegangenen Ermittlungen im Bilde oder könnte diese mit einiger Sicherheit vermuten, sondern könnte daraufhin auch dafür sorgen, dass weitere Ermittlungen erschwert werden. Die Voraussetzungen der Ausnahme von der Belehrungspflicht wegen der Identitätsfeststellung sind daher gegeben.

bb) Gefahrenabwehrrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung

Grundsätzlich kann die Polizei die Informationen zur Identität der betroffenen Person auch im Rahmen ihrer Befragungsbefugnis oder im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO erlangen. Jedoch zielt die Maßnahme dann nicht auf die Identitätsfeststellung, sondern auf sonstige sachdienliche Angaben¹⁰⁶ bzw. auf das *Mitführen* von Führer- und Fahrzeugschein sowie die Verkehrstüchtigkeit des Fahrers und des Fahrzeugs.¹⁰⁷ Für die Identitätsfeststellung im Rahmen der Legendierten Kontrolle sind diese Normen daher keine passenden Ermächtigungsgrundlagen.

Jedoch sehen die Polizeigesetze der Länder die Identitätsfeststellung¹⁰⁸ als Standardmaßnahme vor.¹⁰⁹ Obwohl in der Praxis bedeutsam, wird sie eher als „Lästigkeit des alltäglichen Lebens“ angesehen, die selten vor Gericht angegriffen wird.¹¹⁰

Die landesrechtlichen Befugnisse sind teils parallel strukturiert¹¹¹ und sehen jeweils mehrere Zweckrichtungen vor. Einheitlichkeit besteht insofern, als die Identitätsfeststellung „zur Abwehr einer Gefahr“¹¹² von der öffentlichen Sicher-

¹⁰⁶ S. nur exemplarisch § 12 Abs. 1 PolDVG HH; § 18 Abs. 1 SächsPolG.

¹⁰⁷ Näher zur allgemeinen Verkehrskontrolle unter 4. Kap. B.I.5.b)aa)(1).

¹⁰⁸ Auch „Personenfeststellung“ genannt, s. amtliche Überschrift des § 26 PolG BW.

¹⁰⁹ § 12 PolG NRW; § 13 Abs. 1, 2 BayPAG; § 12 Abs. 1, 2 BbgPolG; § 21 ASOG Bln; § 11 Abs. 1–4 BremPolG; § 26 Abs. 1, 2 PolG BW; § 13 Abs. 1–4 PolDVG HH; § 18 Abs. 1–4 HSOG; § 29 SOG M-V; § 13 Abs. 1, 2 NPOG; § 10 Abs. 1, 2 POG RP; § 9 Abs. 1, 2 SPOLG; § 19 Abs. 1, 2 SächsPolG; § 20 Abs. 1–6 SOG LSA; § 181 LVwG SH; § 14 PAG TH; s. außerdem die bundesgesetzliche Regelung in § 23 Abs. 1–3 BPolG.

¹¹⁰ *Kingreen/Poscher*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 4. Teil § 12 Rn. 9. Dementsprechend wenig Rechtsprechung ist zu dieser Maßnahme bislang ergangen. Auch im Kontext der Legendierten Kontrollen ist diesem Aspekt, soweit ersichtlich, keine Aufmerksamkeit zuteil geworden.

¹¹¹ *Enders*, in: BeckOK PolR BW, PolG § 26 Rn. 4: „insoweit bundesweit einheitliche[s] Bild vom Instrumentarium der Identitäts- oder Personenfeststellung“. *Bäuerle* weist aber zutreffend darauf hin, dass die Normen inhaltlich sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Rechtsfolgen teilweise voneinander abweichen, *ders.*, in: BeckOK PolR Hessen, HSOG § 18 Rn. 9; vgl. auch *Kingreen/Poscher*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 4. Teil, § 14 Rn. 26.

¹¹² Teils zusätzlich weiter § 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BayPAG: Abwehr einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut; vgl. auch § 13 Abs. 1 Nr. 1 PolDVG HH: Abwehr einer bevorstehenden Gefahr.

heit stets zulässig ist. Dabei muss die Gefahr konkret sein, d.h. es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für einen Rechtsverstoß vorliegen.¹¹³

Im Polizeirecht bestehen Hinweispflichten hinsichtlich der Rechtsgrundlage für die Datenerhebung.¹¹⁴ Sie ergeben sich entweder aus der Befugnisnorm selbst¹¹⁵ oder aus allgemein geltenden Regeln.¹¹⁶ Der Hinweis kann aber unterbleiben, wenn hierdurch die Erfüllung der ordnungsbehördlichen oder polizeilichen Aufgaben erheblich erschwert oder gefährdet würde.¹¹⁷

Auf Rechtsfolgenseite darf die Polizei bei Vorliegen der Voraussetzungen die jeweils zur Feststellung erforderlichen Maßnahmen treffen, sodass im Ergebnis dasselbe Vorgehen wie nach Strafprozessrecht (Prüfung des Personalausweises etc.) legitimiert wird.

Daneben gestattet § 10 Abs. 1 ZollVG den Bediensteten der Zollverwaltung, im grenznahen Raum Personen und Beförderungsmittel anzuhalten. Angehaltene Personen müssen sich gem. § 10 Abs. 1 S. 2 ZollVG ausweisen.

cc) Einordnende Stellungnahme

Die Identitätsfeststellung zu Strafverfolgungszwecken kann – den allgemeinen Grundsätzen entsprechend – nicht auf die polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden und andersherum die Identitätsfeststellung zur Gefahrenabwehr nicht auf Strafprozessrecht.¹¹⁸

Streng genommen vermag eine Identitätsfeststellung für sich kaum eine Gefahr abzuwenden. Auch im in Rede stehenden Fall der (unmittelbaren Vorbereitung der) Legendierten Kontrolle würde sie eher der Gefahrerforschung dienen, indem etwa eine Datenbankabfrage vorgenommen wird, die den Beamten Aufschluss über eine mögliche Bewaffnung, Drogenabhängigkeit oder Ähnliches geben kann. Vornehmlich ist die Situation im Kontext Legendierter Kontrollen aber dadurch geprägt, dass eine verdächtige Person auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird. In diesem Fall richtet sich die Identitätsfeststellung stets nach § 163b

¹¹³ Darüber hinaus sehen die landesrechtlichen Regelungen regelmäßig auch eine Identitätsfeststellung zur Abwehr von abstrakten Gefahren, namentlich an sog. gefährlichen und gefährdeten Orten sowie an Kontrollstellen vor; näher *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, 4. Teil § 14 Rn. 32 ff.

¹¹⁴ Art. 31 Abs. 3 S. 3 BayPAG; § 29 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BbgPolG; vgl. § 18 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 ASOG Bln.

¹¹⁵ § 13b Abs. 1 hmbSOG; § 18 Abs. 6 HSOG; § 20 Abs. 1 S. 1 NSOG.

¹¹⁶ *Kingreen/Poscher*, in: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, 4. Teil § 14 Rn. 27.

¹¹⁷ S. nur § 29 Abs. 4 S. 2 BbgPolG; § 18 Abs. 5 S. 2 ASOG Bln; vgl. auch Art. 30 Abs. 4 S. 2 BayPAG a.F.

¹¹⁸ *Erb*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, § 163b Rn. 5 m.w.N. Das soll erst recht seit der abschließenden Neuregelung durch das StPAG 1978 gelten, *Erb*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, § 163b Rn. 2, 10; *Griesbaum*, in: *KK-StPO*, § 163b Rn. 1, 8; vgl. weiter *Köhler*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 163b Rn. 1.

StPO.¹¹⁹ Auf eine bereits förmliche Ermittlung gegen die betroffene Person als Beschuldigte kommt es nicht an.¹²⁰ Somit ist die Identitätsfeststellung vorliegend strafprozessualer Natur.

c) Fazit

Die „echte“ Identitätsfeststellung, bei der den Beamten die Identität des Fahrers tatsächlich zunächst nicht bekannt ist, kann als strafprozessuale Maßnahme auf § 163b StPO gestützt werden. Dessen Voraussetzungen sind im Regelfall erfüllt und auch die insofern fehlende Belehrung ist unschädlich.

5. Legendierte Durchsuchung

Bei der Durchsuchung handelt es sich um ein zentrales Element Legendierter Kontrollen. Im Vergleich zu der vorangegangenen Observation dient sie einem eigenständigen Zweck, nämlich unmittelbar dem Auffinden der geschmuggelten Betäubungsmittel bzw. anderer verbotener Gegenstände. Für die Durchsuchung bedarf es eines neuen Impulses, namentlich einer selbstständigen Anordnung gestützt auf eine spezielle Rechtsgrundlage. Sie ist daher isoliert auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfbar.¹²¹

Bei der Legendierten Kontrolle wird oftmals sowohl das Auto als auch sein Fahrer, der die verbotenen Gegenstände schließlich auch am Körper tragen könnte, durchsucht. Eine körperliche Untersuchung, also ein körperlicher Eingriff (vgl. § 81a StPO¹²²), findet hingegen normalerweise nicht statt. Zwar kann es im Einzelfall dazu kommen, dass der Fahrer die geschmuggelten Stoffe in abgepackter Form verschluckt hat, um sie so zu verstecken und zu einem späteren Zeitpunkt wieder auszuschleiden. Jedoch würde eine körperliche Untersuchung als höchst intensiver Eingriff darauf schließen lassen, dass es sich nicht um eine zufällige, stichprobenartige Maßnahme handelt, sondern die Behörden angesichts eines solch rigorosen Vorgehens bereits einen relativ starken Verdacht gegen den Betroffenen hegen müssen.

Dass dem Beschuldigten Letzteres bewusst wird, soll aber aus ermittlungstaktischen Gründen gerade vermieden werden; zudem unterliegt die körperliche Untersuchung gem. § 81a StPO besonders strengen Voraussetzungen. In einem Szenario wäre das weitere Vorspiegeln einer zufälligen Kontrolle kaum denkbar, sodass nicht mehr von einer Legendierten Kontrolle gesprochen werden könnte.

¹¹⁹ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163b Rn. 3.

¹²⁰ Pflieger/Ambos, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 163b Rn. 2; von Häfen, in: BeckOK StPO, § 163b Rn. 5.

¹²¹ Ebenso Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 51.

¹²² Parallelnormen finden sich hier im Landesrecht nur begrenzt; s. etwa § 15 Abs. 4 SOG HH; § 18 Abs. 3, 4 POG RP; § 22 Abs. 4 NPOG; § 36 Abs. 5 HSOG; § 53 Abs. 4 SOG M-V.

a) Eingriffsqualität der Fahrzeug- und Personendurchsuchung

Die Durchsuchung des Fahrzeugs, also die Durchsuchung einer Sache, hat das Potenzial, verschiedene Grundrechte zu berühren.

aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht
gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

(1) Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre

Wie gesehen berührt eine Verfolgung im öffentlichen Verkehr das Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre nicht. Eine Durchsuchung unterscheidet sich davon aber insofern, als dass die Beamten hier auch das Wageninnere zur Kenntnis nehmen und nicht nur aus einiger Entfernung von außen beobachten. Zwar ist das Wageninnere insgesamt nicht vollständig vor Blicken der Öffentlichkeit geschützt, denn durch die Fenster können in der Regel die Sitze und das Armaturenbrett wahrgenommen werden; teilweise sogar auch der Inhalt des Kofferraums, sofern dieser nicht abgedeckt ist. Das könnte dagegen sprechen, dem Wageninnenraum besondere Privatheit zuzuerkennen. Jedoch geht eine Durchsuchung über eine oberflächliche Inaugenscheinnahme von außen weit hinaus. Die Beamten dringen räumlich ein und erhalten Einblick auf Stellen, die sonst nicht zugänglich wären; insbesondere das Handschuhfach, den abgedeckten Kofferraum und sogar das Belüftungssystem oder Ähnliches. Der Fahrzeugführer kann normalerweise aber zu recht davon ausgehen, dass fremde Personen bestimmte Teile des Wageninneren nicht gegen seinen Willen sehen und im Übrigen auch ohne Schlüssel keinen Zugriff darauf hätten. Selbst wenn ein Wagen unverschlossen wäre, gälte es als Tabubruch, wenn eine Person ohne die Zustimmung des Fahrzeughalters oder -führers die Tür öffnen und das Innere begutachten würde. Autofahrer werden demnach regelmäßig persönliche Gegenstände transportieren. Außerdem isolieren Autos bis zu einem gewissen Grad Schall, sodass vertrauliche Gespräche, Gesang etc. von außen nicht zu hören sind.¹²³ Somit ging auch die „Tagebuch“-Entscheidung des BGH davon aus, dass es sich bei dem Wageninneren um einen nichtöffentlichen Raum handelt.

All das führt dazu, dass das Wageninnere nicht mehr der Sozialsphäre zuzuordnen ist, die jedermann wahrnehmen kann, der sich in ihrer Nähe befindet, sondern vielmehr der Privatsphäre angehört¹²⁴ und eine Durchsuchung folglich in diese eingreift.

¹²³ BGHSt 57, 71.

¹²⁴ Die Berührung der Intimsphäre hinsichtlich der Durchsuchung eines Gegenstands wird hingegen auch dann verneint, wenn die Durchsuchung von Dritten wahrgenommen werden kann, BayVerfGH, BeckRS 2017, 102357, Rn. 32; BayVerfGH, BeckRS 2020, 48446 Rn. 20.

Dies gilt umso mehr für die körperliche Durchsuchung, bei der das Schamgefühl des Betroffenen verletzt werden kann (vgl. auch § 81d StGB, der bei der körperlichen Durchsuchung ebenfalls zu beachten ist).¹²⁵ Hier ist mindestens die Privat-, wenn nicht die Intimsphäre des Betroffenen beeinträchtigt.¹²⁶

(2) Schutz des sozialen Geltungsanspruchs

Die Durchsuchung des Wagens sowie des Fahrers findet auf offener Straße statt. Somit kann jede Person, die sich in Sichtweite befindet, erkennen, dass die Polizei offensichtlich das Wageninnere inspiziert und/oder den Fahrer durchsucht. Insbesondere ist die spezifische Haltung, die eine abgetastete Person einnehmen muss, eindeutig. Erfahrungsgemäß ziehen Polizeieinsätze häufig Gaffer an. Setzt die Polizei darüber hinaus noch Drogenspürhunde ein, sorgt dies zusätzlich für Aufmerksamkeit. In jedem Fall geht der Vorgang über eine Routine-Kontrolle erkennbar hinaus. Laien können dabei zwar nicht beurteilen, ob eine Durchsuchung rechtmäßig angeordnet wurde, werden aber regelmäßig auf ein korrektes Verhalten der Polizeibeamten vertrauen und folgern, dass der Fahrer mit einiger Wahrscheinlichkeit Anlass für die Maßnahme geboten hat. Zwar bedeutet die Durchsuchung weder zwingend, dass die Anordnung rechtmäßig war, noch dass sie zu Funden führen wird, die den Fahrer tatsächlich belasten. Allein die Durchführung einer Durchsuchung birgt aber aus den genannten Gründen eine erhebliche Stigmatisierung. Dieser Teil der Legendierten Kontrolle ist damit geeignet, dem Ansehen des Fahrers zu schaden, und berührt seinen sozialen Geltungsanspruch.

(3) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Die Durchsuchung dient gerade dazu, die Information zu erlangen, ob die dort vermuteten verbotenen Gegenstände tatsächlich an Bord sind – alternativ, ob der Fahrer sie am Körper trägt. Diese Information lässt insofern Rückschlüsse auf den Fahrer zu, als sie indizieren kann, ob er in kriminelle Aktivitäten verstrickt ist. Aber auch alle anderen Gegenstände, die die Beamten im Wageninneren oder bei dem Fahrer finden, können einen Personenbezug haben. Dass etwa die möglicherweise herrschende Unordnung nicht Ziel der Maßnahme ist, ändert nichts daran, dass die Polizei sie dennoch zur Kenntnis nimmt. Dabei ist der Schutzzumfang der informationellen Selbstbestimmung weit zu verstehen.¹²⁷ Dazu führt das BVerfG aus:

¹²⁵ Hauschild, in: MüKo StGB, § 102 Rn. 24; Bruns, in: KK-StPO, § 102 Rn. 10; s. auch Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, der einen Fall schildert, in dem die Betroffene aufgefordert wurde, sich vollständig zu entkleiden.

¹²⁶ Bruns, in: KK-StPO, § 102 Rn. 12.

¹²⁷ BVerfGE 130, 151, 183 f.; Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1 Rn. 81; Bertram, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S. 68 f.

„Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann, je nach seinem Ziel und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Insofern gibt es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belangloses personenbezogenes Datum.“¹²⁸

Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt folglich nicht nur vor, sofern der Fahrer tatsächlich Rauschgift mit sich führt und dieses aufgefunden wird,¹²⁹ sondern auch, wenn die Polizei andere persönliche Gegenstände des Fahrers entdeckt. Sofern der Fahrer der Durchsuchung nicht zustimmt, greift die Durchsuchung daher in seine informationelle Selbstbestimmung ein, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich die gesuchten Gegenstände gefunden werden.

bb) Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG

Wenn im zivilrechtlichen Sinne Eigentum des Fahrers an dem Fahrzeug besteht, handelt es sich wie gesehen um eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position.¹³⁰ Eine Durchsuchung des Fahrzeugs führt zwar ersichtlich nicht zu einer Enteignung. Der Fahrer kann seinen Wagen aber zunächst nicht mehr zur Weiterfahrt nutzen. Dabei kann die Durchsuchung einige Zeit in Anspruch nehmen. Denn auch wenn das Auto verglichen mit anderen möglichen Durchsuchungsobjekten eine eher geringe Größe aufweist, werden die gesuchten Gegenstände normalerweise mehr oder weniger raffiniert versteckt sein, sodass zuweilen sogar der Ausbau einzelner Autoteile notwendig ist. Auch das Anfordern von Verstärkung mit Drogenspürhunden führt zu Verzögerungen. Sogar wenn die Beamten aufgrund der vorangegangenen Ermittlungen bereits eine genaue Vorstellung davon haben, was und wo sie suchen sollten und spezialisierte Einheiten bereits vor Ort sind,¹³¹ wäre ein allzu zielgerichtetes Vorgehen womöglich verräterisch, zumal der Kurier von einem Zufallsfund ausgehen soll.

Zwar verhindert die Durchsuchung für sich genommen die weitere Nutzung des Fahrzeugs nicht auf Dauer, sondern stellt nur ein vorübergehendes Hindernis

¹²⁸ BVerfGE 118, 168, 185; ähnlich BVerfGE 65, 1, 45; 115, 320, 350.

¹²⁹ So aber *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 44, 46.

¹³⁰ Vgl. § 903 BGB; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 55; *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 48; zum vorliegenden Fall s. bereits 4. Kap. B. I. 3. a).

¹³¹ So *Schefer*, der daraus folgert, eine Durchsuchung im Rahmen Legendierter Kontrollen sei „typischerweise nicht von langer Dauer“, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 47.

dar.¹³² Eine etwaige Weiterfahrt wird sich bei einer Durchsuchung aber regelmäßig nicht nur unerheblich verschieben. Zugunsten eines funktionellen, umfassenden Grundrechtsschutzes ist diese Beeinträchtigung daher als nachhaltig genug anzusehen, um die Qualität einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu erreichen.¹³³ Die „gängige Auffassung“¹³⁴ bejaht ebenfalls einen Eingriff und sieht das geschützte Besitzrecht durch den Zugriff beeinträchtigt.¹³⁵

cc) Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 GG

Das Grundrecht auf Freiheit der Person schützt die körperliche Bewegungsfreiheit.¹³⁶ Das umfasst auch das Recht, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung¹³⁷ einen Ort aufzusuchen oder den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen.¹³⁸ Rechtsprechung und Wissenschaft unterscheiden zwischen zwei Arten von Eingriffen: Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentziehungen. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm oder ihr an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist.¹³⁹ Eine darüber hinausgehende Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG kommt nur in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.¹⁴⁰

Der Fahrer wird nicht im Wege der Fahrzeugdurchsuchung festgenommen, sondern je nach Ergebnis ggf. im Anschluss. Nur sofern der Fahrer sich gegen die Durchsuchung wehrt und sie stört, kann es bereits deswegen zu seiner Fest-

¹³² Sofern eine anschließende Weiterfahrt wegen einer Festnahme des Fahrers und/oder Beschlagnahme des Fahrzeugs verhindert wird, handelt es sich insofern um eigenständige Eingriffe, vgl. *Thiel*, in: BeckOK PolR NRW, PolG § 40 Rn. 3. Da die Festnahme nicht der Beweiserhebung dient, bildet sie im Weiteren keinen Gegenstand der Untersuchung.

¹³³ So auch *Barczak*, NZV 2010, 598, 599; dagegen *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 37 m.w.N.; zurückhaltend *Thiel*, in: BeckOK PolR NRW, PolG § 40 Rn. 3: „Aufgrund der nur sehr kurzzeitigen Nutzungsbeeinträchtigung wird man einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG regelmäßig abzulehnen haben.“

¹³⁴ *Leggereit*, in: BeckOK PolR Hessen, HSOG § 37 Rn. 3.

¹³⁵ Vgl. *Kingreen/Poscher*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 4. Teil § 18 Rn. 1.

¹³⁶ BVerfGE 94, 166, 198; 96, 10, 21; 105, 239, 247; *Dürig*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 2 Rn. 22 ff. m.w.N. Die personale Freiheit ist hingegen Thema aller Freiheitsgrundrechte, *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 73.

¹³⁷ BVerfGE 96, 10, 21.

¹³⁸ *Dürig*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 2 Rn. 26: „Liberté d’aller et venir“; *Gusy*, NJW 1992, 457, 458; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 74.

¹³⁹ BVerfGE 94, 166, 198; *Mehde*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 104 Rn. 38 m.w.N. aus der Rspr.

¹⁴⁰ BVerfGE 94, 166, 198.

nahme und somit einer Freiheitsentziehung kommen. Die Festnahme wäre jedoch als eigenständige Maßnahmen zu behandeln.

Im Normalfall verbleibt dem Fahrer im Rahmen der Fahrzeugdurchsuchung aber eine gewisse Bewegungsfreiheit, sodass zunächst keine Freiheitsentziehung erfolgt. Das gilt auch wenn der Fahrer ohne sein Auto faktisch stark eingeschränkt wird, etwa weil er sich auf einer Autobahnraststätte befindet und diese ohne Kraftfahrzeug nicht verlassen kann. In diesem Fall kann er sich immerhin noch innerhalb eines gewissen Bewegungsradius innerhalb der Raststätte und auf dem Parkplatz aufhalten. Die Durchsuchung des Fahrzeugs berührt mithin für sich genommen noch nicht die Freiheit der Person.

Anders verhält es sich bei der Personendurchsuchung: Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG erfasst nämlich auch bloße Freiheitsbeschränkungen wie vorübergehende Aufhebungen physischer Bewegungsfreiheit.¹⁴¹ Findet eine Personendurchsuchung in der Legierten Kontrolle statt, muss der Fahrer, wenn auch nur kurzfristig, dabei absolut stillhalten, sodass auch insofern in den Schutzbereich eingegriffen wird.

dd) Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG enthält die allgemeine Handlungsfreiheit als generalklauselartiges „allgemeines Freiheitsrecht“.¹⁴² Der Schutzbereich umfasst im umfassenden Sinne die menschliche Handlungsfreiheit unabhängig davon, welche Bedeutung die Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung hat.¹⁴³

Die Durchsuchung einer Person oder Sache greift immer auch in die allgemeine Handlungsfreiheit des Betroffenen ein.¹⁴⁴ Als sog. Auffanggrundrecht ist es gegenüber anderen Freiheitsrechten jedoch subsidiär,¹⁴⁵ gewinnt also neben den bereits diskutierten Grundrechten keine eigenständige Bedeutung.

b) Rechtsnatur und Ermächtigungsgrundlage der Durchsuchung

Angesichts ihrer Grundrechtsrelevanz bedarf es für die Personen- und Sachdurchsuchung im Rahmen der Legierten Kontrolle wie für jede andere Durchsuchung auch unstreitig einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die den Ein-

¹⁴¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 102; *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 134.

¹⁴² BVerfGE 63, 45, 60; 98, 218, 261.

¹⁴³ St. Rspr., s. BVerfGE 97, 332, 340; 113, 88, 103; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 5.

¹⁴⁴ Vgl. für die Durchsuchung nach Landesrecht in NRW *Thiel*, in: BeckOK PolG NRW, § 40 Rn. 3.

¹⁴⁵ BVerfGE 67, 157, 171; 116, 202, 221; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 2.

griff rechtfertigt.¹⁴⁶ Zusätzlich ist zu beachten, dass es sich bei einer Durchsuchung im Hinblick auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht um einen erheblichen Eingriff handelt, sodass im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besonders sorgfältige Abwägung geboten ist.¹⁴⁷

aa) Gefahrenabwehrrechtliche Durchsuchung

(1) Allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO

Gem. § 36 Abs. 5 S. 1 StVO dürfen Polizeibeamte Verkehrsteilnehmer zur *Verkehrskontrolle* einschließlich der Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit und zu Verkehrserhebungen anhalten. Laut § 36 Abs. 5 S. 4 StVO haben die Verkehrsteilnehmer die Anweisungen der Polizeibeamten zu befolgen. Die Polizeibeamten sind im Rahmen einer solchen Verkehrskontrolle dazu ermächtigt, sowohl Fahrer als auch Fahrzeug inklusive der Papiere zu überprüfen.¹⁴⁸ Die Überprüfung zielt dabei auf die Verkehrstüchtigkeit von Fahrer und Fahrzeug.¹⁴⁹ Somit ermächtigt die Norm nur zu präventiven, verkehrsbezogenen Maßnahmen, die der Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs dienen, nicht aber der Strafverfolgung.¹⁵⁰

Die Legendierte Durchsuchung hingegen erfolgt nicht, um die Verkehrstüchtigkeit des Fahrers oder des Fahrzeugs zu prüfen, sondern um die an Bord vermuteten Gegenstände bzw. Substanzen aufzuspüren.¹⁵¹ In der Vergangenheit wurde vereinzelt behauptet, es reiche aus, dass die Kontrolle wenigstens *auch* der Verkehrssicherheit diene. Die Maßnahme diene jedenfalls dann der Verkehrsüberwachung, wenn die übliche Kontrolle von Führerschein und Fahrzeugpapieren erfolge. Begründet wird das damit, dass auch bei einer Legendierten Kontrolle letztlich die Verkehrstüchtigkeit überprüft und ein Bußgeld verhängt werde, sollten Mängel auffallen.¹⁵²

¹⁴⁶ So auch *Schefer*, der annimmt, der Vorbehalt des Gesetzes sei „gewissermaßen aktiviert“, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 51.

¹⁴⁷ RiStBV Nr. 73a.

¹⁴⁸ *Hühnermann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, StVO § 36 Rn. 12.

¹⁴⁹ *Waechter*, in: BeckOK PolR Nds, Nds. SOG § 14 Rn. 5b.

¹⁵⁰ BGHSt 32, 248, 250 ff.; OLG Celle, NZV 2013, 409, 410; vgl. auch BayObLG, NJW 1987, 1095; *Janiszewski*, NSZ 1987, 112, 116; *Hühnermann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, StVO § 36 Rn. 12; *Koehl*, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, StVO § 36 Rn. 14; *Müller/Römer*, NSZ 2012, 543, 546.

¹⁵¹ S. auch BGHSt 62, 123, 128 f.; anders noch die Vorinstanz. Nach dem OLG Celle ist ein Rückgriff auf die präventiv ausgerichtete allgemeine Verkehrskontrolle stets abzulehnen, wenn der Anlass ein konkreter Verdacht auf eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit ist, OLG Celle, NZV 2013, 409, 410.

¹⁵² *Nowrousian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 108 f. unter Berufung auf OLG Düsseldorf, NZV 1996, 458, 459; vgl. auch *ders.*, Kriminalistik 2013, 105.

Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Die Kontrolle der Fahrzeugpapiere wird in der Legendierten Kontrolle einzig und allein zu dem Zweck vorgenommen, den *Schein* einer Verkehrskontrolle zu kreieren.¹⁵³ Die Ermittlungsbehörden interessieren sich nicht tatsächlich für Fahrzeugmängel, womöglich fallen sie ihnen nicht einmal auf – je nachdem, wie gewissenhaft sie ihre Rolle spielen. Dass es, sollte tatsächlich ein Verkehrsmangel festgestellt werden, theoretisch auch zu einer Bußgeldverhängung kommen könnte, kann den ursprünglichen Zweck der Maßnahme nicht ex tunc ändern. Dass die Polizeibeamten nach möglicherweise monatelangen vorbereitenden Ermittlungen im Zeitpunkt des Zugriffs die Verkehrstüchtigkeit des Fahrzeugs „mitüberprüfen“ wollen, erscheint realitätsfern. Die Legendierte Durchsuchung dient somit gerade nicht – nicht einmal teilweise – der Verkehrskontrolle, sodass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 5 StVO bereits aus diesem Grund nicht erfüllt sind.¹⁵⁴

Hinzu kommt noch ein weiteres Argument gegen § 36 Abs. 5 StVO als Rechtsgrundlage der Legendierten Durchsuchung, das in der Debatte bislang vernachlässigt wurde: Eine eingehende Durchsuchung des Fahrzeugs, wie sie bei der Legendierten Kontrolle vorgenommen wird, wäre ab einem gewissen Grad auch auf Rechtsfolgenseite nicht mehr von § 36 Abs. 5 StVO umfasst. Denn bei einer allgemeinen Verkehrskontrolle dürfen Zustand der Ausrüstung des Fahrzeugs sowie dessen Beladung geprüft werden.¹⁵⁵ § 36 Abs. 5 StVO ermächtigt bei Vorliegen seiner Voraussetzungen also etwa zum Blick in den Kofferraum oder in die Fahrerkabine. Jedoch sind die Grenzen einer allgemeinen Fahrzeugüberprüfung überschritten, wenn nicht mehr die „klassischen“ Stellen geprüft werden, an denen sich typischerweise Fracht befindet. Beispielsweise wäre es nicht nur ungewöhnlich, im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle Sitzpolster herauszunehmen und zum Freilegen der Belüftung Fahrzeugteile abzumontieren. Es würde auch schlicht ihren Rahmen sprengen, sofern keine Anzeichen dafür bestehen, dass von dort eine Verkehrsbeeinträchtigung ausgeht.¹⁵⁶ Selbst eine Kontrolle, die ursprünglich zu Verkehrssicherungszwecken begonnen hat, wäre nicht mehr von § 36 Abs. 5 StVO gedeckt, wenn über das übliche Maß hinaus an außergewöhnlichen Stellen nach Fracht gesucht wird. Die Maßnahme würde dann in eine Durchsuchung umschlagen.

In conclusio liegen weder die Voraussetzungen des § 36 Abs. 5 StVO vor¹⁵⁷ noch umfasst die Rechtsfolge typischerweise das Vorgehen bei der Legendierten Durchsuchung. Daher ist § 36 Abs. 5 StVO nicht einschlägig.¹⁵⁸

¹⁵³ So auch *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 5 unter Verweis auf die Anwesenheit von Rauschgiftspürhunden.

¹⁵⁴ Ebenso BGHSt 62, 123, 128 f.; zust. *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1125 Fn. 15.

¹⁵⁵ BGHSt 62, 123, 128 f. m.w.N.; OLG Celle, NZV 2013, 409, 410; *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 546.

¹⁵⁶ Dies gibt auch *Nowrousian* zu, *ders.*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 109.

¹⁵⁷ Ebenso *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 208 f.

(2) Polizeirechtliche Durchsuchung (mitsamt Sicherstellung/Beschlagnahme)

Die Durchsuchung von Sachen zur Gefahrenabwehr durch Polizeibehörden ist in jedem Bundesland als Standardmaßnahme geregelt.¹⁵⁹ Voraussetzung ist jeweils, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich in der zu durchsuchenden Sache eine andere Sache befindet, die sichergestellt¹⁶⁰ bzw. beschlagnahmt¹⁶¹ werden darf. Die anschließende Sicherstellung oder Beschlagnahme ist gleichsam als präventive Standardmaßnahme vorgesehen und u.a. zur Abwehr einer (gegenwärtigen) Gefahr möglich.¹⁶² Dabei kann die Gefahr von der Sache selbst, aber auch von ihrem Besitzer ausgehen.¹⁶³ Insbesondere ist die Sicherstellung oder Beschlagnahme in einigen Ländern darüber hinaus zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Sache zur Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebraucht oder verwertet werden soll.¹⁶⁴ Die Durchsuchung einer Sache ist außerdem möglich, wenn sie von einer Person mitgeführt wird, die ihrerseits durchsucht werden darf, weil Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Sachen mit sich führt, die sichergestellt oder beschlagnahmt werden dürfen (Akzessorietät der Sach- zur Personendurchsuchung).¹⁶⁵ Das ist

¹⁵⁸ I. E. auch BGHSt 62, 123, 128f.; a.A. Nowrouzian, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 108f.

¹⁵⁹ S. etwa § 30 Nr. 3 PolG BW; Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 BayPAG; § 35 Abs. 1 Nr. 3 ASOG Bln; § 22 Abs. 1 Nr. 3 BbgPolG; § 20 Abs. 1 Nr. 3 BremPolG; § 15a Abs. 1 Nr. 3 HmbSOG; § 24 Abs. 1 Nr. 3 ThPAG; § 37 Abs. 1 Nr. 3 HSOG; § 40 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW. Genannt sind an dieser Stelle nur diejenigen Varianten, die im Kontext der Legendierten Kontrollen relevant sind. *Altwater* weist auf den geringen Anwendungsbereich der entsprechenden Bundesnormen hin, *ders.*, in: FS Schlothauer, S. 3, 5 m.w.N. Beispiele wären etwa das Betreten und Untersuchen durch die Gewerbeaufsicht und die Arbeitsverwaltung, näher *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 544.

¹⁶⁰ Sicherstellung meint die polizeiliche Inbesitznahme (vgl. § 854 Abs. 1 BGB) einer Sache unter Begründung eines (neuen) amtlichen Gewahrsams durch Verwahrung unter Ausschluss anderer Personen von der Einwirkungsmöglichkeit, *Senftl*, in: BeckOK PolR Bayern, PAG Art. 25 Rn. 8.

¹⁶¹ Der Begriff der Beschlagnahme bezeichnet einerseits die zwangsweise repressive Wegnahme einer Sache nach Strafprozessrecht, wird andererseits aber auch in einigen Polizeigesetzen verwendet, *Senftl*, in: BeckOK PolR Bayern, PAG Art. 25. Sofern in Polizeigesetzen der Länder sowohl die Sicherstellung als auch die Beschlagnahme vorgesehen ist (z.B. § 32 und § 33 BWPOLG), kommt es darauf an, ob die Maßnahme zum Schutz des Eigentümers oder rechtmäßigen Inhabers der tatsächlichen Gewalt (dann Sicherstellung) oder zur Gefahrenabwehr (dann Beschlagnahme) erfolgt. Im Folgenden meint Sicherstellung oder Beschlagnahme stets die Norm, die jeweils der Gefahrenabwehr dient.

¹⁶² So etwa § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW; Art. 25 Nr. 1 lit. a BayPAG; § 38 Nr. 1 ASOG Bln; § 25 Nr. 1 BbgPolG; § 23 Nr. 2 BremPolG; § 14 Abs. 1 S. 1 lit. a HmbSOG (unmittelbar bevorstehende Gefahr oder Störung); § 40 Nr. 1 HSOG; § 61 Abs. 1 Nr. 1 SOG M-V.

¹⁶³ *Senftl*, in: BeckOK PolR Bayern, PAG Art. 25.

¹⁶⁴ § 40 Nr. 4 HSOG; § 61 Abs. 1 Nr. 4 SOG M-V; § 45 Nr. 4 SOG LSA.

¹⁶⁵ S. exemplarisch nur § 30 Nr. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 Nr. 2 PolG BW; Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 21 BayPAG; § 40 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 39 PolG NRW.

der Fall, wenn die Person unmittelbaren Zugriff an Ort und Stelle auf die Sache hat – bei einer im Auto angehaltenen Person also das Auto selbst sowie alle darin befindlichen Sachen.¹⁶⁶ Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Sache hat grundsätzlich das Recht, während der Durchsuchung anwesend zu sein. Ein Richtervorbehalt ist hingegen nicht vorgesehen.¹⁶⁷

Sofern die Polizei nach Waffen sucht, bestehen teils spezielle Rechtsgrundlagen.¹⁶⁸ Hier ist zu differenzieren, denn anders als bei illegalen Betäubungsmitteln ist der Besitz und Transport von Waffen nicht stets verboten. Stattdessen gilt ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d. h. im Einzelfall mag ein Transport von Waffen legal sein.

(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen

Es bedarf keiner großen Diskussion, um festzustellen, dass Betäubungsmittel gefährliche Sachen und Gegenstand von Straftaten sind. Ohne eine ausnahmsweise vorliegende Genehmigung sind sie regelmäßig beschlagnahmefähig. Ähnlich verhält es sich z. B. mit gepanschten Medikamenten oder Waffen, insbesondere, wenn eine etwaige Erlaubnis für die Polizei nicht ersichtlich ist. Hingegen wäre etwa ein Kundenbuch kein Gegenstand, von dem eine unmittelbare Gefahr ausgeht.¹⁶⁹

Auch tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Sachen zur Begehung von Straftaten genutzt werden sollen, liegen den Behörden bei Legendierten Kontrollen, bei denen gerade nicht „ins Blaue hinein“ kontrolliert wird, vor. Zugleich wird anzunehmen sein, dass der Fahrer diese gefährlichen Sachen mit sich führt, sodass er seinerseits durchsucht werden dürfte.

Daneben muss eine polizeirechtliche Durchsuchung aber auch „zur Abwehr einer Gefahr“ durchgeführt werden. Damit ist die Frage nach der Zwecksetzung und zugleich einer der Hauptkonflikte der Legendierten Kontrolle adressiert.¹⁷⁰

(b) Problemfelder

(aa) Keine (überwiegend) gefahrenabwehrrechtliche Natur der Maßnahme

Werden die gesuchten Betäubungsmittel oder andere inkriminierende Gegenstände aufgefunden, erhebt die Polizei strafrechtlich relevante Beweise. Somit ist

¹⁶⁶ *Leggereit*, in: BeckOK PolR Hessen, HSOG § 37 Rn. 7.

¹⁶⁷ Vgl. auch *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1c.

¹⁶⁸ S. etwa im Rahmen einer Personendurchsuchung § 39 Abs. 2 PolG NRW.

¹⁶⁹ S. auch BGHSt 62, 123, 138.

¹⁷⁰ Dazu sogleich.

zu fragen, ob es sich bei der Legierten Personen- und Sachdurchsuchung um doppelfunktionale Maßnahmen handelt, und falls ja, welche Konsequenzen dies für den Anwendungsbereich des Gefahrenabwehrrechts nach sich zieht.

In der Debatte um Legierte Kontrollen ist gemeinhin angenommen worden, es liege hinsichtlich der Durchsuchung regelmäßig eine Gemengelage vor: (i) Es soll verhindert werden, dass die Betäubungsmittel in den deutschen Markt gelangen (Prävention) und (ii) die Betäubungsmittel sollen im Rahmen der Strafverfolgung als belastendes Beweismaterial dienen (Repression). Die Legierte Durchsuchung sei daher doppelfunktional.¹⁷¹ Ausgehend von dieser These entbrannte die Debatte anhand der dann nachfolgenden Streitfrage, nach welchem Regime sich diese – vermeintlich – doppelfunktionale Maßnahme richte. Geht man davon aus, dass es für die Annahme von Doppelfunktionalität mehr bedarf als die bloß reflexhafte Erreichung des jeweils anderen Zwecks, stellen sich aber bereits Zweifel an der Prämisse. Denn ob die Gefahrenabwehr durch die Legierte Durchsuchung nicht nur automatisch erreicht, sondern von den handelnden Beamten auch in dem vorgetragenen Maße bezweckt wird, ist zumindest fraglich.

Im Standardfall der Legierten Kontrolle sprechen zahlreiche konkrete Indizien gegen eine bezweckte Gefahrenabwehr und für eine (ausschließlich gewollte) Strafverfolgung.¹⁷² Wie sich die Maßnahme für den Betroffenen darstellt, hat keine Aussagekraft, weil hier gerade bewusst die Hintergründe der Maßnahme verschleiert werden sollen. Ein objektiver Dritter jedoch, der Kenntnis von dem gesamten Geschehensablauf hat, wird die Durchsuchung als repressiv verstehen:

(α) Strafprozessualer Gesamtkontext

Schon der Gesamtkontext legt ein Handeln strafprozessualer Natur nahe. Von Beginn der Ermittlungen an sind Polizei und ggf. auch Staatsanwaltschaft verdeckt auf strafprozessualer Grundlage vorgegangen. Dies ist im Einzelfall durch die Befassung von Staatsanwaltschaft und ggf. Ermittlungsrichter sowie durch die Nennung der strafprozessualen Rechtsnormen in etwaigen Anträgen und Beschlüssen belegt.¹⁷³ Zwar hindert ein zunächst repressives Vorgehen die Polizei nicht grundsätzlich an einem Umschwenken auf Gefahrenabwehrrecht. Zudem ist der Umstand, dass sich die handelnden Beamten, gewissermaßen die „Urheber“ der Maßnahme, auf einen präventiven Zweck berufen, ein gewichtiges Argument bei der Bestimmung der Rechtsnatur. Die Beamten werden sich aber

¹⁷¹ BGHSt 62, 123, 130; *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3; ähnlich *Soiné/Weyhrich*, die von Gemengelagen sprechen, *dies.*, Kriminalistik 2020, 172 ff.

¹⁷² Ebenso *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 450 f.

¹⁷³ Vgl. *Lenk*, StV 2017, 692, 697.

die Frage gefallen lassen müssen, wieso sie ausgerechnet im Moment der Durchsuchung auf Gefahrenabwehrrecht umschwenken wollen, zumal der präventive Zweck auch durch die strafprozessuale Durchsuchung erreicht würde. Dies führt zu den folgenden eigenen Überlegungen:

Es ist zu erwarten, dass sich eine weitere Maßnahme in einem mehraktigen Verlauf gegen dieselbe beschuldigte Person in die bisherigen (hier *strafprozessualen*) Ermittlungen einreihet. Immerhin handelt es sich nicht nur um dieselbe Rechtssache, sondern teils auch um einheitliche Lebenssachverhalte. Dies gilt umso mehr, wenn sie sich in räumlicher und zeitlicher Hinsicht an andere strafprozessuale Maßnahmen unmittelbar anschließt. Denn nach lebensnaher Betrachtung werden die meisten Polizeibeamten in tatsächlicher Hinsicht nicht vor jedem Handeln aufs Neue überdenken, auf welcher Rechtsgrundlage sie tätig werden; dies wäre reine Fiktion.

Außerdem kann ein Wahlrecht der Polizei, wie es der 2. Strafsenat des BGH annimmt, vernünftigerweise nicht implizieren, dass die Beamten stets die Rechtsgrundlage mit den niedrigeren Voraussetzungen wählen und so in umfassender Weise den strafprozessualen Richtervorbehalt bzw. andere strafprozessuale Sicherungsmechanismen zugunsten der Beschuldigtenrechte aushebeln können.¹⁷⁴ Diese Gefahr besteht nicht nur im Rahmen der Legendierten Kontrollen, sondern allgemein bei jeder doppelunktionalen Maßnahme – die zahlreichen Parallelmaßnahmen wurden bereits thematisiert.¹⁷⁵ Es ist zudem naheliegend, dass darüber hinaus auch in der Zukunft neue parallele Maßnahmen geschaffen werden, bei denen sich dieselbe Abgrenzungsfrage stellt.

Will man dieses Ergebnis vermeiden, ohne einen allgemeinen Vorrang des Strafprozessrechts anzuerkennen, sollte bei der Bestimmung der Rechtsnatur der bisherige Verlauf nicht nur als Indiz gewertet werden. Es empfiehlt sich, eine widerlegliche Vermutung aufzustellen, dass sich die Natur des hoheitlichen Handelns bei nachfolgenden Maßnahmen fortsetzt. Die hoheitliche Entscheidung über die Art des Vorgehens unterläge einem gerichtlich voll überprüfbaren Ermessen. Ein Umschwenken von Repression zur Prävention wäre dann immer noch möglich, müsste aber begründet und dokumentiert werden.

Auf diese Art und Weise könnte dem gleichberechtigten Nebeneinander von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Rechnung getragen und zugleich die Gefahr einer missbräuchlichen Umgehung verringert werden.

In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zur Legendierten Kontrolle waren jeweils keine plötzlichen Faktoren aufgetreten, die eine veränderte Bewertung der Sachlage begründet hätten.

¹⁷⁴ Vgl. auch *Jäger*, JA 2018, 551, 552.

¹⁷⁵ S. oben unter 2. Kap. B.IV.

(ß) Strafprozessrechtliche Akteure

Auch in personeller Hinsicht besteht vorliegend eine starke Vermutungswirkung für einen repressiven Charakter der Durchsuchung. Die Staatsanwaltschaft selbst kann ausschließlich repressiv tätig werden. Sofern sie beteiligt ist und die Polizei auf ihre Weisungen hin tätig wird, ist eine präventive Natur der Maßnahmen ausgeschlossen. Dasselbe muss auch gelten, wenn die Staatsanwaltschaft in gemeinsamen Ermittlungsgruppen – wie in der Praxis teils üblich – lediglich „anregt“, die Polizei könne eine gefahrenabwehrrechtliche Durchsuchung vornehmen. Es mag sich dann zwar formal nicht um eine bindende Weisung handeln; dennoch ist jedes staatsanwaltschaftliche Interesse an der Maßnahme zwingend strafprozessualer Natur. Weder gehört die Gefahrenabwehr zum Kompetenzbereich der Staatsanwaltschaft noch ist es im Regelfall notwendig, die Polizei bei dieser Aufgabe proaktiv zu unterstützen, zumal diese eigene und umfassendere Kompetenzen bei Gefahr im Verzug hat. Sofern die Maßnahme aus einer staatsanwaltschaftlichen Initiative heraus geboren wird, ist sie daher ebenfalls strafprozessualer Natur, auch wenn Polizeibeamten zur Durchführung „vorgeschoben“ werden.

Darüber hinaus wird eine präventive Natur auch dann nicht vorliegen, wenn die Kontrolle von (LKA-)Beamten initiiert ist, die typischerweise repressiv vorgehen und auch im konkreten Fall bis dato repressiv vorgegangen sind.¹⁷⁶

(γ) Kriminaltaktische Erwägungen bei der Art der Durchführung

Schließlich drängt sich auch bei der Durchsuchung selbst ihre repressive Natur für objektive Dritte förmlich auf. Das starke (repressive) Geheimhaltungsinteresse an den Ermittlungen wird von keiner Seite bestritten.¹⁷⁷ Der Versuch der Behörden, eine Verkehrskontrolle vorzutäuschen, zeigt, dass sich die Beamten durchaus der Rolle der herangezogenen Ermächtigungsgrundlage bewusst und bereit sind, diese strategisch, also ermittlungstaktisch, einzusetzen.

Es ist zu bedenken, dass eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne bei jeder Straftat mitschwingt, ohne dass dies stets dem Strafprozessrecht seinen Anwendungsbereich entziehen würde. Ein Diebstahl etwa verstößt gegen die objektive Rechtsordnung und stellt damit (auch) eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im polizeirechtlichen Sinne dar. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Tat in aller Regel repressiv verfolgt würde.

Auch bei Sachverhalten, die der Legendierten Kontrolle zugrunde liegen, schwingt eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne mit, da die öffentliche Sicher-

¹⁷⁶ 4. Kap. B.I.1.

¹⁷⁷ Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn.1b; Altwater, in: FS Schlothauer, S. 3 f.; Nowroussian, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 114; ders., Kriminalistik 2013, 105, 107; Müller/Römer, NSTZ 2012, 543; Lenk, StV 2017, 692, 693; Jäger, JA 2018, 551 f.; vgl. auch Krehl, StraFo 2018, 265.

heit durch das Einführen von bzw. das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gefährdet wird. Jedoch verleiht allein dieser Umstand dem Vorgehen der Polizei kein präventives Gepräge. Denn auch in einem früheren Ermittlungsstadium, etwa bei Antritt der Kurierfahrt oder bei Überschreiten der deutschen Grenze, war die eben beschriebene Gefahr im polizeirechtlichen Sinne bereits vorhanden. Nähme man diese Gefahr ernst und ginge es tatsächlich überwiegend um deren möglichst schnelle und effektive Abwehr, stellt sich die Frage, wieso die Polizei nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt einschreitet. Stattdessen stellt sich der praktische Ablauf des dem BGH-Leiturteil zugrunde liegenden Falls so dar, dass die Beamten des LKAs, die bis dato mit den strafrechtlichen Ermittlungen befasst waren, die örtliche Verkehrspolizei zu einer Kontrolle des Fahrers veranlassten. Es wurden also weitere Personen hinzugezogen, obwohl die bereits mit dem Fall befassten Beamten die Kontrolle ebenso hätten durchführen können. Wäre tatsächlich Prävention bezweckt gewesen, hätten die bereits befassten Beamten die Kontrolle selbst durchführen können. Der gezielte Einsatz von Verkehrspolizei in Uniform dient einzig dem Zweck, die wahren Hintergründe zu verschleiern. Dieser Zweck ist für die Gefahrenabwehr ohne Bedeutung, für die Strafverfolgung jedoch elementar.

Gegen ein dringend nach Polizeirecht gebotenes Eingreifen spricht darüber hinaus der Umstand, dass der Betroffene zunächst so lange verfolgt wurde, bis die Kontrolle „günstig“ im Sinne von plausibel erschien. Das Abwarten eines plausiblen oder anderweitig günstigen Moments verdeutlicht, dass das Vorgehen nicht vom Zweck der Gefahrenabwehr getragen, sondern stattdessen von taktischen Erwägungen geprägt ist, das auf den Gesamtermittlungserfolg bei der Strafverfolgung gerichtet ist.

Der strafprozessuale Gesamtkontext und die konkreten Initiatoren der Legierten Kontrolle (LKA-Beamte) sprechen also für das Vorliegen eines Strafverfolgungsinteresses. Somit liegt die Vermutung nahe, dass Grund für das Umschwenken auf Gefahrenabwehrrecht dessen weniger strenge Voraussetzungen sind. Bei der Bewertung der Doppelfunktionalität kommt es aber nicht darauf an, welche Rechtsgrundlage den Beamten gelegener ist, sondern was nach der Gesamtschau eigentlich bezweckt wird. Bei genauem Hinsehen ergibt sich das folgende Bild: Die Polizei beabsichtigt, sich auf die gefahrenabwehrrechtliche Norm zu stützen. Sie beabsichtigt das aber nur deshalb, weil sie dank der niedrigeren Voraussetzungen der polizeirechtlichen Norm den *Strafverfolgungszweck* (besser) erreichen kann. Dies zeigt erst recht auf, dass der eigentliche Zweck der Maßnahme die Repression ist.

(δ) Kein Wahlrecht zur Umgehung von Beschuldigtenrechten

Ein Wahlrecht kann höchstens dann vorliegen, wenn beide Zwecke im konkreten Einzelfall tatsächlich gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Das ist bei Le-

gendierten Kontrollen – wie soeben dargelegt – nicht so. Die Gefahrenabwehr spielt bei der Legendierten Kontrolle höchstens eine deutlich untergeordnete Rolle. Auch ein etwaiges Wahlrecht vermag die Rechtsnatur in solch eindeutigen Fällen nicht zu ändern. Die Legendierte Durchsuchung ist daher im Regelfall als repressiv einzustufen.

Unabhängig davon ist aber darauf hinzuweisen, dass auch diejenigen Stimmen, die ein grundsätzliches Wahlrecht der Polizei und ein gleichberechtigtes Nebeneinander der Rechtsgebiete propagieren, soweit ersichtlich nicht vertreten, dieses solle (einzig) dazu dienen, die strengeren Voraussetzungen des anderen Rechtsgebiet zu unterlaufen.¹⁷⁸ Selbst wenn man nicht die oben vorgeschlagene Vermutung der fortgesetzten Rechtsnatur¹⁷⁹ anwenden möchte, kann und sollten dennoch Fälle ausgeschlossen werden, in denen ein Umschwenken oder Rückgriff einzig aus dem Grund stattfindet, strengere Voraussetzungen zu umgehen. Im klassischen Fall Legendierter Kontrollen ist kein plausibler anderer Grund für das Umschwenken ersichtlich.¹⁸⁰ Somit sollte jedenfalls hier, im Evidenzfall, das Wahlrecht der Polizei als rechtsmissbräuchlich abgelehnt werden.¹⁸¹

(ε) Fazit

Tatsächlich liegt also schon keine doppel funktionale Maßnahme im Sinne eines *gleichberechtigten* Nebeneinanders beider Zwecke vor. Es kann nicht ausreichen, dass die Gefahrenabwehr ein nicht unerwünschter Nebeneffekt ist – dies wird für beinahe jedes Handeln der Polizei zutreffen, mit der Konsequenz, dass nahezu immer doppel funktional agiert würde. Oben wurde bereits aufgezeigt, welche Probleme sich im Umgang mit doppel funktionalen Maßnahmen stellen, sodass ein so weites Verständnis von Doppelfunktionalität zu noch größerer Rechtsunsicherheit führen würde.

Selbst wenn man ungeachtet dessen einen völlig untergeordneten weiteren Zweck für die Annahme von Doppelfunktionalität ausreichen lassen will, wird man spätestens im zweiten Schritt feststellen müssen, dass der untergeordnete Zweck mitnichten den Schwerpunkt der Maßnahme bilden kann. Vielmehr dominiert klar der repressive Zweck. Daraus ergibt sich, dass die Legendierte Durchsuchung strafprozessualer Natur ist und somit nicht auf Gefahrenabwehrrecht gestützt werden kann. Der Anwendungsbereich der landesrechtlichen präventiven Rechtsgrundlagen ist dementsgegen bereits nicht eröffnet.

¹⁷⁸ S. auch die Ausführungen in BGHSt 62, 123, 138.

¹⁷⁹ 4. Kap. B.I. 5.b) aa) (2)(b) (aa) (α).

¹⁸⁰ Laut *Mitsch* liegt der Umgehungscharakter klar auf der Hand, *ders.*, NJW 2017, 3124, 3126; ebenso *Müller/Römer*, NSiZ 2012, 543, 546 f.; *Jäger*, JA 2018, 551, 552.

¹⁸¹ Vgl. *Mitsch*, NJW 2017, 3124, 3126: jede Umgehung sei rechtsmissbräuchlich.

(bb) Keine (zutreffende) Belehrung über Durchsuchungsgrund

Der Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, dass darüber hinaus der betroffenen Person auf Verlangen in den meisten Ländern eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund schriftlich zu erteilen ist; die Beamten müssen auf diesen Umstand gem. § 25 Abs. 1 S. 2 VwVfG hinweisen.¹⁸² Das umfasst Angaben über Ort, Zeit, Ergebnis und über den Grund inklusive Angabe der konkreten Befugnisnorm.¹⁸³ Dass die Hintergründe der Legendenierten Durchsuchung geheim bleiben sollen, legt nahe, dass die Polizei eine solche Bescheinigung hinsichtlich der konkreten Befugnisnorm nicht wahrheitsgemäß abgeben wird. Sofern die Beamten sich auf § 36 Abs. 5 StVO oder eine polizeirechtliche Durchsuchung berufen, ist das, wie soeben dargelegt, unzutreffend.

Sofern es sich bei der Belehrung um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, würde ihre Nichteinhaltung keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ausüben. Die überwiegende Auffassung ist aber, dass die Belehrung sehr wohl zwingend und ein diesbezüglicher Fehler beachtlich ist.¹⁸⁴

(3) Zollamtliche Überwachung gem. § 10 Abs. 3 ZollVG

§ 10 Abs. 3 S. 1 ZollVG ermächtigt Zollbeamte dazu, Personen bei Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass sie vorschriftswidrig Waren mitführen, die der zollamtlichen Überwachung nach dem gemeinschaftlichen Zollrecht oder diesem Gesetz unterliegen, anzuhalten und an einem hierfür geeigneten Ort körperlich zu durchsuchen.

Anders als bei der allgemeinen Verkehrskontrolle ist eine eingehendere Untersuchung des Fahrzeugs, wie etwa die Untersuchung der Innenverkleidung, als Rechtsfolge gestattet.¹⁸⁵ Auch eine Personendurchsuchung darf gem. der Norm erfolgen, sogar eine körperliche Untersuchung.¹⁸⁶

Jedoch gilt es auch hier zu fragen, ob die gefahrenabwehrrechtliche Norm trotz des bestehenden strafrechtlichen Zwecks einschlägig ist.

Das LG Münster hat sich 2014 in einem Beschluss mit einem Fall auseinander gesetzt, bei dem es von einer doppelunktionalen Maßnahme ausging.¹⁸⁷ Im Rah-

¹⁸² S. exemplarisch § 37 Abs. 3 S. 3 HSOG; Art. 22 Abs. 4 BayPAG; § 35 Abs. 3 S. 3 ASOG Bln; ebenso § 44 Abs. 4 S. 3 BPolG.

¹⁸³ *Leggereit*, in: BeckOK PolR Hessen, HSOG § 37 Rn. 18; *Güneward*, in: BeckOK PolR Bayern, BayPAG Art. 22 Rn. 29.

¹⁸⁴ *Leggereit*, in: BeckOK PolR Hessen, HSOG § 37 Rn. 18.1; sowie *Kingreen/Poscher*, die allerdings darauf hinweisen, dass eine Heilung gem. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht kommt, *dies.*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 4. Teil § 18 Rn. 15.

¹⁸⁵ *Nowrousian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 109.

¹⁸⁶ *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, ZollVG § 10 Rn. 8.

¹⁸⁷ LG Münster, NStZ 2016, 126.

men von strafrechtlichen Ermittlungen des Zollfahndungsamtes wurden die Zollbeamten auf die Beschuldigte aufmerksam, die bei verschiedenen Unternehmen Mietwagen genutzt und damit an je einem Tag außergewöhnlich weite Strecken gefahren war. „Zwecks Erforschung des weiteren Sachverhaltes“ wurde sie daraufhin beobachtet, da nach „kriminalistischer Erfahrung“ aufgrund dieser Anmietungen möglich erschien, dass die Beschuldigte als Kurierfahrerin für Betäubungsmittel fungierte. Nachdem die Beschuldigte mit einer großen schwarzen Tasche beobachtet worden war, führten hinzugezogene Zollbeamte eine Zollkontrolle durch und fanden tatsächlich neben anderen Beweismitteln mehrere Kilo Marihuana auf. Die Beschuldigte griff später die Maßnahme unter Verweis auf den fehlenden richterlichen Beschluss gerichtlich an.

Das Gericht ging jedoch von einer doppelunktionalen Maßnahme aus, da die Durchsuchung jedenfalls auch habe verhindern sollen, dass gefährliche Substanzen in das Bundesgebiet eingeführt und in Umlauf gebracht würden:

„[...] In dem Rückgriff auf § 10 ZollVG kann [...] nicht ohne weiteres eine unzulässige Umgehung verfahrenssichernder Normen der StPO, hier des § 105 StPO, gesehen werden.“¹⁸⁸

Anzumerken ist, dass sich das Gericht einer relativierenden Formulierung bedient und zudem hilfsweise ausführt, es habe jedenfalls Gefahr im Verzug nach § 105 StPO vorgelegen, sodass die Maßnahme auch nach Strafprozessrecht gerechtfertigt gewesen wäre.

Im Vergleich zu den höchstgerichtlich entschiedenen Fällen sind hier weniger Details des Sachverhalts bekannt; dennoch vermögen auch die Ausführungen des LG Münster nicht zu überzeugen, wieso angesichts der repressiven Einbettung ein „Rückgriff“ – bereits diese Formulierung deutet an, dass eigentlich die Anwendung der strafprozessualen Norm nahegelegen hätte – zulässig sein soll.

Teils wird die Norm im Kontext der Legendierten Kontrollen deswegen als geeignete Rechtsgrundlage gewertet, weil sie auch anlasslose Kontrollen erlaubt.¹⁸⁹ Jedoch trifft dies auf Legendierte Kontrollen gerade *nicht* zu – sie erfolgen anlässlich der *strafrechtlichen* Ermittlungen.¹⁹⁰ Auch aus dem Umstand, dass der Wortlaut des § 152 Abs. 2 StPO und des § 10 ZollVG übereinstimmen („zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“), kann nicht gefolgert werden, die Rechtsgrundlagen seien beliebig austauschbar.¹⁹¹ Die Formulierung im Kontext des Zollrechts verdeutlicht lediglich die höhere Eingriffsschwelle der zollamtlichen Durchsuchung im Vergleich zur zollamtlichen Kontrolle. Auch wenn die Zoll-

¹⁸⁸ LG Münster, NStZ 2016, 126, 127 m. äußerst krit. Anm. Gubitz unter Verweis auf das nicht veröffentlichte Urteil des AG Kiel, Urt. v. 13.08.2013 – 36 Ls 2/12.

¹⁸⁹ So Nowroussian, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 106 f.

¹⁹⁰ Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, 41.

¹⁹¹ So aber Nowroussian, Kriminalistik 2013, 105, 106.

behörde im Einzelfall einen Straftatverdacht für gegeben sieht, könnte sie auf Grundlage des § 10 ZollVG nur eigenverantwortlich zur Gefahrenabwehr tätig werden – was aber angesichts der Instrumentalisierung durch die Ermittlungsbehörden gerade zu bezweifeln ist.¹⁹²

Die Beurteilung der Anwendbarkeit der Zollkontrolle unterscheidet sich somit nicht von der polizeirechtlichen Durchsuchung. Sie ist im Fall Legendierter Kontrollen somit ebenfalls regelmäßig als Ermächtigungsgrundlage abzulehnen.¹⁹³

bb) Strafprozessuale Durchsuchung

(1) Durchsuchung gem. § 163b Abs. 1 S. 3 StPO

Eine repressive Durchsuchung gem. § 163b Abs. 1 S. 3 StPO scheidet als Rechtsgrundlage aus, weil eine Durchsuchung erstens nach § 163b Abs. 1 S. 3 StPO gem. Abs. 2 S. 2 Hs. 2 nicht gegen den Willen der betroffenen Person durchgeführt werden darf – es reicht aus, wenn sie durch schlüssiges Verhalten ausdrückt, mit der Durchsuchung nicht einverstanden zu sein.¹⁹⁴ Um auf den hier gegenständlichen Grundfall zurückzukommen: Jedenfalls sofern der angehaltene Fahrer tatsächlich verbotene Gegenstände transportiert, wird er die Durchsuchung ablehnen.¹⁹⁵ Zweitens dient die Legendierte Durchsuchung nicht der Identitätsfeststellung, sondern dem Auffinden verbotener Gegenstände.

(2) Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO

Für den Zweck, Beweismittel aufzufinden, kommen richtigerweise allein die bereits erwähnten §§ 102, 105 StPO in Betracht.¹⁹⁶ Sie gestatten die Durchsuchung einer Person und der „ihr gehörenden Sachen“. Dies ist weit auszulegen

¹⁹² Zu all dem *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 41 f.

¹⁹³ I. E. ebenso *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 5, der auf den räumlich begrenzten Anwendungsbereich der Norm verweist.

¹⁹⁴ Insoweit seien nicht zu hohe Anforderungen zu stellen, *Ambos/Pfleger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StPO, § 163b Rn. 7, s. ferner *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163b Rn. 19; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163b Rn. 31; *von Häfen*, in: BeckOK StPO, § 163b Rn. 17. Teils wird auch ein positives Einverständnis nach einer entsprechenden Belehrung gefordert, s. *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163b Rn. 43.

¹⁹⁵ Ebenso denkbar ist, dass der Fahrer sich irrtümlich für verpflichtet hält, die Durchsuchung zu dulden. Sofern dieser Irrtum für die Polizei erkennbar wäre, müsste sie ihn aufklären, vgl. *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163b Rn. 31.

¹⁹⁶ Vgl. *Köbel*, in: MüKo StPO, § 163b Rn. 18; *Hegmann*, in: BeckOK StPO, Vor § 102; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StPO, § 102 Rn. 3: „Ermittlungsdurchsuchung“. Da die Durchsuchung als spezielle Ermittlungsmaßnahme normiert ist, scheidet ein Rückgriff auf die Generalklausel § 163 Abs. 1 S. 2 StPO schon ausweislich ihres Wortlauts aus, s. auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 216.

und meint alle Gegenstände, die die Person mit sich führt. Umfasst sind also der Besitz und (Mit)Gewahrsam der Person; bestehendes Eigentum im zivilrechtlichen Sinne ist dagegen nicht zwingend.¹⁹⁷ Der Fahrer eines Autos führt dieses stets mit sich im Sinne von § 102 StPO, sodass die Polizisten das Auto des Fahrers auch dann durchsuchen können, wenn es sich um einen Mietwagen handelt. Es wurde bereits festgestellt, dass die Legendierte Durchsuchung der Strafverfolgung dient, sodass §§ 102, 105 StPO die anwendbaren Normen sind.¹⁹⁸ Die Normen rechtfertigen auch ggf. notwendigen unmittelbaren Zwang wie die Festnahme bei Störungen oder ein gewaltsames Öffnen von Gegenständen.¹⁹⁹

(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen

In materieller Hinsicht setzt § 102 StPO voraus, dass ein Tatverdacht in Form eines Anfangsverdachts gegen die adressierte Person besteht.²⁰⁰ Vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen hingegen nicht aus.²⁰¹ Zudem muss die Straftat mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bereits begangen oder versucht und nicht nur vorbereitet worden sein.²⁰² Ausweislich des Wortlauts des § 102 StPO ist die Durchsuchung nur zulässig, wenn zu vermuten ist, dass sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen wie die grundsätzlich zwingende richterliche Anordnung sind in § 105 StPO geregelt. Schließlich ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie bei jedem staatlichen Handeln zu beachten.²⁰³

Legendierte Kontrollen werden typischerweise (nur dann) durchgeführt, wenn die Polizei im Rahmen vorangegangener Ermittlungen Kenntnis von möglichen Straftaten erlangt hat, denn nur dann gibt es einen Grund für weiteres personell und finanziell aufwändiges Tätigwerden. In aller Regel erfolgt eine Legendierte Durchsuchung daher nicht „ins Blaue hinein“,²⁰⁴ sondern aufgrund eines (min-

¹⁹⁷ Vgl. BGH, wistra 2007, 28 m.w.N.; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 102 Rn. 10; Hegmann, in: BeckOK StPO, § 102 Rn. 12.

¹⁹⁸ So auch Kempf, in: FS Fischer, S. 673, 675; Herzog, in: FS Schlothauer, S. 38; Müller/Römer, NStZ 2012, 543, 545; Lenk, StV 2017, 692, 695 ff.

¹⁹⁹ Hauschild, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 31.

²⁰⁰ BGH, NJW 2000, 84, 85 m.w.N.: „auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützte[r] konkrete[r] Verdacht“. Ein hinreichender oder sogar dringender Tatverdacht wird in st. Rspr. nicht vorausgesetzt, vgl. nur BGH, NStZ-RR 2009, 142, 143; NStZ 2016, 370.

²⁰¹ BVerfG, NJW 2006, 2974, 2975.

²⁰² Hegmann, in: BeckOK StPO, § 102 Rn. 1 m.w.N.

²⁰³ BVerfGE 16, 194, 201 f.; 17, 108, 117 f.; 19, 342, 348 ff.

²⁰⁴ Von einem scheinbar solchen Fall berichtet aber Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37. Jedoch wurde offengelegt, dass nach Drogen gesucht werden sollte, sodass sich bereits fragen lässt, ob es sich um eine Legendierte Kontrolle im eigentlichen Sinne handelte.

destens) bestehenden Anfangsverdachts (zumal bereits der Besitz von Betäubungsmitteln strafbar ist). Sollte im Einzelfall eine bloße Ausforschung oder die Suche nach Verdachtsgründen bezweckt sein, wäre das kein ausreichender Durchsuchungsgrund.²⁰⁵ Natürlich griffe es zu kurz, von einem bestimmten polizeilichen Vorgehen darauf zu schließen, dass auch die dafür geltenden Voraussetzungen vorlagen. Es spricht aber viel dafür, dass im Kontext Organisierter Kriminalität schon aus ermittlungstaktischen Gründen von einer vorschnellen „Ausforschungsdurchsuchung“ abgesehen wird. Die Strukturen sind hier aus den genannten Gründen außerordentlich schwer zu infiltrieren und die Ermittlungen gestalten sich langwierig, sodass die Polizei besonders vorsichtig agieren muss. Auch wenn die Legendierte Kontrolle gerade vermeiden soll, dass die betroffene Person laufender strafrechtlicher Ermittlungen gewahr wird, besteht ein gewisses Restrisiko, dass sie das Manöver durchschaut.²⁰⁶ Die Polizei wird daher in der Regel nicht voreilig die „Pferde scheu machen“, wenn nicht nach kriminalistischer Erfahrung ausreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Zielperson tatsächlich in Straftaten involviert ist und Beweise dafür aufgefunden werden können. Im Ausgangspunkt liegen die Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung demnach in der Regel vor.²⁰⁷

(b) Problemfelder

(aa) Nichtbeachtung des Richtervorbehalts

Der im Hinblick auf Legendierte Kontrollen entscheidende Unterschied zum Polizeirecht besteht darin, dass § 105 Abs. 1 S. 1 StPO die strafprozessuale Durchsuchung unter einen Richtervorbehalt stellt. Einen richterlichen Beschluss holt die Polizei bei Legendierten Kontrollen niemals ein, denn gem. §§ 34, 35 Abs. 1 StPO müsste dieser der beschuldigten Person mitsamt seiner Begründung bekannt gemacht werden. Eine Offenlegung der Ermittlungshintergründe soll aber gerade vermieden werden.

Ein richterlicher Beschluss ist nur dann (vorübergehend) entbehrlich, wenn Gefahr im Verzug vorliegt; die Anordnungskompetenz geht dann auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen über.²⁰⁸ Die Ausnahmeregelung soll der effektiven Strafverfolgung zur Geltung verhelfen.²⁰⁹

²⁰⁵ S. nur das Aufsehen erregende Urteil des BVerfG zur sog. „Spiegel-Affäre“, BVerfGE 20, 162, 191 f.

²⁰⁶ Dazu noch eingehend unter 6. Kap. A. I. 2. b).

²⁰⁷ Ebenso *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 449.

²⁰⁸ Dazu eingehend (im Kontext der Wohnungsdurchsuchung, aber auf Personen- und Sachdurchsuchung übertragbar) BVerfG, NJW 2005, 1637, 1638 m.w.N.

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 103, 142, 154; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 83.

Gefahr im Verzug liegt nur dann vor, wenn der Durchsuchungszweck aufgrund der Verzögerung gerade durch die Anrufung eines Richters gefährdet würde.²¹⁰ Dies wird anhand einer Prognose beurteilt.²¹¹ Der Verlust von Beweismitteln muss im Einzelfall ernsthaft zu besorgen sein, bloße allgemeine Vermutungen oder abstrakte, fallunabhängige Verweise reichen nicht aus.²¹²

Da gerade von der neutralen Prüfung einer unbeteiligten Person Betroffenen-schutz ausgehen soll, ist diese Maßgabe eng zu verstehen.²¹³ Die richterliche Anordnung soll demnach stets die Regel, eine Abweichung hiervon die Ausnahme bleiben.²¹⁴ Je konkreter die Vermutung und die Erwartung unwiederbringlichen Beweismittelverlusts und je schwerwiegender die gegenständliche Tat ist, desto eher besteht Gefahr im Verzug.²¹⁵ Unzulässig ist es aber, den Antrag auf richterliche Entscheidung so lange zu verzögern, bis Gefahr im Verzug entsteht.²¹⁶

Aus den Abläufen der gerichtlich entschiedenen Fälle wird ersichtlich, dass sich die Legendierte Durchsuchungssituation nicht plötzlich ergibt, sondern ihr stets laufende Ermittlungen vorangehen. Der 3. Strafsenat des BGH hat in einem solchen Fall entschieden, dass eine richterliche Entscheidung bereits einzuholen war, als sich eine bevorstehende Beschaffungsfahrt konkret abzeichnete.²¹⁷

Selbst wenn die Polizei im Einzelfall nur kurzfristig Kenntnis von einem Transport erhält, wird normalerweise genug Zeit verbleiben, telefonisch den Ermittlungsrichter bzw. die Ermittlungsrichterin zu erreichen.²¹⁸ Das gilt umso

²¹⁰ Grundlegend BVerfGE 51, 97, 111; s. auch BVerfGE 103, 142, 154; BGHSt 51, 285, 288 f.; *Bruns*, in: KK-StPO, § 105 Rn. 1; vgl. BVerfGE 139, 245, 269 f.; 51, 97, 111 m.w.N.; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 36, 83; *Brocke/Herb*, NSTZ 2009, 671, 672; *Spaniol*, in: FS Eser, S. 473, 479; *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 73; *Beichel/Kieninger*, NSTZ 2003, 10, 11.

²¹¹ Vgl. *Nelles*, Kompetenzen, S. 136; *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 73 f. Zu berücksichtigen ist auch die benötigte Zeit für die Aktenvorlage und die Verschriftlichung des Beschlusses, *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 36; *Kuhn*, StraFo 2004, 94, 95.

²¹² BVerfGE 103, 142, 155; 139, 245, 270; BGHSt 61, 266, 273; BayObLG, JR 2003, 300, 301; OLG Hamm, NSTZ 2007, 355, 356; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2600; OLG Düsseldorf, NSTZ 2017, 177, 178; *Brüning*, Richtervorbehalt, S. 179 f.; *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063, 1066; *Rabe von Kühlewein*, GA 2002, 637, 654 m.w.N.; *Gusy*, JZ 2001, 1033, 1035; s. auch *Wohlers/Jäger*, in: SK-StPO, § 105 Rn. 34.

²¹³ Vgl. BVerfGE 103, 142, 153; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 8.

²¹⁴ BVerfGE 103, 142, 153; 139, 245, 269; *Gusy*, NSTZ 2010, 353, 356 m.w.N.

²¹⁵ Vgl. BVerfGE 103, 142, 154 ff.; *Bittmann*, Anm. zu BVerfG, NJW 2015, 2787, 2798.

²¹⁶ BVerfGE 103, 142, 155; BVerfG, NJW 2003, 2303, 2304; NJW 2005, 1637, 1638; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 10.

²¹⁷ BGH, NSTZ 2012, 104, 105.

²¹⁸ *Albrecht* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in BGHSt 62, 123 für das Anbringen eines Peilsenders bereits mehrere Tage im Voraus ein richterlicher Beschluss eingeholt werden musste (und wurde). Dass in der Durchsuchungssituation

mehr, als dass umfangreiche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu der Notwendigkeit von Notdiensten auch zu Nachtzeiten oder feiertags besteht.²¹⁹ Justizielle Organisationsmängel dürfen nicht zu Lasten von Beschuldigtenrechten gehen.²²⁰

Der Umstand, dass die Zielperson typischerweise zunächst bloß verfolgt wird, um sie erst bei einer günstigen Gelegenheit (Fahrfehler, Rast) anzuhalten, beweist, dass auch aus Sicht der Ermittlungspersonen ein Zuwarten unproblematisch in Kauf genommen wird. In solchen Situationen kann keine Gefahr im Verzug gegeben sein.²²¹

Ausnahmen, in denen doch Gefahr in Verzug zu bejahren wäre, sind im Einzelfall zwar möglich, bleiben aber eher theoretischer Natur – etwa, wenn die Polizeibeamten äußerst kurzfristig von dem Transport erfahren und den Fahrer aufgrund seiner rasanten Fahrweise zu verlieren drohen, sollten sie ihn nicht augenblicklich anhalten. Dabei wird es sich aufgrund der eben aufgezeigten Maßstäbe nur um (in der Praxis unwahrscheinliche) Extremfälle handeln können – dass sich keine Gelegenheit zur telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Gericht ergibt, scheint heutzutage unwahrscheinlich. In einem solchen Fall lässt sich aus der Rechtsweggarantie, Art. 19 Abs. 4 GG, ableiten, dass die Polizeibeamten zunächst noch versuchen müssten, die Staatsanwaltschaft zu erreichen, die Annahme von Gefahr in Verzug eingehend dokumentieren müssten und diese einer vollen gerichtlichen Überprüfung unterläge.²²²

Die mangelnde richterliche Legitimation ist somit einer der schwerwiegendsten Mängel, an dem die Legendierte Kontrolle krankt. Der Vollständigkeit halber sollen jedoch auch alle weiteren Problemfelder aufgezeigt werden, die eine Rechtfertigung der Legendierten Durchsuchung durch §§ 102, 105 StPO verhindern.

(bb) Mangelnde Offenheit der Durchsuchung bzw. Unanwendbarkeit der §§ 102, 105 StPO

Dass die Durchsuchung als offene Maßnahme konzipiert ist, soll sich aus den Verfahrensregeln, also der Systematik der StPO, ableiten lassen:²²³ So hat die

plötzlich Gefahr im Verzug vorliegen soll, ist hier noch fernliegender, vgl. *dies.*, HRRS 2017, 446, 451.

²¹⁹ BVerfGE 103, 142, 156; BVerfG, NJW 2004, 1442; NJW 2005, 1637, 1638; NJW 2007, 1444; NJW 2009, 3109; s. auch BGHSt 51, 285; BGH, NStZ-RR 2007, 242, 243; vgl. § 22c GVG; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 12 m.w.N.

²²⁰ Vgl. *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 12; *Wohlert/Jäger*, in: SK-StPO, § 105 Rn. 36; dazu auch *Einmahl*, NJW 2001, 1393.

²²¹ Ebenso *Jäger*, JA 2018, 551 f.; vgl. auch *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 544.

²²² *Jahn*, NStZ 2007, 255, 260; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 14.

²²³ S. nur *Gercke*, in: HK-StPO, § 102 Rn. 5; *Zöller*, GA 2000, 563, 573; dies ergebe sich aus einer Gesamtbetrachtung der §§ 102 bis 110 StPO.

betroffene Person zum einen ein Anwesenheitsrecht gem. § 106 Abs. 1 S. 1 StPO,²²⁴ das sie naturgemäß nur dann wahrnehmen kann, wenn sie von der Durchsuchung weiß. Zum anderen sieht § 105 Abs. 2 StPO vor, bei Wohnungsdurchsuchungen ggf. bestimmte „neutrale“ Personen zuzuziehen. Auch das setzt eine Offenlegung voraus, wenngleich dieses Argument nur für die Wohnungsdurchsuchung greift. Schließlich ist der betroffenen Person gem. § 107 StPO eine Durchsuchungsbescheinigung und ein Beschlagnahmeverzeichnis auszustellen. All das verträgt sich nicht mit einem verdeckten Vorgehen.²²⁵ Dem wird vereinzelt entgegengehalten, dass die Offenheit gerade kein konstitutives Merkmal des (strafrechtlichen) Durchsuchungsbegriffs sei.²²⁶ Die bloßen Ordnungsvorschriften der §§ 105 ff. StPO könnten keinen Einfluss auf seine Auslegung nehmen und seien überdies auch teils nicht anwendbar, wenn der Durchsuchungszweck gefährdet würde (§ 33 Abs. 4 StPO).²²⁷

Die höchstrichterliche Rechtsprechung erteilte dieser Ansicht jedoch im Rahmen der Debatte um heimliche Online-Durchsuchungen eine klare Absage und entschied für die zwingende Offenheit von Durchsuchungen. Nach Auffassung des BGH legt ein Vergleich mit den verdeckten Zwangsmaßnahmen nach §§ 100a ff. StPO, die im Gegensatz zu §§ 102, 105 StPO allesamt besonders hohe Eingriffsschranken beinhalten, nahe, dass die Durchsuchung mangels ähnlicher Sicherungsmechanismen nicht auf ebenso intensive Art – nämlich heimlich – durchgeführt werden darf.²²⁸

Sofern von der Gegenauffassung angeführt wird, die heimliche Durchsuchung stelle gar das mildere Mittel dar,²²⁹ widerspricht das dem vom BVerfG ausge-

²²⁴ BGHSt 51, 211, 213; *Wohlers/Jäger*, in: SK-StPO, § 106 Rn. 2; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 106 Rn. 2.

²²⁵ Vgl. *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 38 m.w.N.; zurückhaltender *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572: „zumindest was das Durchsuchungsobjekt Wohnung betrifft, de jure als offene Maßnahme konzipiert“; vgl. auch *Heuchemer*, NZWiSt 2012, 137, 137f., der die Normen zwar nur als Indiz gegen heimliche *Hausdurchsuchungen* begreift, die Durchsuchung insgesamt aber dennoch für eine offene Maßnahme hält; ebenfalls für eine offene Maßnahme *Jäger*, JA 2018, 551.

²²⁶ *Hofmann*, NStZ 2005, 121, 123.

²²⁷ *Hofmann*, NStZ 2005, 121, 123; ebenfalls gegen eine zwingend offene Durchsuchung *Weiler*, in: GS Meurer, S. 395, 398: bloße „Sollvorgabe“; *Graf*, DRiZ 1999, 281, 285; *Lührs*, wistra 1995, 19, 20.

²²⁸ BGHSt 51, 211, 215: „Nach alledem ist es den Ermittlungsbehörden – unabhängig davon, wonach gesucht wird – verboten, eine richterliche Durchsuchungsanordnung bewusst heimlich durchzuführen, um auf diese Weise dem Tatverdächtigen keine Hinweise auf die gegen ihn geführten Ermittlungen zu geben und den Erfolg weiterer Ermittlungen nicht zu gefährden. Dementsprechend versteht es sich, dass ein Richter keine Durchsuchung anordnen darf, die [...] von vornherein darauf abzielt, bei ihrem Vollzug die gesetzlichen Schutzvorschriften des § 105 Abs. 2 und des § 106 Abs. 1 StPO außer Kraft zu setzen.“

²²⁹ So etwa *Hofmann*, NStZ 2005, 121, 124, der argumentiert, dass im Rahmen der Online-Durchsuchung der betroffenen Person so immerhin nicht der Zugriff auf die Ge-

machten Telos der Offenheit, nämlich den besseren Rechtsschutz- und Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Person:

„Eine offene Maßnahme bietet dem Betroffenen über die bei laufenden Überwachungen mögliche Anpassung seines Kommunikationsverhaltens hinaus grundsätzlich die Möglichkeit, – gegebenenfalls unter Hinzuziehung anwaltlichen Beistands – bereits der Durchführung der Maßnahme entgegenzutreten, wenn es an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt, oder aber zumindest die Einhaltung der im Durchsuchungsbeschluss gezogenen Grenzen einschließlich der für die Beschlagnahme vorgegebenen Richtlinien selbst zu überwachen und Ausuferungen des Vollzugs der richterlichen Anordnungen entgegenzutreten. (...) Wegen der Offenheit der Durchsuchungsmaßnahme entfällt zudem das Risiko für den Betroffenen, auf Grund der eigenen Unkenntnis von dem staatlichen Eingriff vorübergehend an der Wahrnehmung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten faktisch gehindert zu sein.“²³⁰

Rechtsschutz und Verteidigung sind für die betroffene Person aber nicht nur bei Wohnungs-, sondern bei allen Durchsuchungen relevant. Es ist daher mittlerweile weitgehend anerkannt, dass auch Personen- und Sachdurchsuchungen offen stattfinden müssen.²³¹ Aber was genau setzt die „Offenheit“ voraus? Nach Ansicht des BGH ist das Bild der StPO von einer rechtmäßigen Durchsuchung durch die körperliche Anwesenheit der Ermittlungsbeamten am Ort der Durchsuchung und die Offenlegung der Ermittlungen geprägt.²³² Eine Tarnung jedweder Art ist unzulässig.²³³

Übertragen auf die Legendierte Kontrolle stellt sich die Situation wie folgt dar: Das Fahrzeug wird nicht etwa heimlich in Abwesenheit des Fahrers durchsucht. Vielmehr treten die Beamten in ihrer offiziellen Funktion auf und weisen den Fahrer auf die Durchführung von Maßnahmen hin. Die Durchsuchung findet somit nicht verdeckt bzw. heimlich im klassischen Sinne statt, denn der Fahrer weiß um sie. Fraglich ist aber, ob er auch über ihre Hintergründe und Rechtsnatur im Bilde sein müsste.

genstände für einige Zeit verwehrt wird; anders aber BVerfGE 120, 274; *Hornung*, DuD 2007, 575, 580.

²³⁰ BVerfGE 115, 166, 194 f.

²³¹ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 102 Rn. 1 m.w.N.; *Bruns*, in: KK-StPO, § 102 Rn. 1; *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 544; vgl. auch *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 536: Die Möglichkeit „verdeckter“ Durchsuchungen sei so in der StPO nicht vorgesehen; zurückhaltender *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572: Zumindest, was Wohnungen angehe, sei die Durchsuchung als offene Maßnahme konzipiert; a.A. *Hofmann*, NSTZ 2005, 121, 123. Im Hinblick auf heimliche Online-Durchsuchungen löste der Gesetzgeber den Konflikt, indem er eine eigene Befugnisnorm, § 100b StPO, einführte, vgl. BT-Drs. 18/12785, S. 54.

²³² BGHSt 51, 211 m.w.N.; ähnlich BVerfGE 115, 166, 194 f.; zustimmend *Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 102 Rn. 1; *Bär*, CR 1995, 489, 494; *Zöller*, GA 2000, 563, 572 f.; a.A. *Graf*, DRiZ 1999, 281, 285; *Hofmann*, NSTZ 2005, 121, 123.

²³³ Ebenfalls für eine offene Ermittlungsmaßnahme *Bruns*, in: KK-StPO, § 102 Rn. 1.

Normalerweise dient die richterliche Begründung als Ausgleich dafür, dass die betroffene Person zuvor nicht angehört wird. Vorliegend holen die Beamten den richterlichen Beschluss erst gar nicht ein, können also auch nicht dessen Begründung offenlegen. Stattdessen könnten sie die Maßnahme jedoch selbst wahrheitsgemäß und vollumfänglich begründen.

Stimmen des Schrifttums bemängeln, dass der Fahrer gerade nicht über die Hintergründe der Durchsuchung aufgeklärt und daher dennoch, trotz des offenen Auftretens der Beamten, in seinen Rechtsschutz- und Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist. Denn der Fahrer kann mangels Informationen nicht einschätzen (lassen), ob die Voraussetzungen der Durchsuchung gegeben sind – dazu sollte er aber nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung schon während des Vollzugs in der Lage sein.²³⁴ In der Praxis ist eine (nicht) ausgeübte Kontrolle oftmals auch für den weiteren Verfahrensverlauf von großer Bedeutung,²³⁵ wenngleich auch die Polizeibeamten nicht verpflichtet sind, mit dem Vollzug auf das Eintreffen eines Rechtsbeistands zu warten.²³⁶

Die Offenheit der Durchsuchung leitet sich nach dem Standpunkt dieser Literaturstimmen also nicht nur aus dem offenen Auftreten der Beamten ab, sondern auch aus der Offenlegung erheblicher Informationen.²³⁷ Mangelnde oder falsche Informationen nehmen dagegen einer Durchsuchung ihre Offenheit,²³⁸ jedenfalls bis zu einem gewissen Grad.²³⁹ Diese Ansicht ist angesichts des Zwecks der Offenheit, den Rechtsschutz von Betroffenen zu sichern, überzeugend.

Konkret ist der Fahrer bei der Legendierten Kontrolle durch die nur halb offene Durchsuchung eingeschränkt, indem ihm nicht (genügend) Anlass geboten wird, sein Aussageverhalten anzupassen und Rechtsbeistand anzufordern.²⁴⁰

²³⁴ Von „halb offene[n] Ermittlungen“ sprechen daher *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 575.

²³⁵ *Heuchemer*, NZWiSt 2012, 137, 137 f.

²³⁶ Insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht bei Unternehmensdurchsuchungen ist ein Abwarten auf das Eintreffen des Rechtsbeistands durchaus üblich. Ob in einer Legendierten Kontrolle ebenso verfahren würde, ist dagegen unklar.

²³⁷ Vgl. dazu *Gubitz*, NStZ 2016, 126: „Eine strafprozessuale Durchsuchung wäre (...) eine offene Ermittlungsmaßnahme, die durch den erforderlichen richterlichen Beschluss (...) und dessen Begründung den jeweiligen Beschuldigten wichtige Informationen offenlegt.“

²³⁸ Vgl. *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 708: „Durchsuchungen [müssen] offen erfolgen, nicht heimlich unter dem Deckmantel einer „allgemeinen Kontrolle““ sowie *ders.*, JuS 2018, 129, 130; *Schiemann*, NStZ 2017, 657, 658.

²³⁹ *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 452 nimmt einen herabgesetzten Rechtsschutz an.

²⁴⁰ Dazu, dass das aus Sicht der betroffenen Person unbedingt empfehlenswert ist, s. *Park*, Durchsuchung, S. 97. Das Herbeirufen des Rechtsbeistands dürfte dem Fahrer gem. § 137 StPO nicht untersagt werden, vgl. *ders.*, Durchsuchung, S. 97 Rn. 271; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 31; *Rengier*, NStZ 1981, 372, 375.

Das bei einer Legenden Kontrolle zwingend erforderliche Täuschungsmoment verändert die Natur der Maßnahme so, dass es sich um eine qualitativ andere Maßnahme handelt, als von der StPO vorgesehen.

(cc) Irrtumsbedingte Einwilligung der betroffenen Person

Ein richterlicher Beschluss ist entbehrlich, wenn die betroffene Person in die Durchsuchung ausdrücklich und frei von Zwang einwilligt.²⁴¹ Ein bloßes Geschehen-Lassen ohne Widerspruch soll für die Annahme einer Einwilligung nicht ausreichen;²⁴² die eindeutige, schweigende Zustimmung hingegen schon.²⁴³ Eine wirksame Einwilligung setzt insbesondere die Kenntnis aller hierfür maßgeblicher Umstände voraus.²⁴⁴ Das LG Hamburg führt zu Fällen, in denen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Durchsuchung nicht gegeben sind, aus, dass die Bedingungen für eine freie Entscheidung der einwilligenden Person geschaffen werden müssen:

„Die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Durchsuchung kann in solchen Fällen, in denen eine zwangsweise Durchsetzung der Durchsuchung nicht in Betracht kommt, dementsprechend nur dann angenommen werden, wenn eine ausdrückliche Belehrung über die ‚Freiwilligkeit‘ der Maßnahme erfolgt, wobei der Betroffene darüber zu belehren ist, dass die Durchsuchung nicht ohne weiteres stattfinden werde, sofern ihr nicht zugestimmt werde.“²⁴⁵

Da die betroffene Person in aller Regel kein Interesse daran hat, sich staatlichen Eingriffen auszusetzen (konkret daran, dass ihre Sachen durchsucht werden), ist grundsätzlich von einer Ablehnung auszugehen.²⁴⁶ Auch im Fall der Legenden Durchsuchung ist naheliegend, dass der Fahrer die Durchsuchung ablehnt; insbesondere, wenn sich tatsächlich verbotene Gegenstände an Bord be-

²⁴¹ Eingehend *Amelung*, StV 1985, 257; s. auch *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 2; *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 105 Rn. 2; *Bruns*, in: KK-StPO, § 105 Rn. 1 („Einverständnis“); *Gercke*, in: HK-StPO, § 105 Rn. 7; *Werwigk*, NJW 1983, 2366, 2368. Eine Einwilligung könnte jedoch nur den fehlenden richterlichen Beschluss und keine weiteren Mängel heilen, *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 105 Rn. 2.

²⁴² OLG Köln, BeckRS 2010, 255; *Wohlers/Jäger*, in: SK-StPO, § 105 Rn. 4 ff.

²⁴³ *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 2; *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 105 Rn. 2; andeutungsweise auch BayObLG, BeckRS 2004, 12582.

²⁴⁴ LG Saarbrücken, wistra 2004, 34, 35; dem nachfolgend LG Hamburg, BeckRS 2010, 29104. Eingehend zur Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung im Strafrecht *Rönnau*, Jura 2002, 595.

²⁴⁵ LG Hamburg, BeckRS 2010, 29104 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, BeckRS 2003, 25078: Auffassung „von Verfassung wegen vertretbar“; *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 105 Rn. 2; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1.

²⁴⁶ In der Praxis ist die „eindeutige“ schweigende Zustimmung schwerlich von dem ablehnenden, aber passiven Geschehenlassen abgrenzbar. Sofern doch einmal ein Ausnahmefall vorliegt, tun die Ermittlungspersonen gut daran, zu Beweis Zwecken die Einwilligung ausdrücklich (expressis verbis) einzuholen und zu dokumentieren.

finden, die ihn inkriminieren würden. Daneben sind aber zwei weitere Szenarien denkbar: Erstens, der Fahrer hält sich mangels anderslautender Belehrung fälschlich²⁴⁷ für verpflichtet, der Durchsuchung zuzustimmen. In diesem Fall liegt keine wirksame Einwilligung vor, denn er glaubt nicht, wie von der Rechtsprechung gefordert, an eine tatsächliche Dispositionsfreiheit. Zweitens könnte der Fahrer fälschlich annehmen, dass keine (so) gründliche Durchsuchung des Wagens erfolgen würde. Das ist insbesondere dann naheliegend, wenn er von einer bloßen allgemeinen Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO ausgeht und einerseits glaubt, die verbotenen Gegenstände würden nicht gefunden, und andererseits, durch seine Zustimmung erzeuge er keinen Verdacht. Es ist grundsätzlich diskussionswürdig, ob ein Irrtum über den Umfang der Maßnahme relevant ist.²⁴⁸ Maßgeblich ist aber, dass die Polizisten den Fahrer weder über den gegen ihn bestehenden Anfangsverdacht einer Straftat noch darüber aufklären, dass die Durchsuchung dem Auffinden weiterer belastender Beweismittel dienen soll.²⁴⁹ Die eben festgestellte fehlende Offenheit führt somit auch zur Unwirksamkeit einer etwaigen Einwilligung.²⁵⁰

(dd) Unverhältnismäßigkeit mangels Gelegenheit
zur freiwilligen Herausgabe

Bei Anordnung und Vollzug einer Durchsuchung kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu, da es sich um eine eingriffsintensive Maßnahme handelt.²⁵¹ Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Maßnahme geeignet und erforderlich sowie angemessen ist, um dieses zu erreichen. Laut dem EGMR sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Schwere der Straftat, die Art und Weise bzw. die Umstände, unter denen die Anordnung getroffen worden ist, die Frage, ob weiteres Beweismaterial vorliegt, Inhalt und Umfang der Anordnung, Schutzvorkehrungen, um die Auswirkungen auf ein vernünftiges Maß zu beschränken, sowie das Ausmaß möglicher Auswirkungen für den guten Ruf der betroffenen Person zu

²⁴⁷ Zwar ergeht eine Duldungsverfügung, es besteht aber keine Verpflichtung zur Einwilligung in die Maßnahme. Vielmehr ist eine Einwilligung unwirksam, wenn die Durchsuchung trotz fehlender Voraussetzungen in Aussicht gestellt wird, OLG Hamburg, StV 2008, 12.

²⁴⁸ S. dazu eingehend *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 12 ff.

²⁴⁹ Vgl. LG Saarbrücken, wistra 2004, 34, 35, das beide Aspekte als maßgebliche Umstände für eine wirksame Einwilligung wertet.

²⁵⁰ Ebenso explizit für den Fall Legendierter Kontrollen *Gercke*, in: HK-StPO, § 105 Rn. 6.

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 20, 162, 187; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 VII. Rn. 125; *Bruns*, in: KK-StPO, § 102 Rn. 12; vgl. auch *Jahn*, NSTz 2007, 255, 259. Das gilt vor allem für Wohnungsdurchsuchungen, die zusätzlich in Art. 13 GG eingreifen und von diesem besonders eingeeht werden. Die Argumentation lässt sich aber auch auf Personen- und Sachdurchsuchungen übertragen.

berücksichtigen.²⁵² Das BVerfG führt zur Verhältnismäßigkeitsprüfung von Durchsuchungen Folgendes aus:

„[Die Durchsuchung] muss im Blick auf den bei der Anordnung verfolgten gesetzlichen Zweck erfolversprechend sein. Ferner muss gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich sein; das ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts stehen (...).“²⁵³

Im Fall der Legendierten Kontrolle stehen schwerwiegende Straftaten im Raum. Von den an Bord vermuteten Gegenständen können noch aktuell Gefahren ausgehen; zugleich dienen sie im Verfahren gegen die betroffene Person als Kern-Beweisstück. Sie aufzufinden (und sicherzustellen) ist unumstritten ein legitimes Ziel der Behörden.

Dazu ist die Durchsuchung auch der naheliegende, geeignete Weg. Fraglich ist aber, ob die Durchsuchung zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich ist; oder ob nicht vielmehr mildere, gleich wirksame Mittel bestehen.²⁵⁴ Denkbar wäre etwa, dem Betroffenen unter Androhung der Durchsuchung die Möglichkeit einzuräumen, die gesuchten Gegenstände freiwillig herauszugeben. Denn für die betroffene Person wird der Eingriff oftmals weniger intensiv sein, wenn sie nicht die gesamte Durchsuchung über sich (bzw. ihre Gegenstände) ergehen lassen muss, sondern auf diese Art übermäßiger Körperkontakt und eine umfassende Sichtung persönlicher Gegenstände vermieden werden kann. Eine freiwillige Kooperation erhält ein gewisses Maß an Kontrolle und Selbstbestimmung. Auch die Dauer der Maßnahme dürfte so erheblich verkürzt werden und die Situation erscheint nach außen hin tendenziell weniger kompromittierend.

Daher meinen einige Stimmen, dass zu Beginn einer Durchsuchung (stets) die Möglichkeit der Abwendung eröffnet werden sollte, indem z.B. die betroffene Person zunächst die Gelegenheit erhält, die gesuchten Gegenstände freiwillig herauszugeben.²⁵⁵ Selbst wenn im Einzelfall nicht damit zu rechnen ist, dass der Beschuldigte von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, könnten die Beamten zunächst die mildere Methode anwenden und wenn diese erfolglos bleiben sollte mit der Durchsuchung gegen den Willen des Betroffenen beginnen.

Im Fall einer Durchsuchung von Kanzleiräumen hat das BVerfG hingegen entschieden, es sei verfassungsrechtlich vertretbar, dass dem Betroffenen nicht zunächst die freiwillige Herausgabe angeboten worden war: Da nicht im Vorhinein feststand, welche konkreten Aufzeichnungen vorhanden waren, hätte eine solche

²⁵² EGMR, NJW 2006, 1495, 1497 m.w.N.

²⁵³ BVerfG, NJW 2011, 2275 unter Verweis auf BVerfGE 96, 44, 51.

²⁵⁴ Vgl. BVerfGE 20, 162 ff., 186.

²⁵⁵ *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 102 Rn. 18; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 102 Rn. 15.

Aufforderung die Entscheidung, was als Beweismittel zur Verfügung gestellt würde, in weitem Umfang in das Belieben des Betroffenen gestellt.²⁵⁶

Ähnlich verhält es sich auch im Grundfall der Legendierten Kontrollen. Der Durchsuchungserfolg würde zwar nicht durch das Einräumen der Möglichkeit der freiwilligen Herausgabe gefährdet, da eine zwischenzeitliche Verdunkelung in Anwesenheit der Beamten ausgeschlossen ist und die unwesentliche Verzögerung irrelevant bliebe.²⁵⁷

Dennoch müssten sich die Beamten nicht auf eine primäre freiwillige Herausgabe verweisen lassen, denn sie wäre wie im Fall des BVerfG jedenfalls nicht ausreichend zur Zweckerreichung geeignet: Selbst wenn die Beamten im Vorhinein überdurchschnittlich genau informiert wären, welche Stoffe in welcher Menge mit großer Wahrscheinlichkeit aufzufinden sein würden, könnten sie dennoch auch bei Kooperation des Fahrers nicht abschließend sicher sein, dass das Rauschgift vollständig übergeben wurde. Es erscheint naheliegend, dass bei professionellen Drogentransporten zuweilen die geschmuggelte Ware auf mehrere Verstecke aufgeteilt wird, zumal die aufgefundene Menge u. a. für das Strafmaß entscheidend ist. Angesichts der Schwere der in Rede stehenden Straftaten sowie der Gefährlichkeit der gesuchten Objekte erschiene es geradezu fahrlässig, wenn die Beamten das Wageninnere nicht selbst überprüfen und gründlich durchsuchen. Diese Überlegungen führen dazu, dass die Strafverfolgungsbehörden in jedem Fall eine vollumfängliche Durchsuchung vornehmen würden. Somit ist die Legendierte Durchsuchung jedenfalls nicht deswegen unverhältnismäßig, weil dem Betroffenen keine Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe gegeben wird.²⁵⁸

Auch an der Angemessenheit der Durchsuchung bestehen keine Zweifel, denn die Schwere der Durchsuchung steht nicht außer Verhältnis zum angestrebten

²⁵⁶ BVerfG, BeckRS 2010, 51388 Rn. 26; wohl zust. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn. 15.

²⁵⁷ Praktisch läge ein solches Vorgehen nicht im Interesse der Behörden, die bereits vorhandene Kenntnisse über die konkret gesuchten Gegenstände aus ermittlungstaktischen Gründen nicht offenbaren wollen. Darauf kommt es an dieser Stelle aber nicht an, da höchstens der Geheimhaltungszweck, jedoch nicht der Durchsuchungserfolg an sich gefährdet würde. Denkbar wären jedenfalls allgemeinere Formulierungen wie die Aufforderung, jegliche verbotene/gefährliche/illegale Gegenstände herauszugeben.

²⁵⁸ Eine Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung abhängig von der Art der gesuchten Drogen (z. B. bei sog. „weichen“ Drogen wie Cannabis) kommt dagegen nicht in Betracht. Auch wenn ein solcher Drogenmissbrauch im Einzelfall als weniger schwerwiegend erachtet und deswegen umfangreich von Verfahrenseinstellungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird, hat sich der Gesetzgeber innerhalb seines Beurteilungsspielraums für eine Pönalisierung entschieden, die auch verfassungsgerichtlich bestätigt ist, BVerfGE 90, 145. Insbesondere geht es in den Fällen Legendierter Kontrollen nicht um geringe Mengen zum Eigenverbrauch, sondern um organisierten, gewerblichen Handel. Zudem besteht keine „schematische Untergrenze“ für Durchsuchungen, die sogar bei Ordnungswidrigkeiten zulässig sein sollen, Park, Durchsuchung, § 2 Rn. 143; s. auch BVerfG, NJOZ 2017, 580; LG Berlin, BeckRS 2014, 8806; a. A. aber OLG Hamburg, StV 2008, 12 f.

Nutzen. Es konkurrieren stets das Interesse an der Strafverfolgung und die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten, die in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen sind. Prima facie überwiegt kein Interesse das jeweils andere. Eine Durchsuchung stellt zwar stets einen schweren Eingriff für die Betroffenen dar, im konkreten Fall der Legendierten Kontrolle ist jedoch mit erheblicher Wahrscheinlichkeit das Aufdecken schwerer Straftaten zu vermuten.

c) Fazit

Für die Legendierte Durchsuchung kommt als Rechtsgrundlage lediglich die strafprozessuale Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO in Betracht. Eine Durchsuchung wäre zwar regelmäßig verhältnismäßig, jedoch wird die zwingende Voraussetzung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses nicht eingehalten und die Durchsuchung findet nicht hinreichend offen statt, sodass die Beweiserhebung rechtswidrig erfolgt.²⁵⁹

6. Legendierte Kommunikation:

Suggestion einer (zufälligen) Routine- bzw. Verkehrskontrolle

Allen Legendierten Kontrollen ist gemein, dass die betroffene Person annehmen soll, die Kontrolle erfolge unabhängig von einem bereits bestehenden Tatverdacht (entweder zufällig oder aber aufgrund eines Verkehrsverstoßes). Es sind verschiedene Fallgruppen denkbar, wie die Polizeibeamten eine solche Annahme des Fahrers erreichen könnten. Diese sollen zunächst näher beleuchtet werden, um anhand dessen festzustellen, ob es sich bei diesem Element um eine eigenständige Maßnahme handelt, deren Rechtmäßigkeit isoliert zu beurteilen ist. Im Unterschied zu anderen Elementen der Legendierten Kontrolle besteht insofern jedenfalls weder im Strafprozessrecht noch im Gefahrenabwehrrecht eine Spezialermächtigung.

a) Fallgruppen und Eingriffsqualität Legendierter Kommunikation

aa) Eingriffsqualität bei ausdrücklicher oder konkludenter Unwahrheit

Im eindeutigen Fall könnten die Beamten dem Fahrer expressis verbis belügen, etwa, es handele sich um eine zufällige Verkehrskontrolle. Dies ist nach der hier vertretenen Definition²⁶⁰ eine explizite Täuschung. Die bloße Manipulation des Wagens begründet mangels Kommunikation keine Täuschung, die Begründung der Kontrolle unter Verweis auf Fahrzeugmängel aber schon. Denn die Fahrzeugmängel sind nicht der wahre Grund für die Kontrolle, sondern sollen sie

²⁵⁹ Statt vieler s. nur *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 38.

²⁶⁰ S. oben I. Kap. C.III.4.

lediglich plausibel erscheinen lassen. Grund für die Kontrolle sind die Erkenntnisse, die bei den vorangegangenen Ermittlungen gesammelt wurden. Somit ist jede verbale Erklärung, die nicht die strafrechtlichen Ermittlungen nennt, unzutreffend und damit eine Täuschung. Festzustellen bleibt, ob und in welche Grundrechte diese Täuschung eingreift. Der BGH hat diese Frage in seinem Leiturteil nicht angesprochen.²⁶¹

(1) Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren

Bereits die mit Legendierten Kontrollen befassten Senate des BGH haben angedeutet, dass ein Verstoß gegen das faire Verfahren jedenfalls zu erwägen wäre. So stellte sich 2010 der 4. Strafsenat auf den Standpunkt, dass „das Verhalten der Ermittlungsbehörden mit Blick auf den fair trial-Grundsatz rechtlich bedenklich“ sei.²⁶² Bei Gefährdung des Untersuchungszwecks dürften zwar Informationen zurückgehalten werden, dies gestatte „jedoch weder die Darstellung eines unwahren Sachverhalts in den Ermittlungsakten noch die aktive Täuschung des Beschuldigten über die wahren Hintergründe seiner Festnahme“.²⁶³ Da sich ein etwaiger Verstoß jedenfalls nicht ausgewirkt habe, ließ das Gericht die Frage aber letztlich offen. Zwar führt die Entscheidung nicht näher aus, inwiefern das Fairnessprinzip verletzt worden sein könnte. Naheliegend ist aber zunächst ein Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit.

(a) Waffengleichheit

Wie gesehen ist Waffengleichheit nicht als Informationsgleichheit zu verstehen. Den Beteiligten werden nicht die gleichen Rechte, sondern die gleichen Chancen der Einflussnahme zugestanden. Es kommt also darauf an, ob das Vortäuschen eines anderen Grundes für die Kontrolle die Position des Beschuldigten so schwächt, dass er nicht mehr die gleichen Chancen auf Einflussnahme hat.²⁶⁴

Eine Einflussnahme in Form effektiver Verteidigung setzt ein bestimmtes Wissen über die Vorwürfe und belastendes Beweismaterial voraus. Dennoch sieht die StPO etwa die Zurückstellung der Benachrichtigung über die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens oder verdeckter Maßnahmen vor, ebenso wie die Beschränkung der Akteneinsicht.²⁶⁵ Daran wird deutlich, dass nicht die ideale Verteidigung (bei der dem Beschuldigten von Anfang an maximale Transparenz ge-

²⁶¹ Daher krit. *Krehl*, *StraFo* 2018, 265, 269.

²⁶² BGH, *NStZ* 2010, 294; näher zum zugrundeliegenden Sachverhalt bereits unter 4. Kap. A.I.

²⁶³ BGH, *NStZ* 2010, 294.

²⁶⁴ S. bereits oben 3. Kap. A.II. 1.

²⁶⁵ §§ 147 Abs. 2, 101 Abs. 2 S. 1 Nr. 12, Abs. 5, 6 StPO.

währt würde) gewährleistet wird, sondern lediglich eine effektive, sprich wirk-same.

Die Zurückhaltung von Informationen, die für die Verteidigung von Bedeutung sind, ist deswegen zulässig, weil sie nur vorläufig ist. Sollte sich ein Verdacht erhärten, würden die Ermittlungen im Laufe des Verfahrens offengelegt. Eine verzögerte Aufklärung kann grundsätzlich als ausreichend erachtet werden.

Im Fall der Legendierten Kontrollen nutzt die Polizei ihren Informationsvorsprung über die Hintergrundermittlungen aber nicht nur aus, sondern verschiebt durch die Täuschung das Kräfteverhältnis über das vorgesehene Maß hinaus zugunsten des Beschuldigten. Dieses Vorgehen muss im Sinne der Waffengleichheit also erst recht neutralisiert werden, indem es im Nachhinein offengelegt wird. Fraglich ist aber, ob die Täuschung im Moment des Anhaltens des Fahrers bereits eine solche Relevanz für das weitere Verfahren entfaltet hat, dass die Waffengleichheit nicht mehr hergestellt ist. Im Regelfall wird der weitere Umgang der Behörden die naheliegenden Anknüpfungspunkte für einen Verstoß gegen das faire Verfahren bieten. So hatte die Revision in dem oben zitierten Fall die fehlende Aufklärung über die strafrechtlichen Hintergrundermittlungen bei den polizeilichen und richterlichen Vernehmungen beanstandet, nicht aber die hoheitliche Täuschung im Moment des Anhaltens.²⁶⁶

Doch unabhängig davon, ob der Beschuldigte bereits in der Kontrollsituation einen Informationsanspruch hat, geht die Täuschung über ein bloßes Nicht-Informieren hinaus; stattdessen implantiert es eine positive Falschinformation.²⁶⁷ Eine etwaige Benachteiligung wäre somit nicht erst in dem Nichtaufklären zu sehen, sondern erfolgt ggf. bereits durch die aktive Täuschung.

(b) Nemo tenetur

Darüber hinaus könnte es gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verstoßen, wenn die Beamten dem Kurier etwas Falsches über den Hintergrund der Kontrolle kommunizieren.

Nemo tenetur schützt den Betroffenen aber nicht davor, sich aufgrund eines Irrtums versehentlich selbst zu belasten.²⁶⁸ Fest steht, dass er nicht zu einer Aussage gezwungen werden darf. Im Fall Legendierter Kontrollen treten die Beamten dem Beschuldigten in ihrer offiziellen Funktion gegenüber. Dies unterscheidet die Legendierte Kontrolle etwa vom Lockspitzeinsatz, von Hörfallen oder dem Einsatz Verdeckter Ermittler. Das Bewusstsein, einem Hoheitsträger gegenüber-

²⁶⁶ BGH, NStZ 2010, 294.

²⁶⁷ Anders *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 86 ff., der das Bestehen eines Informationsanspruchs als maßgeblich ansieht.

²⁶⁸ S. näher bereits 3. Kap. A.II.2.

zustehen, kann bereits einen gewissen psychischen Druck auf den Betroffenen ausüben. Jedoch führt die bloße Täuschung über den Anlass der Kontrolle für sich genommen noch nicht zu einem (vermeintlichen) Aussagezwang. Auch wenn der Fahrer nicht über Kenntnis aller für ihn relevanter Informationen verfügt, ist er im Ausgangspunkt dennoch frei, sich für eine selbstbelastende Aussage zu entscheiden oder nicht.²⁶⁹ Die Annahme von Zwang kommt erst in Betracht, wenn zur Täuschung eine polizeiliche Befragung hinzutritt.²⁷⁰

(2) Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör

Die Täuschung führt im Moment der Kontrollsituation hingegen noch nicht zu einer Verschlechterung der Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen vor einem Richter oder Staatsanwalt, sodass das Recht auf rechtliches Gehör zunächst nicht tangiert ist.

bb) Eingriffsqualität bei Nichtoffenlegung vorangegangener Ermittlungen

Neben der expliziten oder konkludenten Unwahrheit ist auch das Nichtoffenlegen der vorangegangenen Ermittlungen potenziell relevant. Vorangegangene Ermittlungen bilden regelmäßig den Auslöser für ein weiteres polizeiliches Vorgehen, namentlich die Kontrolle des Fahrers.²⁷¹

Schon eine lebensnahe Betrachtungsweise legt eine eigenständige Bedeutung der Hintergrundermittlungen im Kontext Legendierter Kontrollen nahe: „Kontrolle“ meint die Situation, in der der Kurier angehalten wird, nicht die dazu führende Historie. Die verdeckten vorbereitenden Ermittlungen beginnen auch (teils deutlich) zeitlich vorgelagert, zumal es sich nahezu ausschließlich um verdeckte Maßnahmen wie die Telekommunikationsüberwachung handeln wird. Solche Ermittlungen im Bereich Organisierter Kriminalität sind besonders aufwändig²⁷² und bedürfen eines gewissen Vorlaufs, um etwa zu den „richtigen“ Personen vordringen zu können, einen richterlichen Beschluss einzuholen und die technischen Vorrichtungen zu installieren. Dieses Vorgehen wird in der Praxis auf strafprozessuale Standardbefugnisse gestützt und stellt eigenständige Grundrechtseingriffe, insbesondere in das Recht der informationellen Selbstbestimmung,²⁷³ dar.

Es ist gemeinhin unstreitig, dass ein solches Vorgehen legitim ist, wenn die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen der Standardbefugnisse eingehalten wer-

²⁶⁹ Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 113 ff.

²⁷⁰ Dazu sogleich unter 4. Kap. B.I. 7. a).

²⁷¹ So etwa in BGH, NStZ 2010, 294; BeckRS 2011, 22848; BGHSt 62, 123; BGH, NStZ 2018, 296; NStZ-RR 2018, 146; LG Münster, NStZ 2016, 126.

²⁷² S. nur Müller/Römer, NStZ 2012, 543.

²⁷³ Zum Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung näher unter 4. Kap. B.I.2.a)cc).

den, sodass dieser Aspekt im Zusammenhang mit Legendierten Kontrollen kaum thematisiert wird. Auch für die gegenständliche Arbeit ist dieser Ermittlungsschritt nur insofern von Interesse, als dass erstens festgehalten werden soll, dass es sich um strafprozessuale Maßnahmen handelt. Zweitens stellt sich die Frage, ob diese Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung zu einem Aufklärungs- bzw. Auskunftsanspruch des Betroffenen darüber führen, welche persönlichen Daten der Staat über ihn erhoben hat.²⁷⁴

Nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung besteht ein Anspruch des Einzelnen auf Zugang zum Wissen Dritter über die eigene Person.²⁷⁵ Der Schutzgehalt dieses Informationsanspruchs würde unterlaufen, wenn er erst geltend gemacht werden müsste. Denn weiß der Betroffene gar nicht von der Informationserhebung, wird er sich ohne Anlass nicht auf seine Rechte berufen. Somit besteht stets eine Informationspflicht des Staates von Amts wegen.²⁷⁶

cc) Eingriffsqualität der Legendierten Identitätsfeststellung

Eine weitere Fallgruppe ist die Legendierte Identitätsfeststellung. Wie bereits angesprochen, beginnen zufällige Kontrollen regelmäßig mit der Personalienfeststellung der betroffenen Person. Sofern die Polizeikräfte im Einzelfall nicht im Vorhinein wissen, wer den Wagen steuert, handelt es sich um die oben behandelte „echte“ Identitätsfeststellung.²⁷⁷ Oftmals ist die Person des Fahrers aufgrund der vorangegangenen Hintergrundermittlungen den Behörden aber bereits bekannt. Um den Anschein einer zufälligen Kontrolle zu wahren, fragen die Polizeikräfte in einer Legendierten Kontrolle aber selbst dann nach den Ausweispapieren des Fahrers, wenn sie dessen Personalien bereits kennen. Da dieses Vorgehen sich in seiner Qualität von der oben thematisierten „echten“ Identitätsfeststellung unterscheidet, soll es im Folgenden gesondert rechtlich gewürdigt werden.

(1) Informationelle Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit

Zunächst berührt die Legendierte Identitätsfeststellung ebenso wie jede andere Aufnahme von Personalien die informationelle Selbstbestimmung und Hand-

²⁷⁴ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 178.

²⁷⁵ Aus der Rspr. s. nur BVerfG, NJW 2017, 1014 u. a. unter Verweis auf BVerfGE 65, 1, 43; BVerfG, NJW 2006, 1116; ebenso *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo StPO, § 147 Rn. 49.

²⁷⁶ Diese kann lediglich vorübergehend ausgesetzt werden. *Schefer* will für den Zeitpunkt der Erfüllung auf den „frühestmöglichen“ abstellen und macht dafür die erste Konfrontation mit dem Beschuldigten aus, s. *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 107. Dies überzeugt insofern nicht, als der frühestmögliche Zeitpunkt bereits mit Erhebung der persönlichen Daten eintritt; wohingegen eine Konfrontation mit dem Beschuldigten herausgezögert werden kann.

²⁷⁷ S. bereits unter 4. Kap. B. I. 4. a).

lungsfreiheit des Fahrers. Zwar erheben die Polizeibeamten in einem solchen Fall keine ihnen neue personellen Daten des Fahrers. Allerdings kommt es darauf nicht an. Denn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt vor *jeder* Form der Erhebung, schlichter Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung von persönlichen Informationen.²⁷⁸ Zum einen werden hier die bereits bekannten Daten nochmals gespeichert bzw. in einem Bericht dokumentiert. Zum anderen erlangt die Polizei mit einiger Wahrscheinlichkeit zusätzliche Informationen wie etwa das Aussehen des Passfotos oder das Ausstellungsdatum. Dass diese Informationen scheinbar belanglos sind und für die Ermittlungen in der Regel nicht von Mehrwert, ist bei der Beurteilung der Eingriffsqualität gleichgültig.²⁷⁹ Daneben ist subsidiär auch die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen, denn der Fahrer wird zur Aushändigung seiner Papiere verpflichtet. Festzuhalten ist lediglich, dass der Eingriff sich aus den eben genannten Gründen für die betroffene Person als nicht sonderlich intensiv darstellt.

(2) Eingriffsqualität des Täuschungselements

Der Legendierten Identitätsfeststellung wohnt aber zugleich ein Täuschungselement inne, weshalb sie auch in diesem Zusammenhang diskutiert werden soll. Je nach Auftreten der Beamten kann der Identitätsfeststellung wenigstens konkludent der unzutreffende Erklärungswert innewohnen, ihnen wäre der Name der kontrollierten Person zunächst nicht bekannt. Der Aufforderung, Führerschein und Fahrzeugpapiere auszuhändigen, kann ein solcher Erklärungswert hingegen nicht stets entnommen werden. Denn auch ein Polizeibeamter, der zufällig eine ihm bekannte Person zur Überprüfung aus dem fließenden Verkehr herauswinkt und sie dann erkennt, wird sich dennoch deren Papiere vorlegen lassen. Das hat den Hintergrund, dass es in der „alltäglichen“ allgemeinen Verkehrskontrolle – die ja hier suggeriert werden soll – nicht ausschließlich um das In-Erfahrung-Bringen des Namens geht, sondern um eine allgemeine Überprüfung von Fahrzeug und Fahrer. Es zeigt sich somit, dass die Legendierte Identitätsfeststellung im Kern dazu dient, die Legende zu stützen, es handele sich um eine allgemeine Verkehrskontrolle. Somit erlangt das ihr innewohnende Täuschungselement keine eigenständige Bedeutung neben den bereits angesprochenen konkludenten oder ausdrücklichen Unwahrheiten; es gilt das oben Gesagte.²⁸⁰

²⁷⁸ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 176 mit ausführlichen Nachweisen aus der Rspr.

²⁷⁹ Vgl. bereits 4. Kap. B. I. 2. a) sowie 5. a) aa) (3).

²⁸⁰ S. dazu 4. Kap. B. I. 6. a) aa).

dd) Eingriffsqualität bei fehlender Kommunikation

Dass überhaupt keine Kommunikation stattfindet, scheint auf den ersten Blick fast undenkbar – immerhin werden die Polizisten den Fahrer kaum wortlos aus dem Verkehr herauswinken und schweigend eine Durchsuchung beginnen; ebenso findet die Durchsuchung nicht in Abwesenheit des Beschuldigten statt. Denkbar ist allerdings, dass aufgrund einer Sprachbarriere so starke Schwierigkeiten bei der Kommunikation auftreten, dass eine Verständigung kaum möglich ist. Hier wird man ausnahmsweise nicht von einer Täuschung der Beamten ausgehen können. Der Beschuldigte hat aber im weiteren Verlauf gem. Art 6 Abs. 3 lit. e EMRK Anspruch auf Hinzuziehung eines Dolmetschers.

ee) Zwischenfazit

Hinsichtlich der Kommunikation in der Legendenkontrolle kommen verschiedene Szenarien in Betracht, bei denen jeweils im Wege einer Täuschung in die Rechte des Beschuldigten eingegriffen wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Polizei explizit, konkludent, durch Unterlassen oder durch eine unwissende Polizeikraft täuscht. Die einzige Variante, um keine Täuschung zu verwirklichen, wäre die hoheitliche Aufklärung der betroffenen Person über den Grund der Kontrolle, namentlich die vorangegangenen Ermittlungen.

b) *Täuschung als eigenständige Maßnahme*

Anhand dieser Ergebnisse bleibt nunmehr zu erörtern, ob die Täuschung eine eigenständige Maßnahme darstellt, deren Rechtmäßigkeit isoliert zu prüfen ist. Anders als bei den bis dahin identifizierten Elementen gibt es für die Täuschung keine Standardermächtigung, was freilich kein zwingender Grund gegen ein Maßnahmenbündel wäre, aber eine sorgfältige Analyse und Begründung umso mehr erforderlich macht. Auch in zeitlicher Hinsicht sind Täuschung und Durchsuchung zumeist eng miteinander verknüpft.²⁸¹ Dass die Täuschung nicht nur selbstständig, sondern auch in zusätzliche Grundrechte eingreift, führt hingegen zwingend zur Qualität einer eigenständigen Maßnahme. Neben der zusätzlichen, über die Durchsuchung hinausgehenden Grundrechtsrelevanz ist aber das ausschlaggebende Argument dafür der eigenständige Zweck der Täuschung. Denn sie dient keinesfalls lediglich zur Unterstützung der Durchsuchung. Die Durchsuchung könnte vielmehr auch ohne eine Täuschung genauso durchgeführt werden: Denn die Täuschung soll nicht einen befürchteten Widerstand des Fahrers umgehen, sondern dazu dienen, dass er in einem zweiten Schritt nicht die kriminelle Organisation alarmiert. Anders als zuweilen vorgetragen, ist der Zweck der *Durchsuchung* nicht, die unbeeinträchtigte weitere Ermittlung gegen die Hinter-

²⁸¹ So auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 143.

männer sicherzustellen.²⁸² Die Durchsuchung selbst soll zum Auffinden der gesuchten Gegenstände führen – nicht mehr und nicht weniger. Sie gefährdet aber zugleich den davon unabhängigen Zweck des Gesamtermittlungserfolgs und deswegen, nur deswegen, greift die Polizei auf die Täuschung zurück. Durchsuchung und Täuschung verfolgen mithin vollkommen eigenständige Ziele, die sich nicht gegenseitig unterstützen, sondern bei genauer Betrachtung einander sogar behindern: Auf der einen Seite wäre ohne Durchsuchung der Gesamtermittlungserfolg mangels Alarmierung der kriminellen Organisation nicht gefährdet. Auf der anderen Seite könnten die Ermittlungsbehörden ohne den zu wahrenden Gesamtermittlungserfolg unproblematisch den klassischen Weg gehen und einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss einholen. Das verdeutlicht umso mehr, dass es sich um jeweils eigenständige Maßnahmen handelt.²⁸³

c) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Täuschung

Anders als die Durchsuchung verfolgt die Täuschung nicht einmal einen untergeordneten gefahrenabwehrrechtlichen Zweck, sondern soll ausschließlich den strafrechtlichen Gesamtermittlungserfolg schützen.²⁸⁴ Sie bedarf somit einer strafprozessualen Ermächtigungsgrundlage, die im Folgenden ermittelt werden soll.

aa) § 163b StPO

§ 163b StPO dient zwar als strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage der Feststellung der Identität, jedoch lassen sich – wie gesehen – Maßnahmen nur auf diese Norm stützen, solange die Identität der betroffenen Person nicht bereits zweifelsfrei bekannt ist.²⁸⁵ Insbesondere aber umfasst § 163b StPO nicht die Befugnis zur Täuschung (namentlich die wenigstens konkludente Erklärung, die Identität der betroffenen Person sei noch unbekannt). Auch für die Fallgruppe der Legendierten Identitätsfeststellung bietet der vermeintlich spezielle § 163b StPO somit keine einschlägige Ermächtigungsgrundlage.

²⁸² So aber *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 144: „Bei dem Täuschungselement handelt es sich nicht um ein bloß beiläufiges Vorgehen, sondern um das notwendige Mittel zur Erreichung des Durchsuchungszwecks, da nur so verhindert werden kann, dass die Ermittlungen gegen die Hintermänner und die Organisation beeinträchtigt werden.“

²⁸³ Vgl. *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 545, die das Erfordernis einer eigenen Rechtsgrundlage für die Täuschung voraussetzen. Für eine getrennte Betrachtung von Täuschungs- und Durchsuchungselement ebenso *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 163 Rn. 28; *Wohlers/Jäger*, in: SK-StPO, § 105 Rn. 5c; *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 680. Implizit lässt sich diese Annahme auch den Ausführungen in BGH, NStZ 2010, 294 entnehmen; dazu *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 40.

²⁸⁴ S. nur *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 207 f.

²⁸⁵ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163b Rn. 3, 11; *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 163b Rn. 2; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 163b Rn. 8, 17, der auf das Erfordernis eines „Aufklärungsinteresses“ hinweist.

bb) Zurückstellung der Benachrichtigung
gem. § 101 Abs. 4 Nr. 12, Abs. 5, 6 S. 1 StPO

In dem 2010 zu entscheidenden Fall zog der BGH § 101 Abs. 4 Nr. 12, Abs. 5, 6 S. 1 StPO als Rechtsgrundlage in Betracht, der eine Zurückstellung der Benachrichtigung der Zielperson über verdeckte Ermittlungen regelt.²⁸⁶ Konkret darf die Benachrichtigung zurückgestellt werden, bis sie u. a. ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist, höchstens aber zwölf Monate. Der BGH stellte jedoch sogleich klar, dass diese Regelung lediglich das Zurückhalten von Informationen erlaubt und gerade keine Befugnis zur aktiven Täuschung enthält. Somit lässt sich auch der Rechtsgedanke der Norm nicht für die Legendierte Kontrolle fruchtbar machen.²⁸⁷

cc) Generalklausel § 161 StPO

Wie bereits angesprochen dürfen lediglich „leichte“ Täuschungen auf § 161 StPO gestützt werden.²⁸⁸ Die Legendierte Identitätsfeststellung greift nicht in besonders schwerwiegender Weise in die Informationsfreiheit des Fahrers ein, was schon daraus ersichtlich wird, dass sie auch unter vergleichsweise niedrigen Voraussetzungen generell möglich ist. Jedoch geht es gerade um den Eingriff, der durch die täuschende Komponente hervorgerufen wird: Ebenso wie die ausdrückliche Unwahrheit und das Nichtoffenlegen der tatsächlichen Hintergründe beeinträchtigt die Täuschung das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, insbesondere auf Waffengleichheit. Durch die Legende einer zufälligen Verkehrskontrolle ist der Fahrer in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten beeinträchtigt. Die Maßnahme wird nicht begründet, weshalb er sie schwerer rechtlich angreifen kann. Ihm wird nicht die Gelegenheit gegeben, einen Anwalt oder Zeugen hinzuzuziehen, sich zu verteidigen und so einen möglicherweise fälschlich bestehenden Verdacht auszuräumen oder einen gesuchten Gegenstand freiwillig herauszugeben und so die Maßnahme abzumildern. Auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden handelt es sich um eine entscheidende Art und Weise des Vorgehens, die von Bedeutung für das gesamte weitere Verfahren ist. Daher handelt es sich bei der Legendierten Kommunikation nicht bloß um unwesentliche Täuschungen, sondern schwerwiegende Eingriffe. Sie können demnach nicht auf die Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.

²⁸⁶ BGH, NStZ 2010, 294. Zu den ähnlich gelagerten Erwägungen betreffend § 147 Abs. 2 StPO s. näher unter 5. Kap. C. II. 1. b) bb)(1).

²⁸⁷ Zustimmend *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37, 39; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 222 f.; vgl. auch *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 147 Rn. 14; a. A. *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 36 ff., *ders.*, Kriminalistik 2011, 370, 371.

²⁸⁸ 3. Kap. B. III.

d) Fazit

Das Suggestieren einer zufälligen Verkehrskontrolle ist eine eigenständige Maßnahme, die der Strafverfolgung dient. Da es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt, ist keine Rechtsgrundlage für die Täuschung ersichtlich. Damit ist diese Methode der Beweiserhebung rechtswidrig.

7. Legendierte Kommunikation: Vernehmung

Richten die Beamten Fragen an den beschuldigten Fahrer, kann es sich darüber hinaus um eine rechtsfehlerhafte Vernehmung handeln.

a) Vorliegen von Vernehmungssituationen

Vernehmungen haben nach überwiegender Meinung eine doppelte Funktion und sollen einerseits der Wahrheitsermittlung sowie andererseits dem rechtlichen Gehör des Beschuldigten dienen.²⁸⁹

Sowohl in der Kontrollsituation als auch nachgelagert kann es zu Befragungen bzw. Vernehmungen des beschuldigten Fahrers durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder den Ermittlungsrichter kommen:

Der formelle Vernehmungsbegriff im Sinne des § 136 StPO, wie ihn die Rechtsprechung versteht, besagt, dass „der Vernehmende der Auskunftsperson (also dem Beschuldigten, dem Zeugen oder dem Sachverständigen) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine ‚Aussage‘) verlangt“.²⁹⁰ Der funktionale Vernehmungsbegriff umfasst darüber hinaus sämtliche Äußerungen des Beschuldigten, welche ein Strafverfolgungsorgan direkt oder indirekt herbeigeführt hat.²⁹¹

Eine genauere Auseinandersetzung mit dem Streitstand ist betreffend die Legendierte Kommunikation entbehrlich, da die Beamten dem Fahrer bereits in der Kontrollsituation offen als solche gegenüberreten. Auch Staatsanwälte oder Richter verhehlen im weiteren Verlauf ihre Funktion freilich nicht. Wird der Fahrer von ihnen befragt, handelt es sich somit auch nach dem engeren formellen Begriff um Vernehmungen. Schon die Frage, ob der Fahrer verbotene Gegen-

²⁸⁹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 4.

²⁹⁰ BGH, NJW 1996, 2940, 2941 m.w.N.; vgl. auch BGHSt 40, 211, 213; näher Rogall, in: SK-StPO, § 136 Rn. 14; Schlüchter/Radbruch, NStZ 1995, 354; Sternberg-Lieben, Jura 1995, 299, 306 ff. Zum im Schrifttum vertretenen funktionalen Vernehmungsbegriff Diemer, in: KK-StPO, § 136a Rn. 6; vgl. auch AG München, StV 1990, 104, 105.

²⁹¹ Vgl. AG München, StV 1990, 104; Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 321 ff.; a. A. aber BGHSt 42, 139.

stände an Bord habe, erfüllt demnach die Voraussetzungen einer Vernehmung.²⁹² Offensichtlich liegt der Fall ebenso bei Befragungen durch einen Staatsanwalt oder einen Ermittlungsrichter.

b) Rechtmäßigkeit der Befragung

Sofern die beschriebene Vernehmungssituation vorliegt, unterliegen die staatlichen Akteure bestimmten Pflichten und Verboten, damit die Vernehmung rechtmäßig erfolgt. Bei einer Befragung im Rahmen der Legendierten Kommunikation sind gleich mehrere Fehlerquellen ersichtlich.

aa) Verstoß gegen Belehrungspflichten aus §§ 136, 163a Abs. 4 StPO

Zunächst ist an einen Verstoß gegen die Belehrungspflichten gem. §§ 136, 163a Abs. 4 StPO zu denken.

Nach der Streichung des Passus „erste“ aus § 136 StPO ist dieser nunmehr unstreitig grundsätzlich bei jeder Vernehmung anwendbar. Er gilt gem. § 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 StPO entsprechend für die Staatsanwaltschaft und ist unmittelbar für Richter anwendbar.

Gem. §§ 136 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 4 S. 1 StPO ist dem Beschuldigten bei Beginn der Vernehmung zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Außerdem muss er nach S. 2 auf die Selbstbelastungsfreiheit hingewiesen werden. Polizeibeamten ist eine solche differenzierte rechtliche Bewertung nicht zuzumuten, sodass sie die vorgeworfenen Normen nicht nennen müssen. Auch sie sind jedoch zu einem Hinweis auf die Rede- und Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO verpflichtet.²⁹³

Im Falle der Legendierten Kontrolle unterbleibt eine solche Belehrung zunächst, da sie das Täuschungsmanöver einer zufälligen Verkehrskontrolle ad absurdum führen würde. Stattdessen wird sie erst dann nachgeholt, wenn die Betäubungsmittel bereits aufgefunden wurden, also nicht zu Beginn einer etwaigen Befragung. Auch bei einer späteren Belehrung wird der Beschuldigte zugunsten

²⁹² Anders wohl BGH, NJW 1996, 2940, 2942: „Indem die Strafprozeßordnung etwa vorschreibt, daß der Beschuldigte zu seiner Vernehmung schriftlich zu laden ist, daß ihm zu Beginn seiner Vernehmung zu eröffnen ist, welche Tat ihm zur Last gelegt wird, und daß er über seine Aussagefreiheit zu belehren ist, untersagt sie den Strafverfolgungsbehörden nicht zugleich (mittelbar) jede andere Art und Weise der Kommunikation mit einem Tatverdächtigen [...]“. So aber *Dencker*, StV 1994, 667, 674; *Fezer*, NSTZ 1996, 289f. Im zugrundeliegenden Fall ging es jedoch um die Befragung des Beschuldigten durch eine von der Polizei eingeschaltete Privatperson.

²⁹³ BGHSt 62, 123, 140; s. auch BGH, NSTZ 2012, 581, 582; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163a Rn. 4.

der Aufrechterhaltung der Legende nicht über das bereits zuvor laufende strafrechtliche Verfahren belehrt; ebenso wenig über weitere strafrechtliche Vorwürfe, die sich aus diesem ergeben, etwa der Einfuhr zusätzlich zum bloßen Besitz von Betäubungsmitteln.²⁹⁴

Der BGH hat dieses Vorgehen in seinem Leiturteil nicht beanstandet:

„Der Tatvorwurf muss dem Beschuldigten in groben Zügen so weit erläutert werden, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leiden (...). So ist der Vernehmende nicht verpflichtet, dem Beschuldigten alle bis dahin bereits bekannten Tatumstände mitzuteilen; insbesondere hat der Vernehmende hinsichtlich der Ausgestaltung der Eröffnung im Einzelnen einen gewissen Beurteilungsspielraum [...]. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Tat und nicht die Beweismittel zu eröffnen sind sowie aus § 147 Abs. 2 StPO, wonach Akteneinsicht versagt werden kann, soweit dies den Untersuchungszweck gefährdet [...]“.²⁹⁵

Eine Belehrung über die Genese des Tatverdachts sei daher zu dem frühen Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren nicht erforderlich gewesen. Zu recht bezweifelte der BGH jedoch, dass dem Beschuldigten der zusätzliche Tatverdacht hinsichtlich der Einfuhr des sichergestellten Kokains verschwiegen werden durfte, zumal die Einfuhr und das Handeltreiben tateinheitlich begangen wurden.²⁹⁶ Der Senat ließ die Frage jedoch offen, da das Urteil vorliegend nicht auf dem möglichen Verstoß gegen die Belehrungspflicht beruht habe.²⁹⁷

Allerdings erfordert es das Recht auf rechtliches Gehör, dass dem Beschuldigten die Möglichkeit gegeben wird, ihn belastende Vorwürfe auszuräumen, was ihm nur bei deren Kenntnis möglich ist. Da sich z. B. ein zunächst aussageunwilliger Beschuldigter nach Mitteilung der Vorwürfe zu einer Aussage entschließen könnte, ist diese stets erforderlich.²⁹⁸ Dass dieser Grundsatz in dem Umfang eingeschränkt werden soll, in dem sie dem Beschuldigten „im Interesse der Sachaufklärung verheimlicht werden müssen“,²⁹⁹ überzeugt nicht. Ohne Rechtsgrundlage darf nicht zugunsten einer effektiven Strafverfolgung von dem eindeutigen Wortlaut einer Norm abgewichen werden, die Beschuldigtenrechte sichert.

²⁹⁴ So die Beanstandung der Verteidigung in BGHSt 62, 123.

²⁹⁵ BGHSt 62, 123, 140; so auch *Diemer*, in: KK-StPO, § 136 Rn. 8; *Rogall*, in: SK-StPO, § 136 Rn. 69 m.w.N. Zum Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung der Eröffnung BGH, NStZ 2012, 581, 582; s. aber *Schuh*, in: MüKo StPO, § 136 Rn. 21: „Ermittlungstaktische Interessen entbinden aber nicht von der Mitteilungspflicht.“

²⁹⁶ BGHSt 62, 123, 140.

²⁹⁷ Krit. *Krehl*, StraFo 2018, 265, 266: Rettung durch „revisionsrechtlichen Kunstgriff“.

²⁹⁸ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 136 Rn. 13.

²⁹⁹ So etwa *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 136 Rn. 13.

Irrelevant ist es auch, wenn der vernehmende Beamte den genauen Tatvorwurf nicht kennt, weil er von den eigentlich mit dem Fall befassten Kollegen kurzfristig einbezogen wurde.³⁰⁰ Denn die Gewährleistungspflicht zur Durchführung des justizförmigen Verfahrens trifft die Strafverfolgungsbehörde „als Einheit“.³⁰¹ Andernfalls könnte durch eine Arbeitsteilung stets der Beschuldigtenschutz umgangen werden.³⁰²

Somit handelt es sich bei dem in Rede stehenden Vorgehen um einen Verstoß gegen die Belehrungspflichten.³⁰³

bb) Verstoß gegen das Täuschungsverbot aus § 136a StPO

§ 136a StPO verbietet es, im Rahmen von Vernehmungen durch Täuschung die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung zu beeinträchtigen.³⁰⁴ Dass im Rahmen der Legendenkontrolle Vernehmungssituationen entstehen können, wurde bereits bejaht.

Damit stellt sich die Frage, ob die Legendierte Kommunikation den Täuschungsbegriff des § 136a StPO erfüllt und im Einzelfall dazu führen kann, dass die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten beeinträchtigt ist.

Wie gesehen erfüllt das Fingieren einer Verkehrskontrolle den hier gebildeten Täuschungsbegriff.³⁰⁵ Damit ist aber noch nicht gesagt, dass das Vorgehen auch dem Täuschungsbegriff des § 136a StPO unterfällt, zumal die Rechtsprechung dort die sog. kriminalistische List³⁰⁶ ebenso wie unbeabsichtigte Irreführungen³⁰⁷ als erlaubt ansieht. Fang- oder Suggestivfragen etwa sollen den Täuschungsbegriff im Sinne des § 136a StPO nicht erfüllen, ebenso grundsätzlich das Ausnutzen eines Irrtums. Der BGH führt dazu aus:

³⁰⁰ A. A. wohl BGHSt 62, 123.

³⁰¹ *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 454.

³⁰² *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 454; ähnlich *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1128, der jedenfalls im Fall Legendierter Kontrollen ein Organisationsverschulden der Ermittlungsbehörden annimmt.

³⁰³ Ebenso *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 576; *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 454 f.; *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1128; *Börner*, StraFo 2018, 1, 5; *Krehl*, StraFo 2018, 265, 268; krit. auch *Lenk*, StV 2017, 692, 698.

³⁰⁴ Auch gefahrenabwehrrechtliche Normen verweisen teils auf § 136a StPO, s. nur § 22 Abs. 4 S. 1 BPolG; Art. 15 Abs. 4 BayPAG.

³⁰⁵ Vgl. 1. Kap. A. und C.

³⁰⁶ BGH, NSTz 1997, 251 m.w.N. und abl. Anm. *Wollweber*, NSTz 1998, 311; vgl. auch *Dahle*, Kriminalistik 1990, 431; eingehend *Puppe*, GA 1978, 289, 304 ff.; zur Praxis *Soiné*, NSTz 2010, 596.

³⁰⁷ BGH, StV 1989, 515 m. abl. Anm. *Achenbach*; BGH, NSTz 2005, 517, 518 m.w.N.; *Rogall*, in: SK-StPO, § 136a Rn. 59; dagegen *Schuhr*, in: MüKo StPO, § 136a Rn. 40.

„Die Vorschrift schließt nicht jede List bei der Vernehmung aus, sondern verbietet nur Irreführungen, die bewußt darauf abzielen, die von § 136a StPO geschützte Aussagefreiheit zu beeinträchtigen (...). Im Zweifel ist anhand der gesamten Fallumstände zu prüfen, ob eine von § 136a I StPO verbotene Einflußnahme auf den Willen des Beschuldigten vorliegt.“³⁰⁸

Im Fall der Legendierten Kontrolle wird je nach Einzelfall entweder explizit über Anlass und Rechtsgrundlage der Kontrolle getäuscht oder aber ein entstehender Irrtum des Fahrers nicht aufgeklärt. Explizit falsche, pflichtwidrig unvollständige oder unterlassene Erklärungen zur Rechtslage ebenso wie entsprechende Tatsachenbehauptungen erfüllen aber auch unter Anerkennung der kriminalistischen List die Voraussetzungen des § 136a StPO.³⁰⁹ Ein solches Vorgehen in Kombination mit einer Vernehmung verstößt gegen das Täuschungsverbot.³¹⁰

Eine andere Bewertung könnte angesichts der oben zitierten BGH-Rechtsprechung für die Fälle erwogen werden, in denen die Beamten keine falschen Behauptungen aufstellen, sondern lediglich einen Irrtum des Fahrers nicht aufklären. Auch in der Vergangenheit hat der BGH bereits die Auffassung vertreten, dass das Verschweigen von Rechten und Tatsachen grundsätzlich keine Täuschung ist.³¹¹ Auch das schlichte Unterlassen der gesetzlich gebotenen Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO soll nicht unter den Begriff der Täuschung fallen.³¹²

Jedoch belassen es die Beamten nicht lediglich bei einem bestehenden Irrtum, sondern sie verursachen diesen aktiv, etwa indem sich die uniformierte Verkehrspolizei anstatt der Kriminalpolizei in Zivil der Zielperson nähert und vermeintlich Wert auf die Fahrtüchtigkeit des Fahrers und des Wagens legt.

Darüber hinaus besteht aufgrund der §§ 136, 163a Abs. 4 StPO eine Belehrungspflicht über den Tatvorwurf und die Beschuldigtenrechte. Der Beschuldigte irrt über deren Bestehen und die Beamten unterlassen es pflichtwidrig, ihn aufzuklären. Auch ein bloßes Suggestieren bzw. Nichtaufklären verstößt damit gegen das strafprozessuale Täuschungsverbot.³¹³

³⁰⁸ BGH, NStZ 1997, 251 unter Verweis auf BGHSt 31, 395, 399 f.; 35, 328, 329; BGH, StV 1989, 515 m. Anm. *Achenbach*.

³⁰⁹ Vgl. *Schuh*, in: MüKo StPO, § 136a Rn. 38.

³¹⁰ Ebenso *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 235 ff., der den Verstoß jedoch nicht mit dem aktiven Vorspiegeln einer Verkehrskontrolle, sondern dem Unterlassen der Aufklärung trotz Offenlegungsanspruchs des Betroffenen begründet; a. A. etwa *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 454.

³¹¹ BGHSt 39, 335, 348; 40, 66, 70 ff.

³¹² *Diemer*, in: KK-StPO, § 136a Rn. 21; anders OLG Bremen, NJW 1967, 2022, 2023; offengelassen im BGHSt 22, 170, 175.

³¹³ Vgl. dazu BGHSt 39, 335, 348: „Das bloße Verschweigen einer Tatsache steht jedoch – soweit keine Rechtspflicht zur Offenbarung gegeben ist – einer bewußt wahrheitswidrigen Behauptung nicht gleich“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

Bei weiteren Vernehmungen, die der Legendierten Kontrolle nachfolgen, erfolgt zudem kein Hinweis auf die Unverwertbarkeit der bisher generierten Beweismittel, also etwa die Betäubungsmittel sowie getätigte Aussagen des Beschuldigten.³¹⁴

Ob die Beamten dabei repressiv oder präventiv tätig werden, ist aus Sicht des Vernommenen unerheblich. Eine gewisse Zwangswirkung entfaltet sich durch die Konfrontation mit den Amtsträgern in jedem Fall. Dies macht auch den entscheidenden Unterschied zu sog. Hörfällen aus, bei denen die Ermittlungsbehörden kooperierende private Dritte einschalten, um Beschuldigte heimlich über diese auszuhorchen. Gibt der Beschuldigte belastende Informationen in dem irrtümlichen Glauben preis, das Gespräch sei vertraulich, sieht die Rechtsprechung keinen Verstoß gegen § 136a StPO: Für den Beschuldigten verwirkliche sich in einem solchen Fall lediglich das Risiko, „sich durch sein allgemeines Sozialverhalten zu verraten und eine Spur zu legen“.³¹⁵

Anders ist die Situation jedoch zu beurteilen, wenn dem Beschuldigten die Ermittlungen betreffend ein anderes Verbrechen vorgespiegelt werden, wie es in einem 2018 vom BGH entschiedenen Fall passiert war.³¹⁶ Dem Beschuldigten wurde dort vorgetäuscht, er ähnele dem Verdächtigen eines Raubüberfalls. Diese schwerwiegenden Vorwürfe führen zu einem psychischen Druck auf den Befragten, der gegen *nemo tenetur* verstößt.

c) Fazit

Die Täuschung und Vernehmung des beschuldigten Fahrers ist strafprozessualer Natur und verstößt gegen Belehrungspflichten sowie gegen das Beweiserhebungsverbot des § 136a StPO. Daher ist eine solche Beweiserhebung als rechtswidrig zu klassifizieren.

8. Eingriff durch Kumulation der Legendierten Methoden?

Zu erwägen wäre weiter, ob gerade die Kumulation der Maßnahmen zu einem eigenständigen Grundrechtseingriff führt. Das BVerfG hat das Gefahrenpotenzial eines „additiven Grundrechtseingriffs“ erstmals in einer Entscheidung 2005 anerkannt.³¹⁷ Im zugrundeliegenden Fall war der Betroffene durch verschiedene staatliche Stellen überwacht worden, wobei die einzelnen Observationsmaßnahmen für sich genommen rechtmäßig waren. Jedoch führten sie in Summe zu einer verfassungswidrigen Gesamtüberwachung.

³¹⁴ S. dazu auch *Schefer*, der insofern jedoch eine unbewusste Irreführung annimmt, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 234.

³¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1996, 2940.

³¹⁶ BGH, NSTZ-RR 2018, 146.

³¹⁷ BVerfGE 112, 304; dazu eingehend *Kirchhof*, NJW 2006, 732, der den Begriff der „kumulativen Belastungen“ für präziser befindet, *ders.*, NJW 2006, 732 Fn. 9.

Vorliegend verschärft zwar die Täuschung den Grundrechtseingriff (in Form der Durchsuchung) in die Rechte des betroffenen Fahrers. Jedoch liegen bei der Legendierten Kontrolle bereits im Ausgangspunkt mit der Durchsuchung und der Täuschung zwei eigenständige, bereits für sich genommen rechtswidrige Eingriffe vor. Auf die Kumulation der Maßnahmen kommt es daher hier nicht zuzätzlich an.

II. Beweisverwertung

Für die Praxis ist in erster Linie maßgeblich, ob die durch die Legendierte Kontrolle erhobenen Beweise im Strafprozess verwendet werden dürfen. Allein dass Beweise unrechtmäßig erhoben worden sind, führt im deutschen Strafrecht nicht zwangsläufig zu ihrer Unverwertbarkeit.³¹⁸ Vielmehr ist zu prüfen, ob Beweisverwertungsverbote eingreifen. Diese sind größtenteils nicht einfachgesetzlich geregelt,³¹⁹ sodass die höchstrichterliche Rechtsprechung sie aus der Verfassung herleitet: Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet das Gericht zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung,³²⁰ also auch zur fairen Handhabung des Beweisrechts und insbesondere der Beweislastregeln.³²¹ Das Instrument der Beweisverwertungsverbote ist allgemein anerkannt. Es ist gerade „kein Grundsatz der StPO, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste“.³²²

Stark umstritten sind jedoch die Voraussetzungen, die im Einzelnen zur Unverwertbarkeit von Beweisen führen.³²³

Der BGH entwickelte zunächst die sog. Rechtskreistheorie, nach der es darauf ankommen soll, ob die verletzte Norm den Rechten des Betroffenen zu dienen bestimmt war.³²⁴ Davon ausgehend entwarf das Schrifttum die sog. Schutzzwecktheorie, die eine Verwertung von fehlerhaft erhobenen Beweisen dann zulässt, wenn es dem Schutzzweck der verletzten Norm nicht widerspricht.³²⁵ Der revi-

³¹⁸ St. Rspr., s. nur BVerfG, NJW 2008, 3053, 3054; BVerfGE 130, 1, 29; BGHSt 24, 125, 128 ff.; 38, 214, 219 f.; 44, 243, 248 f.

³¹⁹ BGHSt 19, 325, 329 f.; 31, 304, 307; 38, 214, 219; eingehend Gössel, GA 1991, 483; s. auch Schroth, JuS 1998, 969, 970.

³²⁰ BVerfGE 52, 203, 207.

³²¹ BVerfGE 52, 131, 145 m.w.N.; 106, 28, 48.

³²² BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 308 f.; 38, 214, 219; zust. BVerfG, NJW 2011, 2783, 2784; vgl. auch BVerfGE 80, 367; Hauf, NStZ 1993, 457.

³²³ Eingehend Amelung, NJW 1991, 2533; Beulke, StV 1990, 180, 184. Für einen Überblick zu den verschiedenen Theorien s. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 23 ff.; eingehend zu den verschiedenen Konzeptionen auch Jäger, Beweisverwertungsverbote, S. 14 ff., 69 ff.

³²⁴ Grundlegend BGHSt 11, 213, 214 ff.; dazu Grünwald, JZ 1966, 489; Otto, GA 1970, 289; Bauer, NJW 1994, 2530; abl. etwa Schmidt, JZ 1958, 596; Rudolphi, MDR 1970, 93, 98; Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 25 f. m.w.N.; Hauf, NStZ 1993, 457.

³²⁵ Grundlegend Grünwald, JZ 1966, 489, 493 ff.; ferner Rudolphi, MDR 1970, 93; Petry, Beweisverbote, S. 77 ff.; s. auch BGHSt 46, 189, 195; Jäger, Beweisverwertungsverbote, S. 82 ff.

sionsrechtliche Ansatz nimmt dagegen unter Verweis auf § 337 StPO an, dass prinzipiell jede Rechtsverletzung gerügt werden kann.³²⁶ Da § 337 StPO eine kausale Beziehung zwischen dem Rechtsfehler und der Entscheidung voraussetzt, deutet dieser Ansatz auch auf die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe hin, also die Frage, ob das Beweismittel auch ohne den Rechtsverstoß hätte erlangt werden können.³²⁷

Inzwischen vertritt die Rechtsprechung die auf den Einzelfall bezogene Abwägungstheorie und bedient sich verschiedener Kriterien, um das Interesse der betroffenen Person einerseits und das Strafverfolgungsinteresse andererseits in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.³²⁸ Dabei sind die Art des Verbots und sein Schutzzweck ebenso wie das Gewicht des Verstoßes von Bedeutung. Auch die Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, die Intensität des Tatverdachts und die Schwere der Straftat werden berücksichtigt; außerdem die Frage, ob der Beweiswert beeinträchtigt ist, ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können (sog. hypothetischer Ersatzeingriff) und die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person.³²⁹ Insbesondere schwerwiegende, bewusste oder objektiv willkürliche Rechtsverstöße, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, können zu einem Beweisverwertungsverbot führen.³³⁰

Das BVerfG hat allerdings wiederholt betont, dass bei der Abwägung einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung von Verfassung wegen, insbesondere aufgrund des Rechtsstaatsprinzips, eine besondere Bedeutung zukommt. Für dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis spreche in einfachgesetzlicher Hinsicht der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 261 StPO, demzufolge grundsätzlich alle erhobenen Beweise auch in die Urteilsfindung einfließen sollten.³³¹

Somit sei ein Verwertungsverbot stets

„eine begründungsbedürftige Ausnahme [...], weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Härtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer

³²⁶ In diese Richtung etwa *Fezer*, Beweisverwertungsverbote, S. 8 ff.; dagegen aber *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 26 m.w.N.

³²⁷ Dazu näher unter 4. Kap. B. II. 2. a) bb) (3).

³²⁸ Grundlegend *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1; *ders.*, JZ 1996, 944; *ders.*, in: FS Grünwald, S. 523; *ders.*, in: FS Hanack, S. 293 ff.; BVerfGE 130, 1, 29; s. auch BGHSt 31, 304, 307 f.; 38, 214, 219 f.; 44, 243, 249; s. ferner die systematische Zusammenstellung bei *Eisenberg*, StPO, Teil III Rn. 362 ff.

³²⁹ BVerfGE 130, 1, 29 f.

³³⁰ BGHSt 51, 285, 289 ff.; zust. BVerfGE 130, 1, 30.

³³¹ Vgl. BVerfGE 106, 28, 48 f.; BGHSt 56, 127, 134 f.; abl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 30a.

Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell wichtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt [...]“.³³²

Das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess bestehe sogar umso mehr im Zusammenhang mit der wirksamen Aufklärung schwerer Straftaten (Proportionalitätsmaxime).³³³ Aus verfassungsrechtlicher Sicht sind Beweisverwertungsverbote laut BVerfG mithin nur in engen Grenzen geboten – namentlich nur dann, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führen, dass der angeklagten Person keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.

Die Abwägungslehre erfüllt aus Sicht des BVerfG auch die durch die EMRK gestellten zu berücksichtigenden Anforderungen.³³⁴ Der EGMR misst die Verwertbarkeit von Beweisen an den Maßstäben des fairen Verfahrens, die Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK aufstellt.³³⁵ Auch hier kommt es darauf an, ob ein Verfahren nach den Gesamtumständen noch als fair zu erachten ist.³³⁶ Dabei ist ein Faktor das Gewicht des Rechtsverstoßes.³³⁷

Da die Analyse der Beweiserhebung typischer Legendierter Kontrollen mehrere Rechtsfehler aufgezeigt hat, ist nun danach zu fragen, ob das gewonnene Beweismaterial anhand der eben skizzierten Maßstäbe dennoch im Strafprozess verwertet werden darf. Dies soll nachfolgend für jede der Einzelmaßnahmen erörtert werden.

1. Beweise aus der Legendierten Kontrolle (unmittelbar) vorangegangenen Ermittlungshandlungen

Die Beweiserhebung aus vorangegangenen Ermittlungen, die sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben halten, ist wie gesehen in aller Regel rechtmäßig. Ebenso verhält es sich bei Beobachtungen, die die Ermittlungsbehörden während

³³² BVerfGE 130, 1, 29; ebenso BGHSt 54, 69, 87, je m.w.N. der st. Rspr. Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung von Beweisverwertungsverboten BVerfGE 106, 28, 48.

³³³ BVerfGE 106, 28, 49; vgl. BVerfGE 34, 238, 248 f. m.w.N.; s. auch BVerfG, NJW 2008, 3053, 3054; BGHSt 44, 243, 249; 51, 285; BGH, NStZ 2004, 449, 450; BGH, NStZ 2007, 601, 602 f.

³³⁴ BVerfGE 111, 307, 324; 128, 326, 366 ff.; 130, 1, 30 f.

³³⁵ Näher bereits unter 3. Kap. A. II.

³³⁶ EGMR, NJW 1999, 3545, 3545 f. m.w.N. – Péllisier; NJW 2006, 3117, 3122 f. – Jalloh; NJW 2010, 213, 215 – Bykov; NJW 2010, 3145, 3148 ff. – Gäfgen.

³³⁷ EGMR, NJW 2006, 3117, 3122 f. – Jalloh. Gleiches gilt für die Verwertung von Beweismitteln, die unter Verletzung von Art. 8 EMRK gewonnen worden sind, s. EGMR, NJW 2010, 213, 215 – Bykov.

einer längerfristigen rechtmäßigen Observation machen. Eine diesen Ermittlungen nachfolgende Legendierte Kontrolle ändert daran freilich nichts. Insofern bestehen keine grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich einer Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung.

2. Beweise aus der Legendierten Durchsuchung

Im Kern geht es hinsichtlich der Legendierten Durchsuchung um die Frage nach der Verwertbarkeit des Drogenfundes, der als Hauptbelastungsbeweis im Prozess gegen den Kurier eine zentrale Bedeutung hat, aber rechtswidrig – nämlich u. a. unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt³³⁸ – erhoben worden ist.³³⁹ Daher steht zunächst die Frage nach der Verwertbarkeit von gezielten Funden im Vordergrund, bevor anschließend auch die Verwertbarkeit von Zufallsfunden thematisiert wird.

a) Gezielte Funde

Auch wenn der ertappte Kurier etwas anderes glauben soll, handelt es sich bei bereits an Bord vermuteten und dann auch aufgefundenen Betäubungsmitteln und damit in Zusammenhang stehenden Gegenständen, die als Beweise für diesbezügliche Straftaten dienen, um gezielte Funde. Dabei ist unbeachtlich, ob die Ermittler zuvor eine Vorstellung von der Art oder Menge der Betäubungsmittel hatten.

aa) Unanwendbarkeit des § 161 Abs. 3 StPO (§ 161 Abs. 2 StPO a. F.)

In der Diskussion um Legendierte Kontrollen wird teils erwogen, Beweise über § 161 Abs. 3 StPO in das Hauptverfahren einzuführen. § 161 Abs. 3 StPO (identisch mit Abs. 2 a. F.) regelt die Verwertung von außerstrafprozessual hoheitlich erlangtem Beweismaterial im Strafverfahren. Eine „Umwidmung“ ist namentlich dann möglich, wenn die Datenerhebung auch nach der Strafprozessordnung zur Aufklärung der in Rede stehenden Straftat hätte erfolgen dürfen (Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs).³⁴⁰ Weitere Voraussetzung ist, dass das Gesetz, auf das sich die Maßnahme ursprünglich stützt, eine strafprozessuale Verwertung erlaubt.³⁴¹ Dieses Erfordernis wird in aller Regel gem. § 23 Abs. 1 Nr. 4 BDSG

³³⁸ *Schefer* differenziert insofern zwischen dem Verstoß gegen den Richtervorbehalt und dem Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes mangels einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 227 ff. Im Grunde handelt es sich jedoch um denselben Fehler aus unterschiedlichen Blickwinkeln.

³³⁹ 4. Kap. B.I. 5. b) bb) (2) (b) aa).

³⁴⁰ BT-Drs. 16/5846, S. 64; *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 16; näher zum hypothetischen Ersatzeingriff s. 4. Kap. B.II. 2. a) bb) (3).

³⁴¹ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 161 Rn. 18c m.w.N.; *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 16.

oder der parallelen landesrechtlichen Normen erfüllt, welche eine u.a. zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten erforderliche Verarbeitung gestatten.³⁴² Die Einhaltung der formellen strafprozessualen Voraussetzungen verlangt § 161 Abs. 3 StPO dagegen nicht.³⁴³

In seinem Leiturteil zur Legendierten Kontrolle attestierte der BGH 2017 eine strafprozessuale Verwertbarkeit der vermeintlich nach Gefahrenabwehrrecht erhobenen Beweise gem. § 161 Abs. 2 StPO a.F.:

„Mit Blick auf das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis der unterschiedlichen formellen Voraussetzungen gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen für eine Lösung nach rein materiellen Gesichtspunkten entschieden. Damit kommt es bei der ‚Umwidmung‘ von auf präventiv-polizeilicher Rechtsgrundlage erlangter Daten nach § 161 II 1 StPO gerade nicht darauf an, ob die formellen Anordnungsvoraussetzungen nach der StPO, wie hier etwa das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, gewahrt worden sind [...]. Vielmehr setzt die Datenverwendung nach § 161 II 1 StPO grundsätzlich nur voraus, dass die zu verwendenden Daten polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden [...], sie zur Aufklärung einer Straftat dienen, aufgrund derer eine solche Maßnahme nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen, und dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Beweisgewinnung gemäß der StPO vorgelegen haben. Die mögliche Gefahr der Umgehung der engeren formellen Voraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsnorm hat der Gesetzgeber gesehen, aber ersichtlich hingenommen [...]“.³⁴⁴

Entscheidend sei,

„dass ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss auf strafprozessualer Grundlage zweifelsfrei erlassen hätte“.³⁴⁵

Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme durch die Wahl der Maßnahme wollte das Gericht nicht erkennen.³⁴⁶ Der BGH hielt jedoch fest, dass eine solche Umgehung vorliege, wenn Polizeirecht zur Legitimierung einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme vorgeschoben werde; ebenso, wenn eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme nur deshalb eingesetzt werde, weil eine vergleich-

³⁴² *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 16; s. aber die *lex specialis* § 4 Abs. 4 Nr. 2 GlO; § 32 Abs. 2 Nr. 4 BPolG.

³⁴³ Vgl. *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 449 m.w.N. zu § 161 Abs. 2 StPO a.F.

³⁴⁴ BGHSt 62, 123, 137 f.; dem nachfolgend BGH, NStZ-RR 2018, 146, 147; vgl. auch BGH, NStZ-RR 2016, 176 zu §§ 22, 23 NdsSOG; zust. *Altvater*, in: FS Schlotthauer, S. 1, 11 f.; *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 16; s. auch BGH, NStZ-RR 2016, 176; krit. *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 708.

³⁴⁵ BGHSt 62, 123, 138.

³⁴⁶ BGHSt 62, 123, 138; s. auch BGHSt 54, 69, 89 f. m.w.N.; zum Begriff der Umgehung BGH, NJW 1996, 2940, 2941 f.

bare Maßnahme nach der StPO nicht möglich wäre, zum Beispiel wegen der Annahme, dass ein Ermittlungsrichter einen erforderlichen Beschluss nicht erlassen hätte.³⁴⁷

Wie bereits festgehalten, ist zumeist vom Vorliegen der materiellen Voraussetzungen einer strafprozessualen Durchsuchung, aber einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt unter zugleich fälschlicher Einordnung als Präventivmaßnahme auszugehen.³⁴⁸ Streng genommen ist § 161 Abs. 3 StPO daher bereits seinem Wortlaut nach nicht einschlägig – das Beweismaterial ist nicht „nach anderen Gesetzen“, sondern mit repressivem Zweck erlangt und muss folglich nicht umgewidmet werden.

Zudem meint die Norm Maßnahmen, die nur bei Verdacht einer Katalogtat zulässig sind, wie etwa die Telekommunikationsüberwachung.³⁴⁹ Eine Durchsuchung ist vom Wortlaut des § 161 Abs. 3 StPO also nicht gemeint.³⁵⁰

Zugleich wird das vom BGH betonte Erfordernis einer rechtmäßigen Erhebung – auch nach Gefahrenabwehrrecht – nicht erfüllt.³⁵¹ Schließlich ergibt sich auch aus dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs nichts anderes: Die in Legendierten Kontrollen durchgeführten Maßnahmen wären so, nämlich nicht (vollständig) offen, nach StPO gerade nicht möglich gewesen.³⁵² Ein anderes Ergebnis würde einen Anreiz setzen, die Voraussetzung des Richtervorbehaltes stets zu umgehen.³⁵³

bb) Abwägung hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbotes

Rechtliche Mängel einer Durchsuchung führen nach herrschender Meinung nicht in jedem Fall zur Unverwertbarkeit der dabei zutage geförderten Beweismittel.³⁵⁴ Anhand der oben aufgezeigten Maßstäbe ist in einer umfassenden Abwägung zu ergründen, ob der Verstoß schwer genug wiegt, um ein Beweisverwertungsverbot nach sich zu ziehen.

³⁴⁷ BGHSt 62, 123, 138.

³⁴⁸ Eingehend 4. Kap. B.I.5.b).

³⁴⁹ S. hierzu nur Kölbel, in: MüKo StPO, § 161 Rn. 46f.; Jäger, JA 2018, 551, 552; anders Noltenzmeier/von Osten, in: KMR, StPO, § 161 Rn. 28.

³⁵⁰ S. aber Nowrouzian, der folgert, eine Durchsuchung sei erst recht erfasst, ders., NSTZ 2018, 254, 255 m.w.N.

³⁵¹ Jedenfalls ist mit Löffelmann davon auszugehen, dass eine Umwidmung bei „gezielter Umgehung prozessualer Sicherungen“ in verfassungskonformer Auslegung auscheiden muss, ders., JR 2017, 596, 602.

³⁵² Vgl. auch Gubitz, NSTZ 2016, 128; Lenk, StV 2017, 692, 695 Fn. 21.

³⁵³ Vgl. BGH, NSTZ 2012, 104, 105; s. dazu auch Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 230f. m.w.N.

³⁵⁴ BGH, NSTZ 1989, 375, 376.

(1) Proportionalitätsmaxime als Ausgangspunkt

Der typische Fall Legendierter Kontrollen dreht sich um die Verfolgung schwerer, Organisierter Kriminalität. Laut der Proportionalitätsmaxime der Rechtsprechung spricht das bereits im Ausgangspunkt gegen ein Beweisverwertungsverbot, da das Strafverfolgungsinteresse in diesen Fällen besonders groß sei.³⁵⁵ Die Aufklärung gerade schwerer Straftaten sei ein wesentlicher Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens.³⁵⁶

(2) Schutzzweck des Richtervorbehalts

In Fällen, in denen gegen eine prozessuale Norm verstoßen wurde, fließt deren Schutzzweck in die Abwägung mit ein. Dient die betreffende Verfahrensvorschrift nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz der betroffenen Person, liegt ein Verwertungsverbot fern. Für ein Beweisverwertungsverbot spricht aber, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung der betroffenen Person im Strafverfahren zu sichern.³⁵⁷ Die Legendierte Kontrolle krankt neben anderen Rechtsfehlern an einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt, sodass dessen Schutzzweck maßgeblich ist. Über die Funktion des Richtervorbehalts gibt es jedoch verschiedene Meinungen, die sich teils überschneiden und daher nicht stets klar voneinander abzugrenzen sind.³⁵⁸

(a) Schweretheorie: Ausgleich für schwerwiegende Grundrechtseingriffe

Ursprünglich war die Auffassung weit verbreitet, der Richtervorbehalt diene als Ausgleich für schwerwiegende Eingriffe in (besonders wichtige) Grundrechte³⁵⁹ und fungiere als zusätzliche Absicherung, da Betroffene durch einen

³⁵⁵ Vgl. BGHSt 44, 243, 250: „Besonderheiten [...], die das Gewicht des Verfahrensverstößes so weitgehend mindern, daß dem im Rechtsstaat wichtigen Allgemeininteresse an der Aufklärung und gerechten Ahndung schwerwiegender Taten, zumal wenn diese (...) auch in ihrer konkreten Ausführung nach verursachtem Schaden und krimineller Intensität besonders gefährlich sind ...“.

³⁵⁶ BVerfGE 29, 183, 194; 34, 238, 248 f.; dem nachfolgend BVerfGE 77, 65, 76; 80, 367, 375; 100, 313, 389; 107, 299, 316; 139, 245, 278. Das Schrifttum kritisiert an diesem Ansatz wiederum, dass dem erhöhten Strafverfolgungsinteresse bei schwereren Delikten bereits durch umfangreichere Eingriffsmöglichkeiten Rechnung getragen werde. Die unterschiedlich schwere Schuld werde schließlich auch im Strafmaß berücksichtigt, vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 30.

³⁵⁷ BGHSt 11, 213; 38, 214, 219 f.

³⁵⁸ So auch *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 44.

³⁵⁹ Vgl. nur BVerfGE 103, 142, 151; *Schnarr*, NStZ 1991, 209, 210; *Bottke*, StV 1986, 120, 124; *Rieß/Thym*, GA 1981, 189, 191; *Niese*, ZStW 63 (1951), 199, 216 ff.; *Gentz*, Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 135 ff.; *Hilger*, in: GS Meyer, S. 209, 214, 220; *Menges*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 98 Rn. 6; *Krehl*, JR 2001, 491, 494; *ders.*, NStZ 2003, 461, 463.

unrechtmäßigen Eingriff besonders großen Schaden erleiden würden.³⁶⁰ Dafür spricht, dass zuweilen Gesetzesmaterialien bei der Einführung eines Richtervorbehalts auf die Bedeutung des jeweilig zu schützenden Grundrechts rekurren. Bezweifelt wird dieser Ansatz aber mit der Begründung, dass die Verfassung eine Hierarchie der Grundrechte nicht vorsehe,³⁶¹ sodass letztlich nicht die Wichtigkeit des Grundrechts maßgeblich sein könne, sondern höchstens die Intensität des Eingriffs im Einzelfall.³⁶²

Typischerweise wird eine Durchsuchung als schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte gewertet.³⁶³ Zwar berührt eine Personen- oder Sachdurchsuchung nicht die Unverletzlichkeit der Wohnung, sodass der Richtervorbehalt insofern nicht ausdrücklich von der Verfassung angeordnet ist (vgl. Art. 13 Abs. 2 GG). Dennoch dringen die Beamten auch bei einer Personen- oder Sachdurchsuchung in die Privatsphäre der Betroffenen ein. Dieser Eingriff wird oftmals dadurch intensiviert, dass er mit einer öffentlichen Stigmatisierung einhergeht, denn gerade eine Durchsuchung, die nicht in einer Privatwohnung stattfindet, kann potenziell von Dritten beobachtet werden, die vorschnell auf die Schuld der Betroffenen (womöglich für viel schwerwiegendere Delikte) schließen. Es ist daher ein weithin bekanntes Problem, dass bereits die Einleitung von Ermittlungen schwerwiegende Folgen für die Beschuldigten haben und deren Ansehen nachhaltig schädigen kann. Das gilt auch für die Personen- und Sachdurchsuchung, die aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein gewisses Gewicht der Vorwürfe voraussetzen.

(b) Gesetzeswahrung und präventiver Rechtsschutz

Darüber hinaus soll dem Richtervorbehalt eine gesetzeswahrende Funktion innewohnen, indem Richter durch ihre zusätzliche Überprüfung die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme sicherstellen und so das Gesetzmäßigkeitsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG stärken.³⁶⁴ Auf diese Weise soll ihnen eine begrenzende

³⁶⁰ *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 43 m.w.N.; *Gentz*, Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 135 ff.; *Held*, Grundrechtsbezug, S. 186 f. (allerdings bezogen auf den verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG); *Hilger*, in: GS Meyer, S. 209, 214, 220; *Krehl*, JR 2001, 491, 494; *Schnarr*, NStZ 1991, 209, 210, allerdings ohne eine Differenzierung: Eingriff „in schwerwiegender Weise in die Rechtssphäre des Betroffenen, seine Grundrechte“; vgl. *Bottke*, StV 1986, 120, 121 ff.; *Rieß/Thym*, GA 1981, 1989 ff.; *Niese*, ZStW 63 (1951), 199, 215 ff.

³⁶¹ Einzige Ausnahme bildet die Menschenwürde aus Art. 1 GG als vorrangiges Grundrecht, das folgerichtig keine Abwägung (zugunsten anderer Grundrechte) zulässt.

³⁶² So *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 45 f.

³⁶³ Vgl. *Bruns*, in: KK-StPO, § 102 Rn. 12.

³⁶⁴ *Brüning*, ZJS 2010, 129 f.; *dies.*, ZIS 2006, 29; *dies.*, Richtervorbehalt, S. 112 ff., 122; *Rabe von Kühlewein*, Richtervorbehalt, S. 421 f.; *Hilger*, in: GS Meyer, S. 209, 224; *Krehl*, JR 2001, 491; *Paeffgen*, JZ 1997, 178, 186; *Gusy*, JZ 1998, 167, 172; ähnlich *Schnarr*, NStZ 1991, 209, 210; s. auch *Spaniol*, in: FS Eser, S. 473, 479 f.

Funktion zukommen.³⁶⁵ Richter werden für diese Aufgabe als in besonderem Maße geeignet angesehen, da sie gem. Art. 97 GG persönlich und sachlich unabhängig sind.³⁶⁶ Im Gegensatz zu Beamten der Polizei und Staatsanwaltschaft, die natürlich ebenfalls an das Gesetz gebunden sind, stünden sie dem (Ermittlungs-) Verfahren mangels Vorbefassung und Erfolgsdruck neutraler gegenüber.³⁶⁷

Eine bedeutsame Facette der Gesetzeswahrung bildet der präventive Rechtsschutz, der teils auch als eigenständiger Zweck begriffen wird.³⁶⁸ Das BVerfG hat mehrfach betont, dass der Richtervorbehalt dem präventiven Rechtsschutz in Fällen diene, in denen der Betroffene regelmäßig keine oder nicht ausreichende Kenntnis von gegen ihn gerichteten Maßnahmen habe und somit keine Möglichkeit, vor Vollzug angehört zu werden, geschweige denn, sich vorher zu wehren (sog. strukturelle Rechtsschutzdefizite).³⁶⁹ Da die betroffene Person in den entsprechenden Fällen nicht für sich selbst eintreten kann, wird ihr durch den Richter eine unparteiische Person an die Seite gestellt, die aufgrund ihrer Stellung am besten stellvertretend die Rechte und Interessen bereits im Vorhinein berücksichtigen und die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen genau überwachen könne.³⁷⁰ Der Richtervorbehalt wird daher auch teils im Lichte des Art. 103 Abs. 1 GG (rechtliches Gehör) und des Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsweggarantie) gesehen.³⁷¹

Die Polizei führt Durchsuchungen klassischerweise überraschend durch, damit keine Beweise beiseite geschafft werden können. Die präventive Funktion des Richtervorbehalts zur Interessenwahrung der Betroffenen im Rahmen von Durch-

³⁶⁵ Vgl. BVerfGE 16, 194, 201 f.; 42, 212; *Schnarr*, NSTz 1991, 209, 210; *Brüning*, ZIS 2006, 29.

³⁶⁶ BVerfGE 77, 1, 51; 103, 142, 151; 139, 245, 266; vgl. auch *Krehl*, NSTz 2003, 461, 463; vgl. auch *Rieß/Thym*, GA 1981, 189, 204: „Garant für die Rechtmäßigkeit solcher Eingriffe.“

³⁶⁷ BVerfGE 77, 1, 51; 103, 142, 151, 154: „unbeteiligter Dritter“; *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 45 m.w.N.; *Brüning*, ZJS 2010, 129, 130; *Brüning*, Richtervorbehalt, S. 113 m.w.N.

³⁶⁸ Diesen Gesichtspunkt betont besonders *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S. 62: „Die präventive Einschaltung des Richters ist die tragende Säule des Rechtsschutzsystems der Strafprozessordnung“; vgl. auch *Nelles*, Kompetenzen, S. 46 ff.

³⁶⁹ Vgl. BVerfGE 103, 142, 153 f.; ähnlich *Krehl*, NSTz 2003, 461, 463.

³⁷⁰ Vgl. BVerfGE 9, 89, 97; 77, 1, 51; 103, 142, 153: „grundrechtssichernde Schutzfunktion“; BVerfGE 139, 145, 278: „Auftrag zur Gewährung präventiven Grundrechtsschutzes“ des Ermittlungsrichters; BVerfGE 139, 245, 266; 103, 142, 151; BVerfG, NJW 2003, 2303, 2304. Darüber hinaus darf in den Rechtskreis des Einzelnen nicht in weiterem Umfang eingegriffen werden, als es der Zweck der Durchsuchung erfordert, vgl. BVerfGE 20, 162, 187, 223; vgl. auch *Roxin*, NSTz 1989, 375, 379.

³⁷¹ *Wohlers/Greco*, in: SK-StPO, § 98 Rn. 6; *Nelles*, Kompetenzen, S. 51 ff.; *Schnarr*, NSTz 1991, 209, 210; s. aber *Brüning*, ZIS 2006, 29, die betont, dass das rechtliche Gehör im außergerichtlichen Ermittlungsverfahren durch den Richtervorbehalt erst anwendbar werde; vgl. auch *Rabe von Kühlewein*, Richtervorbehalt, S. 413.

suchungen ist daher anerkannt.³⁷² Genauso verhält es sich im Fall Legendierter Kontrollen. Eine richterliche Überprüfung ist insbesondere dahingehend vonnöten, dass genügend konkrete Anzeichen vorliegen, die einen Tatverdacht begründen und die Durchsuchung verhältnismäßig erscheinen lassen.

(c) Ausgleich für prozessexterne und -interne Doppelbelastung

Weiter geht der Ansatz, demzufolge der Richtervorbehalt nicht nur als zusätzliche Absicherung, sondern gar als Kompensation für eine doppelte Belastung der Betroffenen dient. Danach beschwere die Maßnahme den Betroffenen nicht nur im Moment ihres Vollzugs, sondern auch in einem sich anschließenden Strafverfahren, wenn die erhobenen Beweise gegen ihn verwendet würden. Dies begründe eine besondere Schutzwürdigkeit des Betroffenen schon im Zeitraum des Ermittlungsverfahrens.³⁷³

Man könnte die doppelte Belastung des Betroffenen hingegen mit dem Argument angreifen, dass einer Maßnahme auch zuweilen eine entlastende Funktion zukommen kann. Im Fall der Durchsuchung entspricht es allerdings nicht der Lebenswirklichkeit, dass sie typischerweise *für* die Betroffenen wirkt. Im Zeitpunkt der Anordnung kann das nicht vorhergesagt werden, sondern es ist ganz im Gegenteil gerade Voraussetzung, dass das Auffinden von belastendem Material vermutet wird.

Interessanterweise gibt es für die Durchsuchung – wie bereits thematisiert – Parallelnormen im Gefahrenabwehrrecht, die gerade keinen Richtervorbehalt vorsehen – obwohl sich ihre Auswirkungen auf die Adressaten (Störer bzw. Beschuldigte) im Moment der Durchführung nicht unterscheiden. Das suggeriert, dass der strafprozessuale Richtervorbehalt nicht (ausschließlich) der Schwere des Eingriffs im Moment seiner Vornahme geschuldet ist, denn in dem Fall müsste auch das Gefahrenabwehrrecht stets einen Richtervorbehalt vorsehen. Der Vergleich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung legt somit nahe, dass die richterliche Anordnung auch der Doppelbelastung durch eine etwaige spätere Verwendung der Beweise im Strafprozess geschuldet ist.³⁷⁴

³⁷² Vgl. BVerfGE 139, 245, 265 im Hinblick auf die Wohnungsdurchsuchung mit übertragbarer Begründung.

³⁷³ *Brüning*, ZIS 2006, 29, 30; s. auch *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063, 1064 f. je m.w.N.

³⁷⁴ Eine Widerlegung der Schweretheorie erreicht der Vergleich dennoch nicht, denn es ist zu bedenken, dass die Doppelbelastung den Eingriff intensiviert, sodass der repressiven Durchsuchung im Vergleich zu der präventiven eine besondere Schwere zukommt.

(d) Gewaltenteilende Funktion

Ebenfalls seit geraumer Zeit wird der Richtervorbehalt als Ausdruck der Gewaltenteilung begriffen, zumal die Exekutive auf die Mitwirkung der Judikative angewiesen ist.³⁷⁵ Diese Umverteilung von Verantwortung für das Verfahren soll einerseits als Ansporn für die Staatsanwaltschaft dienen, sorgfältig genug zu arbeiten, um einen Richter mit dem vorgebrachten Material überzeugen zu können. Andererseits kann ein versehentlich unterlaufener Fehler korrigiert und – in Einzelfällen – Missbrauch vorgebeugt werden. Der „Gewaltenbalancierung durch wechselseitige Kontrolle und Hemmung“ (checks and balances)³⁷⁶ durch den Richtervorbehalt soll so ein Stück weit zur Chancengleichheit des Betroffenen beitragen.

(e) Weitere Erklärungsansätze

Zwar führt die Notwendigkeit, einen richterlichen Beschluss einzuholen, unweigerlich zu einer Entschleunigung des Verfahrens. Ob dies neben notwendiger Konsequenz auch erwünschte Folge ist,³⁷⁷ bleibt aber zu bezweifeln. Denn die gründliche richterliche Überprüfung der Zulässigkeit der beantragten Ermittlungsmaßnahme, der es aus den genannten Gründen bedarf, braucht zwar eine gewisse Zeit. Die Verzögerung ist aber kein Selbstzweck: Wäre die richterliche Überprüfung rein hypothetisch auch ohne jegliche Verzögerung möglich, wäre dies vorzuziehen, um einem Beweismittelverlust vorzubeugen. Das zeigt beispielsweise die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft für Durchsuchungen, die bei Gefahr im Verzug die richterliche Anordnungskompetenz suspendiert.

Ob die richterliche Überprüfung darüber hinaus bis zu einem gewissen Grad als Ausgleich für die Unbestimmtheit eines Tatbestands dient, ist umstritten.³⁷⁸ Grundlegende Zweifel an der Bestimmtheit des § 105 StPO sind aber jedenfalls nicht ersichtlich.

(f) Kritik

Obwohl eine eigenständige Prüfung gefordert ist,³⁷⁹ orientieren sich richterliche Beschlüsse oftmals eng an den Anträgen der Staatsanwaltschaft und nehmen sie weitgehend in Bezug.³⁸⁰ Weil der Sicherungsmechanismus des Richtervorbe-

³⁷⁵ Vgl. BVerfGE 139, 245, 265, das den Grundsatz der Gewaltenteilung gar als „zentrale(n) Ausgangspunkt für das Verständnis des Richtervorbehalts“ wertet.

³⁷⁶ Nelles, Kompetenzen, S. 48 m.w.N.; Schnarr, NStZ 1991, 209, 210.

³⁷⁷ So Disselkamp, Richtervorbehalt, S. 58, vgl. auch S. 285.

³⁷⁸ Dafür Denninger, KJ 1985, 215, 236; a.A. Gusy, GA 2003, 672, 682; neutral Rabe von Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 415 f.

³⁷⁹ BVerfGE 96, 44, 51; 103, 142, 151; BVerfG, NJW 2007, 1443.

halts aber ohne eigenständige Prüfung in der Praxis nicht greifen kann, wird das Institut teils wegen seiner Ineffizienz scharf kritisiert;³⁸¹ etwa als „Wachhund, der weder bellt noch beißt“.³⁸² Einige Stimmen schließen aus den hohen Fallzahlen stattgebender richterlicher Beschlüsse, dass der Richtervorbehalt in der Praxis seiner ihm zugewiesenen Funktion als prozedurale Grundrechtssicherung nicht gerecht werde.³⁸³ Daneben besteht die Sorge einer Aushöhlung durch Eilanordnungs Kompetenzen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen³⁸⁴ sowie durch grenzüberschreitende Ermittlungen, die zu einer Umgehung der nationalen Hürden führen könnten.³⁸⁵

(g) Stellungnahme

Seine Schutzwirkung kann dem Richtervorbehalt trotz der teils berechtigten Kritik nicht pauschal abgesprochen werden. Auch wenn die richterliche Überprüfung zuweilen nicht so gründlich erfolgt, wie sie es sollte, kann dieser Befund nicht ohne Weiteres verallgemeinert werden. Insbesondere hat die Rechtsprechung mittlerweile klare und enge Grenzen für die Annahme der Eilkompetenz herausgearbeitet. Auch die Anforderungen an die richterliche Überprüfung der Anträge und die Begründungspflichten sind konkretisiert.

Somit ergeben sich mehrere Schlussfolgerungen: *Erstens*: Es kann bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt nicht unterstellt werden, dass ohnehin keine ordentliche Prüfung stattgefunden hätte. Selbst wenn es die Missstände in dem behaupteten Umfang gäbe, müsste diesen entgegengewirkt werden.³⁸⁶ Würden Verstöße gegen den Richtervorbehalt nicht mit einem Beweisverwertungsverbot

³⁸⁰ *Backes/Gusy*, StV 2003, 249; *Brüning*, ZIS 2006, 29, 32 f.; vgl. zur Verfassungswidrigkeit einer richterlichen Durchsuchungsanordnung aufgrund unzureichender Begründung BVerfG, NJW 2005, 965, 966; zu den inhaltlichen Voraussetzungen einer Durchsuchungsanordnung BVerfG, NJW 2007, 1443; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 17 m.w.N.

³⁸¹ Zu dem darüber hinausgehenden Vorwurf, der Richtervorbehalt werde als „gesetzgeberisches Vehikel“ missbraucht, um immer weitergehende Grundrechtseingriffe zu legitimieren, s. *Weßlau*, StV 1996, 578, 580; *Stadler*, ZRP 2013, 179; ähnlich *Lorenz*, JZ 1992, 1000, 1009; *Asbrock*, ZRP 1998, 17, 19; *Gusy*, JZ 1998, 167, 169; zurückhaltender *Krehl*, NSTZ 2003, 461; s. bereits *ders.*, JR 2001, 491.

³⁸² *Asbrock*, ZRP 1998, 17; ähnlich *Brüning*, immerhin als Frage formuliert: „zahnloser Tiger?“, *dies.*, ZIS 2006, 29.

³⁸³ *Krehl*, NSTZ 2003, 461 mit Verweis auf empirische Untersuchungen von *Backes/Gusy*, StV 2003, 249 ff.

³⁸⁴ *Nelles*, Kompetenzen, S. 179 f.; *Amelung*, NSTZ 2001, 337; *Brüning*, ZIS 2006, 29.

³⁸⁵ *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 207 ff.; *Brüning*, ZIS 2006, 29, 33 f.

³⁸⁶ So sehen auch kritische Stimmen den Richtervorbehalt als verfassungsrechtlich gebotenes Instrument an, das nicht abgeschafft, sondern vielmehr gestärkt werden sollte; s. nur *Brüning*, ZIS 2006, 29, 34 f.; *dies.*, ZJS 2010, 129, 134.

belegt, käme das aber einer Kapitulation, ja einer Förderung dieser Rechtsverstöße gleich.³⁸⁷

Zweitens: Der Richtervorbehalt erfüllt verschiedene Funktionen, die teils ineinander übergehen oder miteinander zusammenhängen.³⁸⁸ Auch dort, wo das Grundgesetz ihn nicht explizit anordnet, ist er verfassungsrechtlich aufgeladen. Im Falle der Durchsuchung dient er insbesondere der Wahrung der Betroffenenrechte im Wege des präventiven Rechtsschutzes. Somit gilt, dass ein Mangel der Anordnungszuständigkeit grundsätzlich nicht nachträglich kompensierbar ist³⁸⁹ und tendenziell einen schweren Verstoß begründet.

Der Schutzzweck des Richtervorbehalts spricht damit für ein Beweisverwertungsverbot im Fall Legendierter Kontrollen.

(3) Ablauf bei hypothetischem Ermittlungsverlauf

Zuweilen wird, wie bereits angedeutet, auch der hypothetisch rechtmäßige Ermittlungsverlauf berücksichtigt, also gefragt, ob das Ermittlungsergebnis bei einem rechtmäßigen Vorgehen dasselbe gewesen wäre.³⁹⁰ Der BGH hat in der Vergangenheit im Falle einer Durchsuchung ohne die erforderliche richterliche Anordnung bereits entschieden, dass dieser Mangel jedenfalls dann kein Verwertungsverbot auslöse, wenn dem Erlass der Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche keinem Beweiserhebungsverbot unterlegen hätten.³⁹¹

Dagegen lehnt die Rechtsprechung einen Rückgriff auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf bei bereits fehlender Eingriffszuständigkeit zumeist ab.³⁹² Das bloße Argument, es wäre im hypothetischen Verlauf „sowieso“ zu einer Durchsuchung gekommen und ein Verstoß sei daher unbeachtlich, ginge fehl, denn mit dieser Begründung könnte jederzeit jeder Richtervorbehalt außer Acht gelassen werden.³⁹³

³⁸⁷ Zu dieser Problematik *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 26 m.w.N.; *Wolter*, NStZ 1984, 275, 277; *Roxin*, NStZ 1989, 376, 379.

³⁸⁸ So auch *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S. 44.

³⁸⁹ Vgl. *Roxin*, NStZ 1989, 375, 379; *Fezer*, StV 1989, 290, 292 ff.

³⁹⁰ BGHSt 51, 285, 291, 295 f.; in jüngerer Zeit vgl. etwa BGH, NStZ 2016, 111, 113; BGH, NStZ 2016, 551, 552 f. m. Anm. *Schneider*; krit. *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 39; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 140; vgl. auch AG Braunschweig, StV 2001, 393, 394; *Rogall*, NStZ 1988, 385, 391; *Fezer*, StV 1989, 290, 292 ff.; *Krekeler*, NStZ 1993, 263, 264; *Ransiek*, StV 2002, 565.

³⁹¹ BGH, NStZ 1989, 375, 376; vgl. auch BGH, NStZ 2004, 449, 450. Ein Abstellen auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf als Fehlerbegrenzung entspricht auch prozessökonomischen Grundsätzen, vgl. *Rogall*, NStZ 1988, 385, 387.

³⁹² BGHSt 31, 304, 306; 44, 243, 249; BGH, NStZ-RR 2002, 176; im Überblick *Rogall*, NStZ 1988, 385, 389; s. auch BGH, NStZ 2012, 104, 105; BGHSt 61, 266, 276.

³⁹³ *Roxin*, NStZ 1989, 375, 379. *Hauschild* geht daher davon aus, dass bei Nichtbeachtung des Richtervorbehalts der hypothetisch rechtmäßige Ermittlungsverlauf niemals

Die Literatur hat insofern differenzierende Lösungen vorgetragen: Der hypothetische Ermittlungsverlauf dürfe etwa dann berücksichtigt werden, wenn der hypothetisch rechtmäßige Verlauf mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenfalls zum Erfolg geführt hätte, die Anordnung durch die handelnde Ermittlungsperson nicht schlechthin verboten gewesen sei und jene in gutem Glauben gehandelt habe. Denn gegenüber einer „an sich ‚rechtstreuen‘ Polizei“ sei das präventive Schutzbedürfnis der Betroffenen entsprechend verringert.³⁹⁴ Spiegelbildlich könne dort kein Raum für hypothetische Erwägungen bleiben, wo der Verstoß gegen den Richtervorbehalt bewusst erfolgt, also der präventive Rechtsschutz gezielt ausgehebelt worden ist.³⁹⁵

§ 105 Abs. 1 S. 1 StPO sieht ein Kombinationsmodell vor, demzufolge die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen nicht schlechthin von der Anordnung ausgeschlossen sind, sondern bei Gefahr im Verzug eine Eilkompetenz haben. Nach den Erwägungen der Literatur lässt es das Vorgehen weniger willkürlich erscheinen, als wenn die Ermittelnden zu der Anordnung der Durchsuchung generell niemals befugt wären. Deshalb könnte erwogen werden, den Verstoß als weniger schwerwiegend einzustufen.³⁹⁶

Dafür spricht auf den ersten Blick auch, dass bei der Legendierten Kontrolle die Voraussetzungen für die richterliche Anordnung einer strafprozessualen Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO regelmäßig vorliegen. Die Verdachtslage gegen den Fahrer als Täter einer Betäubungsmittelstraftat wird sogar wesentlich konkreter sein als mindestens erforderlich. Dass tatsächlich Drogen gefunden werden, also die Ermittelnden „Recht“ behalten, sagt zwar nichts darüber aus, ob auch ex ante die Durchsuchungsvoraussetzungen bestanden.³⁹⁷ Allerdings liegen den Behörden in den betreffenden Fällen oftmals dank personell und technisch aufwändiger verdeckter Maßnahmen vergleichsweise umfassende Informationen vor. Somit lässt sich zu recht annehmen, dass der Ermittlungsrichter dem Antrag auf Durchsuchung mit hoher Wahrscheinlichkeit stattgegeben hätte.³⁹⁸

herangezogen werden dürfe, *ders.*, in: MüKo StPO, § 105 Rn. 39; ebenso überzeugend *Fezer*, StV 1989, 290, 292 ff., da es dann an der notwendigen im Voraus festgelegten personellen und inhaltlichen Begrenzung der Zwangsmaßnahme fehle.

³⁹⁴ *Roxin*, NStZ 1989, 375, 379; vgl. differenzierend auch *Rogall*, NStZ 1988, 385 ff. m.w.N.

³⁹⁵ *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 24a; vgl. *Eisenberg*, StPO, Kap. 5 Rn. 409.

³⁹⁶ Zwar ist die Rechtsprechung bei der Auslegung von „Gefahr im Verzug“ äußerst restriktiv und nimmt bei Verstößen gegen die Anordnungskompetenz regelmäßig Beweisverwertungsverbote an, s. nur BGH, NStZ 2012, 104, 105. Dies entspricht hingegen nicht der Situation der Legendierten Kontrolle, in der sich die Ermittlungspersonen gar nicht auf ihre Eilkompetenz berufen.

³⁹⁷ Überzeugend *Mitsch*, NJW 2017, 3124, 3126.

³⁹⁸ Krit. aber *Mitsch*: „Die nachträgliche Anordnungshypothese ist der wirklichen richterlichen Prüfung, die der Anordnung vorausgeht, nicht gleichwertig. Das liegt

Der Grund, weshalb die Ermittlungsbehörden keinen richterlichen Beschluss einholen, ist also nicht die Befürchtung, die Beweislage werde nicht ausreichen – insbesondere, wenn die vorangegangenen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen schon richterlich gebilligt wurden. Vielmehr ist das Vorgehen dadurch motiviert, die Bekanntgabe des Durchsuchungsbeschlusses und dessen Begründung als unausweichliche Begleiterscheinung zu vermeiden. Bei bewussten Rechtsverstößen lehnt aber auch die Rechtsprechung einen Rückgriff auf den hypothetischen Ersatzeingriff ab.³⁹⁹

(4) Bewusste und systematische Umgehung als schwerer Verstoß

Die Rechtsprechung bestimmt das Gewicht des Rechtsverstoßes im Einzelfall auch danach, ob er gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde.⁴⁰⁰ Das BVerfG betont, dass eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden dürfe, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot könne daher in erster Linie nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden seien, geboten sein.⁴⁰¹ „Willkürlich“ meint hier objektiv unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr vertretbar. Auch der BGH neigt einem Verwertungsverbot insbesondere bei grober Verkennung und bewusster Missachtung der Rechtslage zu.⁴⁰² Ein bewusster Rechtsbruch stelle einen Verstoß gegen das faire Verfahren dar. Auch die Hypothese eines möglichen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs könne über einen solchen Verstoß nicht hinweghelfen; ihr kommt nach Ansicht des BGH bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts im Rahmen der Abwägungsentscheidung über ein Beweisverwertungsverbot keine Bedeutung zu.⁴⁰³ Im Gegensatz dazu greife bei einem bloß versehentlichen Rechtsverstoß nicht unbedingt ein Beweisverwertungsverbot.⁴⁰⁴

daran, dass der Kenntnisstand bei der Hypothese ein anderer ist als in der Situation der wirklichen richterlichen Entscheidung“, *ders.*, NJW 2017, 3124, 3126.

³⁹⁹ S. nur BGHSt 62, 266, 276 f.

⁴⁰⁰ BVerfGE 130, 1, 29 f.

⁴⁰¹ BVerfGE 130, 1, 28; vgl. auch BVerfGE 113, 29, 61; enger BVerfG, NJW 2009, 3225, 3226: Ein Verwertungsverbot könne „grundsätzlich nur dann Folge einer fehlerhaften Durchsuchung [sein], wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden“; s. auch BVerfGE 113, 29, 61; ebenso BGHSt 61, 266, 276 f.

⁴⁰² BGHSt 31, 304, 308 ff.; 51, 285, 289 ff.; 61, 266, 276 f.

⁴⁰³ BGHSt 61, 266, 276 f. = BGH, NStZ 2017, 367, 370 m. insofern krit. Anm. *Basdorf*.

⁴⁰⁴ Vgl. etwa BGHSt 24, 125; anders etwa LG Heilbronn, StV 2005, 380, das in einem Fall, in dem versehentlich ein vom Durchsuchungsbeschluss nicht gedecktes Zimmer durchsucht worden war, einen schweren Verstoß und ein Beweisverwertungsverbot annahm.

Daran kritisieren einige Stimmen aus der Literatur den Verlust der notwendigen Rechtssicherheit, zumal die subjektive Einstellung der Strafverfolgungsbehörden von außen kaum nachvollziehbar sei.⁴⁰⁵ Zudem handele es sich bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt stets um einen schwerwiegenden Fehler, namentlich um einen Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Sie fordern daher ein grundsätzliches Beweisverwertungsverbot hinsichtlich aller Beweismittel, die rechtsfehlerhaft ohne richterliche Anordnung erhoben wurden.⁴⁰⁶

Zu beachten ist, dass sich die angeführte Argumentation im Hinblick auf Durchsuchungen auch auf Art. 13 Abs. 2 GG stützt,⁴⁰⁷ der den Richtervorbehalt verfassungsrechtlich für Wohnungsdurchsuchungen festschreibt. Im Falle Legendierter Kontrollen werden dagegen keine Wohnungen durchsucht, sondern ausschließlich Personen und Fahrzeuge als mitgeführte Sachen. Das Ermittlungsinstrument der Legendierten Kontrolle ließe sich auch gar nicht für eine Wohnungsdurchsuchung einsetzen, da es gerade darauf ankommt, dass die Betroffenen von einer zufälligen Routine-Kontrolle ausgehen sollen und es letztere freilich nur im Straßenverkehr gibt. Der strafprozessuale Richtervorbehalt aus § 105 Abs. 1 StPO, der auch für die Personen- und Sachdurchsuchung gilt, ist in Bezug auf diese nicht verfassungsrechtlich durch Art. 13 Abs. 2 GG vorgeschrieben. Allerdings hat sich der Gesetzgeber dennoch dazu entschieden, die strafprozessuale Personen- und Sachdurchsuchung unter einen Richtervorbehalt zu stellen.⁴⁰⁸ Ein Verstoß verletzt die gesetzlichen Voraussetzungen daher genauso wie es bei einer Wohnungsdurchsuchung der Fall wäre. Die Argumentation ist mithin auch auf die Personen- und Sachdurchsuchung übertragbar.

Somit ist zu fragen, ob der Verstoß gegen den Richtervorbehalt bei der Durchführung Legendierter Kontrollen bewusst erfolgt, sodass sowohl Rechtsprechung als auch Literatur ein Beweisverwertungsverbot annähmen. Da der BGH auf den subjektiven Horizont der Ermittlungsbeamten abstellt, ist bei der Beantwortung für die Zeit vor und nach dem BGH-Leiturteil zu differenzieren.

(a) Bewertung der Altfälle vor dem Leiturteil des BGH im Jahr 2017

Wie bereits oben ausführlich dargelegt, ist das Vorgehen der Ermittlungsbehörden ganz überwiegend strafprozessual geprägt.⁴⁰⁹ Es gibt keinen plausiblen Grund, weshalb sie plötzlich und ausgerechnet bei der Legendierten Durchsu-

⁴⁰⁵ S. nur *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 140.

⁴⁰⁶ *Krehl*, JR 2001, 491, 494; *Weiler*, in: GS Meurer, S. 395, 416 ff.; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 673.

⁴⁰⁷ S. *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 140; *Ransiek*, JR 2007, 436, 438; *Harms*, StV 2006, 215, 216 ff.; *Burhoff*, StraFo 2005, 140, 146.

⁴⁰⁸ Zu dessen Funktionen s. bereits 4. Kap. B. II. 2. a) bb) (2).

⁴⁰⁹ S. oben unter 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (2) (b) (aa).

chung auf Gefahrenabwehrrecht umschwenken sollten – außer der Tatsache, dass das Gefahrenabwehrrecht keinen Richtervorbehalt vorsieht. Die richterliche Entscheidung soll vermieden werden, weil sie dann als ungewollter Nebeneffekt auch der betroffenen Person offengelegt werden müsste. Dass dieser Schutzmechanismus, der bei einem normalen Verlauf greifen würde, absichtlich verhindert werden soll, stellt eine bewusste Umgehung dar.

Auch dass die richterliche Entscheidung aller Voraussicht nach dem Antrag auf Durchsuchung stattgegeben hätte, vermag daran nichts zu ändern. Ließe man eine solche eigenmächtige Diagnose der Staatsanwaltschaft oder Polizei zu, könnte der Richtervorbehalt in großem Umfang unterlaufen werden.⁴¹⁰ Außerdem erschöpft sich die Schutzwirkung des Richtervorbehaltes wie gesehen nicht in der präventiven Befassung des Richters mit der Sache, sondern die Verkündung und Begründung gegenüber den Betroffenen ist ebenfalls unabdingbarer Teil des Instituts. Selbst wenn also (rein hypothetisch) mit Sicherheit zu belegen wäre, dass der Ermittlungsrichter die Durchsuchung zugelassen hätte, würde der Betroffenenenschutz deutlich herabgesetzt. Denn auf diese Weise wäre es für die Adressaten der Maßnahme nicht möglich, schon während der Durchsuchung deren Rechtmäßigkeit hinsichtlich des Umfangs zu überwachen. Das Vorspiegeln einer allgemeinen Verkehrskontrolle verdeutlicht umso mehr, dass sich die Akteure auf staatlicher Seite der Relevanz der herangezogenen Rechtsgrundlage bewusst sind und sie strategisch einsetzen wollen. Dieses Kalkül darf weder im Einzelfall noch als planmäßig angelegtes Standard-Vorgehen in Fällen Organisierter Drogenkriminalität geduldet werden. Selbst wenn man ein Wahlrecht der Behörden bei doppelfunktionalen Maßnahmen anerkennt, darf dies jedenfalls nicht zum Einsatz kommen, wenn sein einziger Zweck darin besteht, strengere Voraussetzungen, die dem Beschuldigtenschutz dienen, auszuhebeln.⁴¹¹ Es handelt sich dabei um einen bewussten Verstoß gegen den Richtervorbehalt, der als schwerer Rechtsbruch ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen muss.⁴¹²

(b) Neubewertung nach aktueller Rechtsprechung

Fraglich ist, ob und ggf. wie es sich auswirkt, dass sich der 2. Strafsenat des BGH nunmehr eindeutig gegenteilig positioniert hat, indem er eine bewusste

⁴¹⁰ Vgl. *Rogall*, NStZ 1988, 385, 391; *Mitsch*, NJW 2017, 3124, 3126f.; *Lenk*, StV 2017, 692, 697; *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 573.

⁴¹¹ S. bereits 4. Kap. B.I.5.b)(2)(b)(aa) sowie *Jäger*, JA 2018, 551, 552, der zutreffend darauf hinweist, dass dann gerade nicht mehr von einem gleichberechtigten Nebeneinander des Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsrechts gesprochen werden könne, sondern es zur Zurückdrängung des Letzteren käme.

⁴¹² Ebenso ein Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt bzw. dessen Umgehung bejahen etwa *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 225 ff.; *Löffelmann*, JR 2017, 596, 601; *Börner*, StraFo 2018, 1, 4; a. A. *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 112.

Umgehung in einem klassischen Fall der Legendierten Kontrolle nicht erkennen wollte.⁴¹³ Ist die Beweisverwertung fortan also doch zuzulassen?

(aa) Keine Legalisierungswirkung des Leiturteils

Hätte das Leiturteil zur Legalisierung Legendierter Kontrollen geführt, könnte wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung künftig kein Beweisverwertungsverbot mehr eingreifen. Es wäre nicht nur widersprüchlich, rechtmäßig erhobene Beweise nicht im Hauptverfahren zuzulassen, sondern es verstieße auch gegen die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer möglichst umfassenden Strafaufklärung und -verfolgung.

Tatsächlich ist die Exekutive gem. Art. 20 Abs. 3 GG an „Recht und Gesetz“ gebunden, wobei die Auslegung des Begriffs „Recht“ seit jeher umstritten ist.⁴¹⁴ Fest steht aber, dass „Recht“ im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG nicht die *Rechtsprechung* meint. Die Exekutive ist also bei der Beweiserhebung nicht gem. Art. 20 Abs. 3 GG an die Entscheidungen der Judikative gebunden.⁴¹⁵ Dies ergibt sich auch bereits aus dem verfassungsrechtlich festgeschriebenen Gewaltenteilungsprinzip. Auf einfachgesetzlicher Ebene folgt die Beschränkung der Bindungswirkung (höchstrichterlicher) Urteile auf den Einzelfall aus § 264 Abs. 1 StPO. Zusammenfassend bedeutet das, dass das Urteil des BGH nicht zu einer echten Legalisierung führen kann und es somit nicht zu einer logisch zwingenden Verwertbarkeit der Beweise kommt. Erst recht entfaltet das Urteil keine Bindungswirkung dahingehend, dass die Legendierte Kontrolle künftig als Ermittlungsinstrument einzusetzen wäre.⁴¹⁶

(bb) Kein Irrtum der Ermittlungsbehörden

Es stellt sich aber die Frage, ob die auf Seiten der Exekutive agierenden Personen aufgrund des Leiturteils einem Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Legendierten Durchsuchung unterliegen. Relevant ist diese Frage vor folgendem Hintergrund: Lässt man mit der Rechtsprechung bei bloß fahrlässigen Verstößen ge-

⁴¹³ Vgl. *Schiemann*, NStZ 2017, 657, 658: „Handlungssicherheit“ für die Polizei.

⁴¹⁴ Während eine Ansicht von einer bloßen Tautologie ausgeht, vermutet eine andere einen Hinweis auf die Gesamtheit der untergesetzlichen Rechtsnormen, und das BVerfG wiederum versteht die Passage als Verweis auf einen überpositiven Normbestand.

⁴¹⁵ Eine Ausnahme stellt lediglich Art. 31 Abs. 1 BVerfGG dar, nach dem Entscheidungen des BVerfG alle Behörden binden.

⁴¹⁶ S. § 150 GVG. Die Debatte darum, ob eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung die Staatsanwaltschaft zu einer Anklageerhebung entgegen der eigenen Rechtsauffassung zwingen kann, ist vorliegend nicht relevant, denn es geht nicht um die Auslegung des Straftatbestandes, sondern vorgelagert um die Ermittlungen. Zum Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 160 Rn. 32; *Volk/Engländer*, StPO, § 10 Rn. 1; s. auch OLG Schleswig, BeckRS 1999, 14403 Rn. 3 m.w.N.; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 160 Rn. 35; *Zöller*, in: HK-StPO, Rn. 7.

gen den Richtervorbehalt einen Rückgriff auf den hypothetischen Ersatzeingriff zu, könnten solche Verstöße nach der Billigung Legendierter Kontrollen durch den BGH ggf. als weniger schwerwiegend eingestuft werden und würden dann kein Beweisverwertungsverbot (mehr) auslösen. Denn es sprechen wie gesehen gute Gründe dafür, dass einem hypothetisch beantragten richterlichen Durchsuchungsbeschluss stattgegeben worden wäre. Es kommt somit darauf an, ob ein Verstoß durch Ermittlungsbeamte gegen den Richtervorbehalt bei einer Legendierten Kontrolle nach wie vor als bewusst einzustufen ist.

(α) Zum Inhalt des Leiturteils

Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil nicht mit der bisherigen Rechtsprechung bricht, dass bewusste Verstöße in aller Regel Beweisverwertungsverbote nach sich ziehen. Vielmehr wollte der 2. Strafsenat im zu beurteilenden Fall schon gar keinen Rechtsverstoß erkennen. Er lässt explizit Maßnahmen auf polizeirechtlicher Grundlage auch in einem Verfahrensstadium zu, in dem bereits ein strafprozessualer Anfangsverdacht besteht.⁴¹⁷ Wenn das Gericht von einem „gleichberechtigte[n] Nebeneinander“ der Rechtsgebiete spricht, bedeutet das aber lediglich, dass (nur) im Grundsatz beide Rechtsgebiete eröffnet sein sollen und (nur) bei doppelfunktionalen Maßnahmen, bei denen sich beide Zwecke gleichberechtigt gegenüberstehen, der Polizei ein Wahlrecht eingeräumt wird. Daraus folgt hingegen nicht, dass ein Wahlrecht *immer* bestehen soll. So sieht sich der 2. Senat auch im Einklang mit einem früheren Urteil des 1. Strafsenats zum Lockspitzeinsatz.⁴¹⁸ Hier hatte das Gericht die Anwendbarkeit präventiver Vorschriften verneint, da die betreffenden Maßnahmen von vornherein ausschließlich repressiver Natur gewesen seien.⁴¹⁹ Bemerkenswert ist, dass es im zugrunde liegenden Fall ebenfalls um Straftaten im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln ging, also auch der präventive Zweck mitschwang, Rauschgift vom illegalen Markt abzuschöpfen. Die explizite Referenz auf das Lockspitzelurteil zeigt, dass auch der 2. Senat ein Wahlrecht nicht schon dann annimmt, wenn Gefahrenabwehr *nebenbei* mitschwingt. Konkret hat das Gericht in seinem Leiturteil zu Legendierten Kontrollen folglich nur entschieden, dass ein Rückgriff auf Polizeirecht dann möglich ist, wenn Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gleichberechtigt nebeneinanderstehen, die StPO also keine grundsätzliche Sperrwirkung entfalten soll. Das Leiturteil ist nicht dahingehend zu verstehen, dass präventive Ermächtigungsgrundlagen stets für Legendierte Kontrollen herangezogen werden dürften. Eine absichtliche Umgehung des Richtervorbehalts schließt die Entscheidung explizit als rechtsmissbräuchlich aus.⁴²⁰

⁴¹⁷ BGHSt 62, 123, 133.

⁴¹⁸ BGHSt 62, 123, 135.

⁴¹⁹ BGHSt 45, 321, 337.

⁴²⁰ BGHSt 62, 123, 138.

(β) Zum Horizont der Ermittlungsbehörden

Die Ermittlungsbehörden dürfen mithin bei Legendierten Kontrollen in Anlehnung an das Urteil davon ausgehen, dass das Gefahrenabwehrrecht nicht stets gesperrt ist.⁴²¹ Sie dürfen aber gleichwohl ausweislich des Urteils nur dann auf präventive Rechtsgrundlagen zurückgreifen, wenn dieser Zweck wenigstens von derselben Wichtigkeit wie der der Strafverfolgung ist. Im Fall von Gemengelage ist die ausschlaggebende Zweckrichtung – wie bereits thematisiert – objektiv nicht leicht feststellbar. Dadurch muss auf Indizien zurückgegriffen werden.⁴²² Unglücklicherweise hat der BGH in seinem Leiturteil trotz Vorliegens gegenteiliger Anhaltspunkte zugunsten des Gefahrenabwehrrechts entschieden, sodass sich die Ermittlungsbehörden auch künftig an dieser Einschätzung orientieren werden. Unklarheit herrscht also sowohl auf der tatsächlichen als auch auf der Definitionsebene. Die etwaige Annahme der Beamten, dass ein Gericht dementsprechend in gleich gelagerten Situationen Gefahrenabwehrrecht zulassen würde, ist naheliegend.

Für die Frage nach dem bewussten Rechtsbruch kommt es jedoch nicht darauf an, womit man vor Gericht glaubt, „durchkommen zu können“. Die agierenden Amtsträger verfügen über alle Hintergrundinformationen und wissen also, welche Gründe die Kontrolle hat. Es ist Konsens, dass das Umschwenken auf Gefahrenabwehrrecht nicht als einzigen (sachfremden) Grund haben kann, den Richtervorbehalt zu umgehen. Das Leiturteil des BGH verschärft durch das Ignorieren gegenteiliger Anzeichen ein schon vorher bestehendes Beweisproblem. An der Prämisse, dass der Richtervorbehalt nicht absichtlich ausgehebelt werden darf, ändert es aber nichts. Folglich umgehen Polizei und Staatsanwaltschaft auch nach Kenntnis des Leiturteils bewusst und systematisch geltendes Recht, wenn sie Legendierte Kontrollen auf Gefahrenabwehrrecht stützen – lediglich die Chancen, dass die Beweise dennoch vor Gericht zugelassen werden, haben sich verbessert.

⁴²¹ Das Leiturteil des BGH in der Praxis hat wegen der hohen Relevanz Legendierter Kontrollen mindestens genauso viel Beachtung erfahren wie in der Wissenschaft. Dabei ist davon auszugehen, dass sich nicht alle Beamten im Einzelnen mit dem Urteil auseinandergesetzt, sondern oftmals als stark verkürzte Kernbotschaft herausgezogen haben, dass Legendierte Kontrollen nunmehr auch aus höchstrichterlicher Sicht „erlaubt“ seien, s. dazu auch die Pressemitteilung des BGH Nr. 54 v. 26.04.2017: „Legendierte Polizeikontrollen“ grundsätzlich zulässig“, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/zeitschriften/jus/einzelne-news/2017/04/27/bgh-legendierte-polizeikontrollen-grunds%C3%A4tzlich-zul%C3%A4ssig>, Stand: 30.05.2022. Das ggf. unzutreffende Rechtsverständnis einzelner Akteure auf Seiten des Staates ist indes ein Problem, das sich allgemein und nicht nur im Hinblick auf Legendierte Kontrollen stellen kann und daher an dieser Stelle nicht vertieft werden soll.

⁴²² S. bereits 2. Kap. B.V.3.

(5) *Generalpräventive Wirkung als anzuerkennender Faktor?*

Dass ein bewusster Rechtsbruch bei der Beweiserhebung dazu führt, dass die Gerichte die Verwertung nicht zulassen, hat eine abschreckende Wirkung auf staatliche Stellen, ist aber zugleich auch die einzige potenzielle negative Konsequenz, sofern die Ermittelnden keine Straftaten begangen haben. Nach überwiegender Ansicht ist eine Disziplinierung nur ein erwünschter Nebeneffekt, kann aber nicht eigentlicher Zweck eines Beweisverwertungsverbotes sein. Es gehe ausschließlich darum, Beschuldigte vor einer messbaren Verschlechterung ihrer Position im Strafverfahren zu schützen.⁴²³ Eine Sanktionierung durch Beweisverwertungsverbote sei in einem Parteiverfahren konsequent, bilde aber im an der materiellen Wahrheit orientierten deutschen Strafverfahren einen Fremdkörper.⁴²⁴ Die Rechtsprechung betont dennoch, dass eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden dürfe, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Der BGH gibt zu bedenken, dass bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorbehalts ein Ansporn entstünde, die Ermittlungen ohne Ermittlungsrichter einfacher und möglicherweise erfolgversprechender zu gestalten. Ein wesentliches Erfordernis eines rechtstaatlichen Ermittlungsverfahrens sei aber, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürften.⁴²⁵

Dieses Argument leuchtet ein. Auch wenn man einer Sanktionierung keinen Selbstzweck zuerkennen will, besteht doch eine rechtsstaatliche Pflicht, die Einhaltung des Rechts zu gewährleisten. Deshalb dürfen jedenfalls keine Anreize für eine rechtsfehlerhafte Beweiserhebung gesetzt werden. Wären aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden aber in keinem Fall Beweisverwertungsverbote zu befürchten, käme das einem Anreiz gleich. Daher ist die generalpräventive Wirkung, die von Beweisverwertungsverböten ausgeht, durchaus ein legitimer Eigenwert.

Das trifft auch im Fall Legendierter Kontrollen zu, bei denen planmäßig der Richtervorbehalt ausgehebelt wird und es deswegen eines abschreckenden Signals anstelle der höchstrichterlichen Billigung bedürfte, um diesen Rechtsbruch künftig zu verhindern.

(6) *Ergebnis*

Zusammenfassend ist ein Verwertungsverbot hinsichtlich etwaiger Drogenfunde im Rahmen der momentanen Praxis aufgrund der bewussten Umgehung

⁴²³ Wolter, NStZ 1984, 275, 277; wohl zustimmend Rogall, NStZ 1988, 385.

⁴²⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 27; s. auch Gaede, der darauf hinweist, dass der Verwertung allein keine allumfassende Zustimmung zu einer rechtswidrigen Beweiserhebung entnommen werden könne und andere Sanktionsmöglichkeiten bestünden, ders., JR 2020, 493, 500.

⁴²⁵ BGH, NJW 2007, 2269, 2273 m.w.N.

des Richtervorbehalts bzw. eines Agierens ohne taugliche Rechtsgrundlage sowohl für Altfälle als auch in Zukunft zwingend.⁴²⁶

b) Zufallsfunde und mittelbare Erkenntnisse

Im Normalfall einer rechtmäßigen Durchsuchung dürfen – und, angesichts des Legalitätsprinzips, müssen – belastende Zufallsfunde gegen die betroffene Person verwertet werden. Problematisch ist, ob dies auch bei einer rechtswidrigen Maßnahme gilt: Wird bei der Legierten Durchsuchung etwa Diebesgut gefunden, das nicht mit dem Drogenschmuggel in Verbindung steht, stellt sich die Frage, ob sich ein Beweisverwertungsverbot auch auf dieses erstreckt (sog. Fernwirkung).⁴²⁷

Im deutschen Strafrecht ist es umstritten, ob ein Beweisverwertungsverbot wegen einer rechtswidrigen Beweiserhebung dazu führt, dass auch Zufallsfunde und mittelbare Erkenntnisse verwertet werden dürfen.⁴²⁸

In Anlehnung an die US-amerikanische „fruit of the poisonous tree“-Doktrin könnte ein Rechtsverstoß dazu führen, dass alle daraus erlangten Beweise als bemakelt, also unverwertbar anzusehen wären.⁴²⁹ Die Doktrin wirkt als Disziplinierung und soll verhindern, dass sich eine Partei einen unfairen Vorteil verschafft.⁴³⁰ Sie wurde allerdings im Kontext des amerikanischen kontradiktorischen Parteiverfahrens entwickelt. Ob es im deutschen Strafprozess, der auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gerichtet ist, einer solch weitgehenden Regelung bedarf, lässt sich zu recht bezweifeln.

Folglich lässt die deutsche Rechtsprechung die Verwertung des Spurenansatzes größtenteils zu: Ein einzelner Fehler dürfe nicht zur Lahmlegung des gesamten Verfahrens führen.⁴³¹ Im Einzelfall soll es auf die Sachlage und Art und Schwere

⁴²⁶ Ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot bei Legierten Kontrollen bejahend: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 54a; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 226 ff.; *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 546 f.; *Lenk*, NVwZ 2018, 38, 39; wohl auch *Jäger*, JA 2018, 551, 553; a. A. *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 103 ff., 189 ff.

⁴²⁷ Bei einem Notizbuch mit Kontaktdaten von Abnehmern der geschmuggelten Betäubungsmittel würde es sich dagegen nicht um einen Zufallsfund handeln, da solches Beweismaterial gerade mit der untersuchten Straftat in Verbindung steht.

⁴²⁸ *Gleß*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 136a Rn. 75. Eine Fernwirkung im Einzelfall bejahend OLG Köln, NJW 1979, 1216, 1217 m.w.N.; OLG Oldenburg, NSTZ 1995, 412; *Grünwald*, StV 1987, 470; *Fezer*, JZ 1987, 937, 938; gegen eine Fernwirkung etwa OLG Stuttgart, NJW 1973, 1941 m.w.N.

⁴²⁹ Näher *Zong*, Beweisverwertungsverbote, S. 218, 273 ff. m.w.N.; im Überblick *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 59 ff.

⁴³⁰ *Gleß*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 136a Rn. 75 m.w.N. aus der US-amerikanischen Lit.

⁴³¹ BGHSt 27, 355, 358; 34, 362, 364; dagegen *Fezer*, JZ 1987, 937, 938; *Neuhaus*, NJW 1990, 1221; rechtsvergleichend zur Fernwirkung im deutschen und amerikanischen Recht *Harris*, StV 1991, 313.

des Verstoßes, sowie die Kausalität der unzulässig erlangten Erkenntnisse für die weiteren Ermittlungen und die schließliche Überführung des Beschuldigten ankommen.⁴³²

Für den Fall einer rechtswidrigen Durchsuchung hat das BVerfG entschieden, dass beschlagnahmte Zufallsfunde verwertet werden können, solange das Verfahren im Ganzen als fair zu betrachten ist.⁴³³

Legendierte Kontrollen leiden – wie oben ausgeführt – an mehreren schwerwiegenden Fehlern. Bei der planmäßigen Umgehung des Richtervorbehalts handelt es sich nicht um eine einzelne Ungenauigkeit der Beamten bei einem ansonsten tadellosen Vorgehen. Es erscheint daher nicht als unverhältnismäßige Lahmlegung des Verfahrens, wenn folglich auch die Verwertung von Zufallsfunden und von Spurenansätzen ausscheidet.

3. Beweise aus der Legendierten Kommunikation

Da die Verwertung des aufgefundenen Betäubungsmittels, obwohl von ultimativ schlagender Beweiskraft, nach der hier vertretenen Position ausscheidet, ist die Verwertung etwaiger Äußerungen des Fahrers von besonderem Interesse. Beispielsweise hatte der unbelehrte Fahrer in einem vom BGH entschiedenen Fall die Frage nach der Menge des geladenen Kokains beantwortet.⁴³⁴ Der 2. Strafsenat hat die Frage nach einem Verwertungsverbot in seinem Leiturteil offengelassen, da der Urteilsspruch jedenfalls nicht auf der fehlenden Belehrung beruht habe. Die knappe Einlassung des Beschuldigten betreffend die Menge des geschmuggelten Kokains sei für die Strafkammer ausweislich der Urteilsgründe nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen.⁴³⁵ Da nach hiesiger Auffassung die Beweise aus einer Legendierten Durchsuchung unverwertbar sind, kommt es jedoch sehr wohl auf die Verwertbarkeit von Einlassungen des Beschuldigten an.

Im Ausgangspunkt führt auch ein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, weil der Hinweis auf die Aussagefreiheit unterblieben ist, grundsätzlich zu einem Ver-

⁴³² BGHSt 32, 68, 70 f.; OLG Oldenburg, NStZ 1995, 412.

⁴³³ BVerfG, NJW 2009, 3225; nachfolgend EGMR, NLMR 2016, 126 – Muršić; vgl. auch *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104, 1118; *Hegmann*, in: BeckOK StPO, § 108 Rn. 1.

⁴³⁴ BGHSt 62, 123, 127. Hinzuzufügen ist, dass die Antwort nicht vollständig wahrheitsgemäß erfolgte, sondern der Fahrer eine geringere (6,5 kg) als die tatsächlich sichergestellte Menge (knapp 8 kg brutto) nannte.

⁴³⁵ BGHSt 62, 123, 143; dagegen äußerst krit. *Börner*, StraFo 2018, 1, 5: „Das Beruhen des Urteils auf unverwertbaren Erklärungen zur Sache, neben denen auch die beschlagnahmten Betäubungsmittel unverwertbar sind, liegt auf der Hand.“

wertungsverbot.⁴³⁶ Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn sich der Verstoß nicht ausgewirkt hat, weil im Einzelfall sicher feststeht, dass der Beschuldigte seine Rechte auch ohne Belehrung gekannt hatte.⁴³⁷

Es kommt somit darauf an, wann der Beschuldigte in der Legendierten Kontrolle belehrt wurde und wann er welche Äußerungen getroffen hat. Grundsätzlich sind seine Aussagen vor der Belehrung unverwertbar. Im Bereich der Organisierten Kriminalität kann sich zwar die Frage stellen, ob der Fahrer bereits in Kontakt mit der Strafverfolgung gekommen ist, sodass ihm sein Schweigerecht bekannt war. Vorliegend ist aber nicht ersichtlich, dass ein Kurier in der Legendierten Kontrolle über sein Aussageverweigerungsrecht und das Recht, anwaltlichen Beistand hinzuzuziehen, in Kenntnis ist. Selbst wenn er grundsätzlich von den benannten Rechten weiß, ist ihm mangels Belehrung zu Beginn der Kontrolle gerade nicht bewusst, dass sie ihm im konkreten Fall zustehen.

Bezüglich derjenigen Aussagen, die nach einer verspäteten Belehrung getroffen werden, bedarf es weiter einer vorherigen qualifizierten Belehrung.⁴³⁸ Wird der Beschuldigte nicht über die Unverwertbarkeit seiner ersten Aussagen aufgeklärt, bleiben auch weitere Äußerungen unverwertbar.⁴³⁹

Nicht erfasst durch ein Verwertungsverbot sind lediglich solche Äußerungen, die der Fahrer von sich aus getroffen hat, ohne gefragt worden zu sein, da es dann an einer Vernehmung fehlt.⁴⁴⁰

Darüber hinaus zeitigt § 136a StPO ein absolutes Verwertungsverbot, sodass insofern keine Abwägung mehr erfolgen muss.⁴⁴¹ Wie bereits dargelegt, liegen die Voraussetzungen des § 136a StPO vor,⁴⁴² sodass in der Konsequenz alle Beweise aus der Legendierten Kommunikation unverwertbar sind, sofern der Fahrer sich nicht von sich aus geäußert hat.

⁴³⁶ BGHSt 38, 214; anders noch BGHSt 31, 395, 399 f.; dazu *Paul*, NStZ 2013, 489, 492.

⁴³⁷ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit des verteidigten Angeklagten, in der Hauptverhandlung ausdrücklich auf das Verwertungsverbot zu verzichten, *Monka*, in: BeckOK StPO, § 136 Rn. 24. Die Rechtsprechung vertritt darüber hinaus die sog. Widerspruchslösung, nach der der Fehler zudem unbeachtlich werden soll, wenn die Verteidigung der Verwertung nicht explizit widerspricht, s. dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 30.

⁴³⁸ *Börner*, StraFo 2018, 1, 5, unter Hinweis darauf, dass selbiges bezüglich der Unverwertbarkeit der aufgefundenen Betäubungsmittel gilt.

⁴³⁹ Ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot bejahend *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 576; *Lenk*, StV 2017, 692, 698; *Albrecht*, HRRS 2017, 446, 454 f.; *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 136 Rn. 35; *Börner*, StraFo 2018, 1, 5; *Krehl*, StraFo 2018, 265, 268.

⁴⁴⁰ BGH, NJW 1990, 461; NJW 2009, 3589 zu sog. „Spontanäußerungen“.

⁴⁴¹ S. nur *Monka*, in: BeckOK StPO, § 136a Rn. 29 m.w.N.

⁴⁴² 4. Kap. B.I. 7. b) bb).

4. Beweise aus der „echten“ und der Legendierten Identitätsfeststellung

Auch eine „echte“ Identitätsfeststellung ist – wie gesehen – unter den Voraussetzungen des § 163b Abs. 1 Hs. 1 StPO rechtmäßig. Somit stellen sich keine Zweifel an der Verwertbarkeit der daraus erlangten Beweise.

Für die Legendierte Identitätsfeststellung gilt, dass eine Identitätsfeststellung zwar gem. § 163b Abs. 1 Hs. 1 StPO bei Missachtung der Hinweispflicht rechtswidrig ist, dies führt aber in der Regel nicht zu einem Verbot der Erkenntnisverwertung.⁴⁴³ Jedoch dient die Legendierte Identitätsfeststellung zur Stütze der Legende einer polizeilichen Verkehrskontrolle, stellt also letztlich einen Teil der Täuschung dar. Somit gelten die diesbezüglichen Ausführungen auch für die Legendierte Identitätsfeststellung; es sind also nach hier vertretener Auffassung in aller Regel Beweisverwertungsverbote anzunehmen.⁴⁴⁴

Hinzuzufügen ist aber, dass die aus der Identitätsfeststellung erlangten Beweise in der Regel ohnehin keine Rolle spielen werden, zumal die Personalien im Falle eines Drogenfundes und einer anschließenden Festnahme „nochmals“ gem. §§ 127 Abs. 1 S. 2, 163b Abs. 1 StPO festgestellt werden dürfen, da regelmäßig Fluchtgefahr bestehen wird. Fluchtgefahr liegt vor, wenn die festnehmende Person nach dem erkennbaren Verhalten des Täters vernünftigerweise davon ausgehen muss, dieser werde sich dem Strafverfahren durch Flucht entziehen, wenn er nicht alsbald festgenommen wird.⁴⁴⁵

Bedeutung erlangt die Beweisverwertbarkeit aus der Identitätsfeststellung lediglich dann, wenn sie zum Fund von weiterem belastenden Material führt – beispielsweise, wenn der Kurier gefälschte Dokumente oder falsch ausgefüllte Frachtpapiere vorlegt. Dabei handelt es sich um sog. Zufallsfunde, also Erkenntnisse, die nicht die Tat betreffen, wegen denen eine Maßnahme angeordnet wurde, sondern eine andere Straftat oder eine bis dahin nicht verdächtige Person.⁴⁴⁶ Im Normalfall ist ihre Verwertung unproblematisch möglich.⁴⁴⁷

C. Weitere rechtliche Konsequenzen der Legendierten Kontrolle

Neben den soeben erörterten prozessualen Konsequenzen in Form der nach hiesiger Auffassung anzunehmenden Beweisverwertungsverbote kann eine unrechtmäßige Legendierte Kontrolle weitere Folgen zeitigen. Für den Adressaten der Legendierten Kontrolle ist es einerseits von Bedeutung, wie er sich gericht-

⁴⁴³ Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 4. Teil § 13 Rn. 11 f.

⁴⁴⁴ S. 4. Kap. B. II. 4.

⁴⁴⁵ BGH, BeckRS 1991, 31085305 m.w.N.; BayObLG, NStZ-RR 2002, 336.

⁴⁴⁶ Volk/Engländer, StPO, § 28 Rn. 5.

⁴⁴⁷ Vgl. § 108 StPO.

lich gegen die Maßnahme(n) wehren und im Wege des nachträglichen Rechtsschutzes vorgehen kann. Andererseits stellt sich die Frage, welche Duldungspflichten er in der Kontrollsituation hat. Von dieser Frage hängt ab, ob sich bei einer Gegenwehr des Beschuldigten gar weitere Strafbarkeitsrisiken für ihn eröffnen. Umgekehrt ist aber auch zu prüfen, ob ein unrechtmäßiges Vorgehen im Wege Legierter Kontrollen strafrechtliche Konsequenzen für die Akteure auf Behördenseite nach sich ziehen kann.

I. Prozessuale Konsequenzen: Rechtsschutz

Da die Legierte Durchsuchung – wie gesehen – repressiver Natur ist, kann der Betroffene gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog die gerichtliche Entscheidung über die Maßnahme beantragen⁴⁴⁸ und die oben erörterten Verfahrensverstöße rügen. Dabei stellt sich als besondere Schwierigkeit, dass er die genauen Hintergründe gerade nicht kennt, also „ins Blaue hinein“ agieren müsste.

Geht es um eine Haftsache, muss der Verteidiger bei der Verkündung des Haftbefehls anwesend sein (vgl. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO). Im Fall einer Legierten Kontrolle, die zum Auffinden von Betäubungsmitteln geführt hat, wird es ihm nicht gelingen, den dringenden Tatverdacht auszusräumen (§ 112 Abs. 1 S. 1 StPO). Er kann jedoch versuchen, etwaige Haftgründe aus der Welt zu schaffen. So wird im Kontext der organisierten Betäubungsmittelkriminalität häufig eine Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO zu besorgen sein, weil die Betroffenen international agieren und somit oft über gute Kontakte ins Ausland verfügen. Diese Besorgnis kann etwa dadurch entkräftet werden, dass statt der Haft eine Meldeauflage angeregt wird, Kautions hinterlegt wird oder der Betroffene anbietet, vorübergehend seinen Reisepass abzugeben.

Anders verhält es sich mit einer etwaigen Verdunkelungsgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO, die aber wie die anderen Haftgründe auch stets im Einzelfall vorliegen muss und nicht pauschal unter Verweis auf ein bestimmtes Deliktsfeld angenommen werden darf.

Aus Sicht der Verteidigung empfiehlt es sich darüber hinaus, schon bei der Haftprüfung den Antrag auf Akteneinsicht zu Protokoll zu geben. Weitere prozessuale Mittel des Betroffenen sind im Folgenden die Haftprüfung (§§ 117 ff. StPO) und die Haftbeschwerde (§ 118 Abs. 2 StPO). Eine Rüge wegen der fehlenden Belehrung ist im Ermittlungsverfahren nicht zwingend, empfiehlt sich aber für den Betroffenen frühestmöglich.

⁴⁴⁸ BVerfGE 96, 44, 50; s. auch *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S. 28 ff.; *ders.*, Anm. zu BGH, NJW 1978, 1013; ebenso BGHSt 44, 171; 265; *Kin-green/Poscher*, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, Teil 1 § 2 Rn. 14; *Laser*, NSTZ 2001, 120, 122 ff.; a. A. *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2839 ff.; *Dörr*, NJW 1984, 2258 m.w.N.; *Schoch*, Jura 2001, 628, 630.

II. Materiellrechtliche Konsequenzen

1. Strafbarkeitsrisiken für hoheitliche Akteure

Führt man sich den Fall vor Augen, den der 2. Strafsenat des BGH 2018 entschieden hat, ist an den Tatbestand der falschen Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB zu denken.⁴⁴⁹ Die leitende Beamtin hatte die Weisung erteilt, dem Angeklagten vorzuhalten, er werde auf Grund einer Personen- und Fahrzeugbeschreibung im Rahmen eines Raubdelikts angehalten, woraufhin die ausführenden Beamten ihn und sein Auto unter diesem Vorwand durchsuchten. In dem vom BGH entschiedenen Fall war nicht ersichtlich, dass die Einsatzleiterin die Beamten tatsächlich in den Glauben versetzt hatte, es ginge um einen Raub. Im Allgemeinen ist es aber naheliegend, dass ermittelnde Beamte der Kriminalpolizei für die Durchführung der Kontrolle häufig Kollegen hinzuziehen werden; schon weil die nicht in Zivil gekleidete Autobahnpolizei eine Routinekontrolle glaubhafter vermitteln kann. Um diese Glaubwürdigkeit noch zu steigern, vielleicht auch aus Effizienzgründen, könnte man auf den Gedanken kommen, die Legende bereits gegenüber den Kollegen zu platzieren, die diese dann in der Folge überzeugender an die Zielperson weitergeben sollen.

Zu beachten ist aber der Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB: Wer einen anderen vor einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen, löst eine Strafbarkeit gem. § 164 StGB wegen falscher Verdächtigung aus.⁴⁵⁰

Beamte des Polizeidienstes sind taugliche Adressaten einer falschen Verdächtigung (vgl. § 158 StPO).⁴⁵¹ Verdächtigen meint das Begründen oder Umlenken eines bestehenden Verdachts.⁴⁵² Behauptet nun ein Ermittler gegenüber der Autobahnpolizei, die Zielperson ähnele der Beschreibung des Verdächtigen in einer Raubermittlung, ist das eine Tatsachenbehauptung, die dazu führen kann, einen Verdacht gegen den Betroffenen wegen Raubes zu begründen. Subjektiv würde die Behauptung auch wider besseres Wissen und in der Absicht, eine Maßnahme (nämlich die Kontrolle bzw. Durchsuchung) herbeizuführen, aufgestellt. Eine

⁴⁴⁹ BGH, NStZ-RR 2018, 146. Zum Schutzzweck des § 164 StGB s. *Krell*, NStZ 2011, 671, 672. Zu weiteren Strafbarkeitsrisiken für Hoheitsträger in Zusammenhang mit der Legendierten Aktenführung s. noch unter 5. Kap. D.II.

⁴⁵⁰ Zur sonst aber praktisch geringen Bedeutung der Norm s. *Zopfs*, in: MüKo StGB, § 164 Rn. 7 mit statistischen Nachweisen.

⁴⁵¹ *Zopfs*, in: MüKo StGB, § 164 Rn. 27.

⁴⁵² BGHSt 14, 240, 243 ff.; 60, 198, 202; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 164 Rn. 5; *Vormbaum*, in: NK-StGB, § 164 Rn. 12 f.

Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB kommt nicht in Betracht.⁴⁵³

Somit bleibt festzuhalten, dass Beamte der Kriminalpolizei bei der Einschaltung von Kollegen keinesfalls andere Delikte als Anlass der (Legendierten) Kontrolle „vorschieben“ dürfen und sich anderenfalls einem Strafbarkeitsrisiko wegen falscher Verdächtigung aussetzen.⁴⁵⁴

2. Strafbarkeitsrisiken für Betroffene

a) *Potenziell erfüllte Tatbestände*

aa) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB

Auf der anderen Seite könnte sich auch der Betroffene in der Durchsuchungssituation zur Wehr setzen und dadurch möglicherweise weitere Straftaten begehen. Naheliegend ist insbesondere die Verwirklichung des Tatbestandes des § 113 StGB, der den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei der Vornahme einer Diensthandlung unter Strafe stellt. Wehrt sich der Betroffene mit Gewalt oder Drohung gegen die Durchsuchung der Polizeibeamten, könnte § 113 Abs. 1 StGB erfüllt sein. Jedenfalls unterfallen Polizeibeamte dem Schutzbereich des § 113 StGB.⁴⁵⁵

Eine Diensthandlung meint die konkrete, gezielte Vollstreckungshandlung zur Durchsetzung des (etwa durch Gesetz oder Verwaltungsakt) bereits festgelegten staatlichen Willens in einem Einzelfall.⁴⁵⁶ Die Tätigkeit des Beamten muss erkennbar darauf abzielen, den konkretisierten staatlichen Willen auch mittels hoheitlichen Zwangs gegenüber bestimmten Personen durchzusetzen. Daran fehlt es etwa bei schlichter Überwachungs- und Ermittlungstätigkeit im Rahmen von Routinekontrollen⁴⁵⁷ oder nicht erzwingbaren Ermittlungen wie der Vernehmung des Beschuldigten.⁴⁵⁸ Dagegen vollstreckt z. B. ein Polizeibeamter, der einen Au-

⁴⁵³ RGSt 71, 37, 87 f. m.w.N.; 72, 96, 98; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 164 Rn. 33; *Valerius*, in: BeckOK StGB, § 164 Rn. 25.

⁴⁵⁴ Vgl. auch den subsidiären § 145d StGB – Vortäuschen einer Straftat.

⁴⁵⁵ BayObLG, NJW 1989, 1815, 1816; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 4; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 113 Rn. 1 f.; *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 10; *Börner*, JZ 2018, 870, 873. Eingehend zum Amtsträgebegriff *Rönnau/Wegner*, JuS 2015, 505.

⁴⁵⁶ RGSt 41, 82, 88 f.; BGHSt 25, 313, 314; BGH, NJW 1982, 2081; OLG Düsseldorf, NZV 1996, 458 f.; KG, NStZ 1989, 121; OLG Celle, NJW 1973, 2215; OLG Frankfurt a. M., NJW 1974, 572, 573; *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 11.

⁴⁵⁷ BGHSt 25, 313, 314 f.; BGH, NJW 1982, 2081; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 5.

⁴⁵⁸ Vgl. BGHSt 25, 313, 314; BGH, NJW 1962, 1020, 1021; vgl. auch *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 11.

tofahrer anhält und kontrolliert (§ 36 Abs. 5 StVO); er nimmt also eine Diensthandlung im Sinne von § 113 Abs. 1 StGB vor.⁴⁵⁹

Im Fall Legendierter Kontrollen findet zwar tatsächlich keine Verkehrskontrolle statt;⁴⁶⁰ ebenso wenig genügt die Befragung des Beschuldigten. Jedoch erfüllt die Durchsuchung die eben genannten Voraussetzungen.⁴⁶¹ Denkbare Reaktionen des betroffenen Fahrers, die demnach hier eine Rolle spielen könnten, wären z. B. verbale Drohungen, Türenverriegeln⁴⁶² oder tätliche Angriffe gegen die Beamten.

(1) Zur Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs

Allerdings schließt § 113 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit aus, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist.⁴⁶³ Der Rechtmäßigkeitsbegriff im Rahmen des § 113 StGB ist wiederum umstritten:⁴⁶⁴

(a) Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff

Auf der einen Seite gehen Rechtsprechung und ein Teil der Lehre von einem sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff aus, demzufolge es nur auf die formelle Rechtmäßigkeit der Diensthandlung ankommen soll.⁴⁶⁵ Maßgeblich seien nur die „äußeren“ Eingriffsvoraussetzungen; die materielle Richtigkeit bleibe dagegen außer Acht.⁴⁶⁶

Die Rechtsprechung setzt voraus, dass wenigstens die sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie die wesentlichen Förmlichkeiten eingehalten werden.⁴⁶⁷ Un-

⁴⁵⁹ Vgl. BGHSt 25, 313, 314; OLG Celle, NJW 1973, 2215; OLG Düsseldorf, NZV 1996, 458; s. aber auch *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 12 m.w.N., der auf einen fließenden Übergang zum bloß allgemeinen Haltegebot des § 36 Abs. 5 StVO hinweist.

⁴⁶⁰ S. oben unter 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (1).

⁴⁶¹ Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1971, 629; *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 12; ebenso *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 254.

⁴⁶² Vgl. OLG Düsseldorf, NVZ 1996, 458; *Börner*, JZ 2018, 870.

⁴⁶³ Zur Frage der dogmatischen Einordnung eingehend *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 26 ff.

⁴⁶⁴ Im Folgenden soll lediglich ein Überblick dargestellt werden. Eingehend zum Streitstand *Rönnau/Hohn*, LK StGB, § 32 Rn. 117.

⁴⁶⁵ RGSt 38, 373, 375; 61, 297, 299; 67, 337, 340; BGHSt 4, 161, 164 f.; 24, 125, 131 f.; OLG Bremen, NJW 1977, 158, 159; OLG Celle, NJW 1979, 57, 58; OLG Hamm, NStZ 1996, 281; KG, StV 2001, 260; zust. *Fischer*, StGB, § 113 Rn. 11 f. m.w.N. zum Streitstand; s. auch *Börner*, JZ 2018, 870.

⁴⁶⁶ BGHSt 60, 253; vgl. auch KG, StraFo 2019, 460, 461; OLG Dresden, NJW 2001, 3643; OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 256, 257; OLG Celle, BeckRS 2012, 18009; KG, StV 2005, 669; *Fischer*, StGB, § 113 Rn. 11. Auch das BVerfG hat dieser Auffassung nicht widersprochen, s. BVerfG, NVwZ 2007, 1180.

⁴⁶⁷ BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 361, 365; 60, 253, 258; „äußere Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“; OLG Düsseldorf, NJW 1991, 580.

ter wesentlichen Förmlichkeiten werden diejenigen Voraussetzungen verstanden, die dem Betroffenenenschutz dienen und für die Wahrung von dessen Rechten erheblich sind.⁴⁶⁸ Stellt man auf die „Wesentlichkeit“ der Förmlichkeit ab, eröffnet das freilich Wertungsspielräume, die zu einer umfangreichen Kasuistik in der Rechtsprechung geführt haben.

Darüber hinaus muss ein etwaiges Ermessen pflichtgemäß ausgeübt worden sein.⁴⁶⁹ Irrt der Amtsträger hingegen schuldhaft über die Erforderlichkeit der Vollstreckung oder handelt er willkürlich bzw. missbräuchlich, ist die Vollstreckungshandlung auch nach dem strafrechtlichen Begriff rechtswidrig.⁴⁷⁰

Die Vertreter dieses Ansatzes stützen sich in erster Linie auf die kriminalpolitische Bedeutung der Norm, deren geschütztes Rechtsgut die Sicherung einer effektiven staatlichen Vollstreckungstätigkeit sei.⁴⁷¹ Sie befürchten, dass das Interesse an einer effektiven Durchsetzung des „rechtsstaatlichen Ordnungsbedürfnisses“ gefährdet würde, wenn die Entschlusskraft staatlicher Vollzugsbeamter durch die Sorge vor Notwehrhandlungen der Betroffenen geschmälert würde.⁴⁷² Dabei sei die besondere Lage der Beamten zu beachten, die nicht in eigenem Interesse, sondern zur Verteidigung der Gesamtrechtsordnung sowie häufig unter Zeitdruck in einer ungewissen Lage tätig würden.⁴⁷³ Schließlich sei andernfalls auch der regelmäßige Einsatz (tödlicher) Gewalt gegen die bewaffneten Hoheitsträger zu befürchten.⁴⁷⁴

Gegen diese Ansicht spricht, dass sie kein taugliches Abgrenzungskriterium liefert.⁴⁷⁵ Auch das Argument der effektiven Vollstreckung verfängt nicht, da die

⁴⁶⁸ BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 365; OLG Dresden, NJW 2001, 3643, 3644; *Reil*, JA 1998, 143; *Paefgen*, in: NK-StGB, § 113 Rn. 53 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 113 Rn. 26 m.w.N.; *Fischer*, StGB, § 113 Rn. 17; enger *Rosenau*, in: LK StGB, § 113 Rn. 45 m.w.N.: wesentlich nur, wenn „unentbehrlich“; s. ferner *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 41; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 17.

⁴⁶⁹ BGHSt 60, 253 = BGH, NJW 2015, 3109, 3111 m. Anm. *Fickenscher* sowie *Rönnau/Hohn*, StV 2016, 313.

⁴⁷⁰ BGHSt 21, 334, 363; in der Sache ebenso bereits BGHSt 4, 161, 164 f.; s. auch BVerfG, NJW 1991, 3023; BGHSt 60, 253; zur sog. Wirksamkeitslehre *Erb*, in: FS Gössel, S. 217, 230 f.

⁴⁷¹ BGHSt 4, 161, 164; 21, 364, 365 f.; BGHSt 60, 253 m. Anm. *Rönnau/Hohn*, StV 2016, 313 sowie *Fickenscher*, NJW 2015, 3113.

⁴⁷² Grundlegend BGHSt 4, 161, 164; vgl. auch BGHSt 21, 334, 363; BGHSt 60, 253; OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142, 2143 m.w.N.; OLG Köln, NSTZ 1986, 234, 235; *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 32.

⁴⁷³ Ausführlich BGHSt 60, 253 mit weiteren Argumenten zur systematischen Kohärenz der Auffassung und unter Verweis auf die Billigung durch BVerfG, NVwZ 2007, 1180. Eingehend zum urspr. vermeintlich materiell-rechtlichen Rechtsmäßigkeitsbegriff des BVerfG *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 117; s. auch *Niehaus/Achelpöhler*, StV 2008, 71. Aus der älteren Rspr. s. BVerfGE 87, 399, 408 ff.

⁴⁷⁴ BGHSt 60, 253.

⁴⁷⁵ *Roxin*, in: FS Pfeiffer, S. 45, 47; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 15.2; *Backes/Ransiek*, JuS 1989, 624, 627.

Beamten insofern nicht schutzbedürftig sind: Schließlich geht es um die Strafbarkeit des Diensthandlungs-Adressaten. Dieser unterliegt aber nur in bestimmten Fällen einer Duldungspflicht.⁴⁷⁶ Auch die Besorgnis eines Gewaltexzesses verfängt nicht: Hält man eine Maßnahme für rechtswidrig, entfällt zunächst lediglich im Rahmen des § 113 StGB die Strafbarkeit. Betroffene könnten dann noch wegen anderer Delikte zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie die Grenzen der Notwehr gem. § 32 StGB überschreiten. Gewalt etwa ist bei gestreckten Vollstreckungsverfahren regelmäßig nicht erforderlich, da mildere prozessuale Mittel zur Verfügung stehen (vgl. § 766 ZPO; § 80 VwGO).⁴⁷⁷

(b) Verwaltungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff/Wirksamkeitstheorie

Die Wirksamkeitstheorie folgt dagegen den verwaltungsrechtlichen Wertungen. Sie verneint die Rechtmäßigkeit lediglich dann, wenn der jeweilige Verwaltungsakt gem. § 44 VwVfG nichtig ist. Ist die Vollstreckungshandlung dagegen aus verwaltungsrechtlicher Sicht nicht rechtmäßig, aber wirksam, reicht das nach dieser Ansicht für die Rechtmäßigkeit im Sinne des § 113 StGB aus,⁴⁷⁸ weil in diesen Fällen eine Duldungspflicht des Bürgers ausgelöst werde.⁴⁷⁹

Dieser Ansicht wird jedoch entgegengehalten, dass sich Realakte lediglich in die Kategorien „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“, nicht aber in „wirksam“ und „unwirksam“ unterteilen lassen.⁴⁸⁰

(c) Vollstreckungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff

Schließlich gibt es Vertreter eines vollstreckungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs.⁴⁸¹ Sie fordern, dass sämtliche Vorgaben des Vollstreckungs- bzw. Vollziehungsrechts eingehalten werden.⁴⁸² Der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte erscheine nur dann strafwürdig, wenn der Bürger zur Duldung verpflichtet

⁴⁷⁶ Vgl. Rönna/Hohn, StV 2016, 313, 317; s. auch Bosch, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 34 f.; Roxin, in: FS Pfeiffer, S. 45, 49; Backes/Ransiek, JuS 1989, 624, 628.

⁴⁷⁷ Rönna/Hohn, in: LK StGB, § 32 Rn. 124.

⁴⁷⁸ Paeffgen, in: NK-StGB, § 113 Rn. 40.

⁴⁷⁹ Erb, in: FS Gössel, S. 217, 227 f., 229; anders nun ders., JR 2016, 29, 32; Wagner, JuS 1975, 224, 226 f.; s. ferner Meyer, NJW 1972, 1845, 1846 f.

⁴⁸⁰ Rönna/Hohn, in: LK StGB, § 32 Rn. 123; Amelung, JuS 1986, 329, 336 m.w.N.; dagegen Erb, JR 2016, 29, 31; ebenfalls krit. zur Wirksamkeitstheorie Bosch, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 33.

⁴⁸¹ S. etwa Rönna/Hohn, StV 2016, 313 ff.

⁴⁸² Amelung, JuS 1986, 329, 336; ders., in: FS Badura 3, 7 ff.; Backes/Ransiek, JuS 1989, 624, 628 f.; Niehaus/Achelpöhl, StV 2008, 71, 73 f.; Rehbinders, GA 1963, 33, 38; Roxin, in: FS Pfeiffer, S. 45, 50; Schwabe, in: GS Martens, S. 419, 425 f.; Rönna/Hohn, in: LK StGB, § 32 Rn. 124.

sei.⁴⁸³ Dies wiederum hängt nicht von der materiellen Richtigkeit der Maßnahme, sondern von Vollstreckungsrecht ab.⁴⁸⁴ Für diesen Ansatz spricht auch, dass er dem Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts entspricht und daher sachgerecht erscheint.⁴⁸⁵ Das anwendbare Fachrecht bestimmt somit, ob eine Maßnahme vollstreckbar und damit rechtmäßig ist.⁴⁸⁶ Einer darüber hinausgehenden Absicherung von nach dem jeweiligen Fachrecht rechtswidrigen Vollstreckungen gegen Widerstand bedarf es nicht.⁴⁸⁷

(2) Anwendung auf die Legierte Durchsuchung

(a) Formelle Rechtswidrigkeit der Legierten Durchsuchung

i. S. v. § 113 StGB

Bei der Legierten Kontrolle lassen sich verschiedene potenzielle Mängel feststellen, die zur fehlenden Rechtmäßigkeit im Sinne des § 113 Abs. 3 StGB führen können:

(aa) Kein Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit

Die Diensthandlung muss in den Kreis der Amtsgeschäfte des Beamten fallen.⁴⁸⁸ Bei der polizeilichen Vollstreckungstätigkeit ergeben sich hier aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Prävention und Repression häufig Probleme,⁴⁸⁹ für den Fall der Legierten Kontrolle wurde jedoch bereits dargelegt, dass die Durchsuchung strafrechtlicher Natur ist.⁴⁹⁰ Somit kommt es darauf an, ob die Beamten, die die Durchsuchung vornehmen, sachlich für strafprozessuale Maßnahmen zuständig sind.

Das ist ohne Umschweife für Beamte der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen nach § 152 GVG zu bejahen, welche überwiegend bei den

⁴⁸³ *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 15.3; *Niehaus/Achelpöhlner*, StV 2008, 71, 73.

⁴⁸⁴ Mit Unterschieden in Einzelheiten *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 34 f.; *Wolters*, in: SK-StGB, § 113 Rn. 9 ff.; *Schünemann*, JA 1972, 703, 708; *Roxin*, in: FS Pfeiffer, S. 45, 49; *Rönnau/Hohn*, StV 2016, 313, 317; *Backes/Ransiek*, JuS 1989, 624, 628; *Bosch*, Jura 2011, 268, 273.

⁴⁸⁵ Vgl. *Schünemann*, JA 1972, 703, 708.

⁴⁸⁶ Eine Duldungspflicht trotz materieller Rechtswidrigkeit löst etwa eine sofortige Vollziehbarkeit oder vorläufige Vollstreckbarkeit aus, *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 15.3; *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 35; *Wolters*, in: SK-StGB, § 113 Rn. 10; *Backes/Ransiek*, JuS 1989, 624, 628.

⁴⁸⁷ *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 15.3.

⁴⁸⁸ *Heinrich*, in: Dölling/Dutge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 113 Rn. 17; vgl. auch *Keller*, in: BeckOK PolR NRW, POG NRW § 10 Vor Rn. 1.

⁴⁸⁹ *Bosch*, in: MüKo StGB, § 113 Rn. 45.

⁴⁹⁰ S. oben 4. Kap. B. I. 5. b) bb) (2) (b) (aa).

Ermittlungen eingesetzt werden (§§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 S. 1 StPO).⁴⁹¹

Jedoch führen weder Staatsanwälte noch Ermittlungspersonen wie etwa die in Zivil gekleideten Kriminalpolizeibeamten persönlich die Durchsuchung durch, sondern binden vielmehr zu Zwecken der Legendierung die uniformierte Schutzpolizei ein.

§ 163 Abs. 1 S. 1 StPO verpflichtet ohne Differenzierung die „Behörden und Beamten des Polizeidienstes“ zur Erforschung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Das meint die Kriminalpolizei der Länder,⁴⁹² entbindet aber andere Behörden nicht von ihrem Recht und ihrer Pflicht zum ersten Zugriff. Grundsätzlich obliegt also (auch) der jeweiligen Kreispolizeibehörde die Verfolgung von Straftaten.⁴⁹³

Daneben kann die Autobahnpolizei, der als Teil der Landesschutzpolizeien der gleichnamige Lebensraum gesondert zugeordnet ist,⁴⁹⁴ die Erforschung und Verfolgung von Straftaten sowie von Ordnungswidrigkeiten vornehmen, die im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr stehen.⁴⁹⁵ Dass illegale Substanzen per Kraftfahrzeug transportiert werden, bedingt lediglich eine räumliche Koinzidenz, weist jedoch keinen direkten Bezug zum Straßenverkehr auf. Aber auch bei anderen Gefahrenlagen und Straftaten, die nicht im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr stehen, kann die Autobahnpolizei einschreiten und erforderliche Maßnahmen treffen, um sie dann unverzüglich an die örtlich zuständige Kreispolizeibehörde abzugeben.⁴⁹⁶ Obwohl es sich nicht um eine echte Verkehrskontrolle handelt, wahren somit auch Beamte der Autobahnpolizei die sachliche Zuständigkeit, wenn sie selbst gegenüber dem Betroffenen die Durchsuchung anordnen und durchführen.

Die Einbindung der uniformierten Schutzpolizei bei Legendierten Kontrollen führt somit nicht zu einem Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit. Es ist nicht ersichtlich, dass es bei der Legendierten Kontrolle typischerweise zu Verstößen gegen die örtliche Zuständigkeit kommt. Sofern ein Beschuldigter über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus flüchtet, gilt § 167 Abs. 1 GVG.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Kap. 6 Rn. 324; im Einzelnen s. die jeweiligen diesbezüglichen Verordnungen der Länder.

⁴⁹² Vgl. etwa § 13 Abs. 3 Nr. 3 POG NRW.

⁴⁹³ S. exemplarisch für NRW etwa § 11 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW.

⁴⁹⁴ Die örtliche Zuständigkeit der Autobahnpolizei erstreckt sich neben Bundesautobahnen auch auf autobahnähnliche Straßen, d.h. sog. „Autobahnzubringer“, die in die Anschlussstelle münden; s. Keller, in: BeckOK PolR NRW, POG NRW § 12 Rn. 11.

⁴⁹⁵ S. exemplarisch § 12 Abs. 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW.

⁴⁹⁶ S. nur § 12 Abs. 2 S. 2 POG NRW; Keller, in: BeckOK PolR NRW, POG NRW § 12 Rn. 4.

⁴⁹⁷ Bei der Nacheile Flüchtiger über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus gilt Art. 41 des Schengener Durchführungsübereinkommens; vgl. nur Holzner, in: BeckOK PolR Bayern, PAG Art. 2 Rn. 66.

(bb) Verstoß gegen Belehrungspflichten

Dass bei einer polizeirechtlich begründeten Durchsuchung dem Betroffenen der Zweck vorab bekannt gegeben werden muss, dient seinem Schutz und stellt somit eine wesentliche Förmlichkeit dar.⁴⁹⁸ Dies lässt sich erst recht auf eine strafrechtliche Durchsuchung übertragen, zumal sich diese auf die Rechte des Betroffenen sogar noch intensiver auswirkt. Allerdings fordert das Landesrecht die Belehrung zumeist nur, wenn sie ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist. Auch strafgerichtliche Rechtsprechung ist bereits in diesem Sinne ergangen.⁴⁹⁹ Bei einer Legendierten Kontrolle wäre der Untersuchungszweck regelmäßig gefährdet.

Jedoch hat das OLG Celle in einem Beschluss aus 2012 entschieden, dass sich aus dem Wesen der Belehrungs- und Eröffnungspflicht ableiten lässt, dass eine *fehlerhafte* Belehrung zur Rechtswidrigkeit der Vollstreckungshandlung führt.⁵⁰⁰ Im zugrundeliegenden Fall hatten die Beamten den Angeklagten nicht über den bereits bestehenden Verdacht einer Trunkenheitsfahrt belehrt, sondern stattdessen eine allgemeine Verkehrskontrolle vorgetäuscht. Genauso liegt der Fall bei der Legendierten Durchsuchung, bei der sich die Beamten trotz eines bereits bestehenden Verdachts einer (Betäubungsmittel-)Straftat auf eine Verkehrskontrolle berufen.

Zusammengefasst bedeutet das, dass das Ausbleiben einer Belehrung bei der Legendierten Kontrolle keinen wesentlichen Mangel im Rahmen der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 113 StGB darstellen würde. Eine unzutreffende Belehrung hinsichtlich einer Verkehrskontrolle darf jedoch nicht abgegeben werden. Der letztgenannte Fall ist allerdings die Regel, sodass die Durchsuchung dann formal rechtswidrig ist.

(cc) Verstoß gegen den Richtervorbehalt

Auch wenn verschiedene Stimmen geteilter Meinung über seine genaue Funktion sind, besteht dennoch weitgehende Einigkeit, dass der Richtervorbehalt jedenfalls auch der Interessenwahrung von Betroffenen dient. Anerkanntermaßen spielt er für den Grundrechtsschutz eine bedeutende Rolle.⁵⁰¹ Deswegen handelt es sich zweifellos um eine wesentliche Förmlichkeit der Durchsuchung, die bei

⁴⁹⁸ OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1997, 37, 38; KG, StraFo 2019, 460, 461; OLG Celle, StV 2011, 678, 679. Zu den wesentlichen Förmlichkeiten gehört etwa, dass der Beschuldigte vor der gegen ihn gerichteten strafverfahrensrechtlichen Maßnahme belehrt wird, OLG Celle, BeckRS 2012, 18009 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 268; s. auch Rönna/Hohn, in: LK StGB, § 32 Rn. 117.

⁴⁹⁹ S. OLG Hamm, NStZ 1982, 76, 77; KG, NJW 2002, 3789, 3790; StraFo 2019, 460, 461.

⁵⁰⁰ OLG Celle, NZV 2013, 409, 410; dem zustimmend Jahn, JuS 2013, 268, 270.

⁵⁰¹ S. dazu ausführlich oben unter 4. Kap. B. II. 2. a) bb)(2).

der Legendierten Kontrolle planmäßig nicht eingehalten wird.⁵⁰² Auch vor diesem Hintergrund ist eine Legendierte Durchsuchung gemessen an den Voraussetzungen des § 113 StGB formell rechtswidrig.

(b) Materielle Rechtswidrigkeit der Legendierten Durchsuchung
i. S. v. § 113 StGB

Eine materielle Voraussetzung ist zunächst, dass die Diensthandlung auf einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung beruht. Darüber hinaus muss sich der Beamte in verantwortungsbewusster Weise um die Wahrung eines etwaigen Beurteilungs- oder Ermessensspielraums bemüht haben,⁵⁰³ wobei die Anforderungen an die pflichtgemäße Ermessensausübung vom Einzelfall abhängen.

(aa) Keine Eingriffsermächtigung

In Fällen Legendierter Kontrollen entzündet sich die Diskussion nicht an Ermessensfragen. Denn die Analyse der Legendierten Durchsuchung hat gezeigt, dass diese „halboffene“ Durchsuchung in der Strafprozessordnung schon gar nicht vorgesehen ist.⁵⁰⁴ Vielmehr wird anhand der §§ 102, 105 StPO deutlich, dass eine strafprozessuale Durchsuchung ohne Einhaltung der dort normierten Voraussetzungen einer Rechtsgrundlage entbehrt. Somit ist die Legendierte Durchsuchung nicht materiell rechtmäßig im Sinne des § 113 StGB.⁵⁰⁵

(bb) Privilegierungen

Zu fragen bleibt, ob die Privilegierungen, die die Rechtsprechung zu § 113 StGB herausgebildet hat, an diesem Ergebnis etwas ändern.⁵⁰⁶

(α) Irrtumsprivileg

Sofern ein Beamter über tatsächliche Umstände trotz sorgfältiger Überprüfung irrt, soll die Diensthandlung dennoch rechtmäßig sein. Es kommt dann auf seine ex ante-Perspektive an (sog. Irrtumsprivileg).⁵⁰⁷

⁵⁰² So auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 255 f.

⁵⁰³ Vgl. PfzOLG Zweibrücken, NStZ 2002, 256, 257 m.w.N.

⁵⁰⁴ S. bereits 4. Kap. B.I. 5. b) bb) (2) (b) (bb).

⁵⁰⁵ Anders wäre dies mit dem 2. Strafsenat des BGH zu beurteilen, sofern darüber hinaus keine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts angenommen wird, dazu *Börner*, JZ 2018, 870, 873.

⁵⁰⁶ Aus Sicht eines potenziellen Täters handelt es sich freilich um Verschärfungen.

⁵⁰⁷ RGSt 61, 297, 299; OLG Celle, NJW 1971, 154; *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 117; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 20.

Allerdings kann ein Irrtum in rechtlichen Fragen einen Vollstreckungsbeamten nicht entlasten.⁵⁰⁸ Die Überzeugung, man könne die Legendierte Kontrolle trotz ihrer repressiven Natur auf Polizeirecht stützen und müsse folglich den Richtervorbehalt nicht beachten, ändert also nichts an der Rechtswidrigkeit eines solchen Vorgehens. Anders verhält es sich dagegen, wenn der handelnde Beamte nicht von den Hintergrundermittlungen und der repressiven Zwecksetzung weiß.⁵⁰⁹

(β) Handeln auf Anweisung

Noch weniger streng sind aber die Anforderungen, wenn ein Beamter eine rechtswidrige Anweisung (bzw. Anordnung, einen Auftrag oder Befehl) ausführt: In dem Fall sollen sogar nur schwere formale Mängel zur Unrechtmäßigkeit führen. Voraussetzung der Rechtmäßigkeit ist dann lediglich, dass die Diensthandlung von dem sachlich und örtlich zuständigen Vorgesetzten angeordnet wird, die Anordnung nicht offensichtlich rechtswidrig ist und der Beamte sie im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit in gesetzlicher Form vollzieht.⁵¹⁰ In diesem Fall sind auch rechtliche Irrtümer des anordnenden Beamten unerheblich.⁵¹¹ Tatsächlich ist der Vollstreckungsbeamte nach Ansicht der Rechtsprechung zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit weder verpflichtet noch berechtigt.⁵¹² In diese Richtung weisen auch die Materialien zu der Gesetzesänderung durch das 3. StrG vom 20. Mai 1970, in denen der Bericht des Sonderausschusses eine gleichlautende Auffassung erkennen lässt.⁵¹³ Die Maßnahme schließlich ist nur dann offensichtlich rechtswidrig, wenn sie schon als solche rechtlich unzulässig ist oder wenn die Mängel der Anordnung für den Vollstreckungsbeamten evident sind.⁵¹⁴

Im Fall Legendierter Kontrollen werden oftmals zusätzliche Beamte zur Durchführung der Kontrolle eingeschaltet: Zunächst sehen die meisten Landesgesetze ausdrücklich die Zuständigkeit der Landeskriminalpolizei für die polizeiliche Verfolgung von Straftaten wie das unbefugte Handeln mit Betäubungsmitteln

⁵⁰⁸ BGH, NStZ 1981, 22, 23; OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 256, 258; Niehaus/Achelpöehler, StV 2008, 71, 73; Dallmeyer, in: BeckOK StGB, § 113 Rn. 20.

⁵⁰⁹ S. etwa in BGH, NStZ 2018, 296. Börner bezeichnet diesen Sachverhalt als „unechte“ Legendierte Kontrolle in Abgrenzung zur „(bösgläubigen) echten“, also über die Hintergrundermittlungen informierten Legendierten Kontrolle, ders., JZ 2018, 870, 871 f.

⁵¹⁰ BGHSt 4, 161, 164; KG, NJW 1972, 781; OLG Köln, NJW 1975, 889, 890.

⁵¹¹ Vgl. OLG Köln, NJW 1975, 889, 890 m.w.N.

⁵¹² BGHSt 4, 161, 162 unter Hinweis auf RGSt 55, 161 ff.; 58, 193, 195; KG, NJW 1972, 781 f.; OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142; vgl. auch OLG Köln, NJW 1975, 889, 890; in jüngerer Zeit KG, StraFo 2019, 460, 461 m.w.N.; für eine begrenzte Prüfungspflicht aber Rosenau, in: LK StGB, § 113 Rn. 52.

⁵¹³ Bericht des Sonderausschusses zur BT-Drs. VI/502, S. 5; s. dazu auch KG, NJW 1972, 781, 782; Dreher, NJW 1970, 1153, 1158.

⁵¹⁴ KG, StV 2005, 669, 671; vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 113 Rn. 31; Heinrich, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 113 Rn. 22.

von weitreichender Bedeutung vor.⁵¹⁵ Diese Beamten führen folglich regelmäßig die Hintergrundermittlungen bei Legendierten Kontrollen durch.

Wie gesehen hindert das aber nicht die Zuständigkeit weiterer Stellen. Das LKA führt auf diesem Gebiet die Fachaufsicht und kann Dienststellen mit einzelnen Ermittlungshandlungen und der polizeilichen Verfolgung beauftragen. Insbesondere kann das LKA auf dem Gebiet des unbefugten Handels mit Betäubungsmitteln in Fällen von präsidialübergreifender, landesweiter, bundesweiter oder internationaler Bedeutung auch bindende Weisungen erteilen.⁵¹⁶

Im Ergebnis stellt sich die Lage wie folgt dar: Sofern die Beamten des LKAs von ihrer Kompetenz Gebrauch machen und ihren Kollegen bei der Schutzpolizei eine bindende Weisung erteilen, die Legendierte Kontrolle durchzuführen, greift die Privilegierung ein. Denn aus Sicht des Vollstreckungsbeamten ist die Legendierte Durchsuchung – je nach seinem Informationsstand – in der Regel nicht evident unzulässig. Maßnahmen, die „als solche rechtlich unzulässig“ sind, meint Extremfälle wie etwa die Anordnung einer anlasslosen Erschießung. Wenngleich Legendierte Kontrollen wie oben gezeigt nicht rechtmäßig sind, so fallen sie auf den ersten Blick aus der Reihe der erlaubten und standardmäßig eingesetzten Zwangsmaßnahmen nicht völlig heraus – insbesondere, weil der Vollstreckungsbeamte ex ante die repressive Natur der Maßnahme nicht sicher kennen kann und muss. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass der BGH in seinem Leiturteil 2017 Legendierte Kontrollen für grundsätzlich zulässig erachtet hat. Anhand dieser Rechtsprechung und mangels Verpflichtung zur eigenen Prüfung wird sich dem Vollstreckungsbeamten oftmals nicht aufdrängen, dass die Maßnahme unzulässig ist. Daher ist sie dann als rechtmäßig im Sinne des § 113 StGB zu klassifizieren.⁵¹⁷

Anders verhält es sich bei einem informellen behördeninternen Hinweis ohne Bindungswirkung. Der Vollstreckungsbeamte handelt dann nicht aufgrund einer Weisung, sodass die volle Verantwortung bei ihm liegt und die regulären Rechtmäßigkeitsmaßstäbe⁵¹⁸ greifen. Es kommt mithin auf den Einzelfall an.

Je nach Wortlaut der (nach lebensnaher Erwartung mündlichen) Kommunikation zwischen Kriminal- und Schutzpolizei kann es sich um einen internen Hinweis (dann tendenziell nicht rechtmäßig) oder eine bindende Weisung handeln (dann rechtmäßig). Dies führt zu zufälligen Ergebnissen und Beweisschwierigkeiten bei zugleich weitreichenden Folgen für die Beteiligten. Allerdings ist diese missliche Lage kein originäres Problem der Legendierten Kontrolle, sondern resultiert aus den weitreichenden Privilegierungen für Vollstreckungsbe-

⁵¹⁵ Vgl. nur Art. 7 Abs. 3 Nr. 2 BayPOG.

⁵¹⁶ S. etwa die bayerische Regelung Art. 7 Abs. 4 S. 2 und 3 BayPOG.

⁵¹⁷ A. A. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 255 ff.

⁵¹⁸ S. oben 4. Kap. C. II. 2. a) aa) (2) (b) (bb).

amte, die die Rechtsprechung im Rahmen des § 113 StGB geschaffen hat. Eindeutiger ist hingegen das Ergebnis, wenn die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungspersonen zur Legierten Kontrolle anweist. Hier wird angesichts der Weisungsgebundenheit der Polizei stets eine Privilegierung eingreifen.

(3) Fazit

In einem ersten Schritt verstößt die Legierte Durchsuchung sowohl gegen den strafrechtlichen als auch gegen den verwaltungsrechtlichen und vollstreckungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff, sodass eine Stellungnahme zu den Positionen dahinstehen kann. Allerdings ist je nachdem, ob ein formloser behördeninterner Hinweis oder eine bindende Weisung erfolgt, ein Irrtum des Vollstreckungsbeamten möglich, der dann nach der Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit der Diensthandlung führt. Eine Strafbarkeit des Betroffenen wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 3 StGB ist dann bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsmerkmale und sofern kein Rechtfertigungsgrund entgegensteht⁵¹⁹ möglich.

bb) Tötlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 StGB

§ 114 StGB stellt den tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte unter Strafe.⁵²⁰ Die Norm verweist in Abs. 3 auf § 113 Abs. 3 StGB, setzt also ebenfalls die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung voraus. Daher ist nach dem eben Gesagten eine Strafbarkeit des Betroffenen, der sich tätlich gegen die Legierte Kontrolle zur Wehr setzt, auch gem. § 114 StGB möglich.

b) Rechtfertigungsfragen: Notwehrrecht des Betroffenen gem. § 32 StGB

Eine Gegenwehr des Betroffenen, die die Tatbestände der §§ 113, 114 StGB sowie möglicherweise der Körperverletzung gem. § 223 StGB erfüllt, könnte jedoch im Wege der Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.⁵²¹ Die Notwehr gegenüber Amtsträgern wirft stets besondere Schwierigkeiten auf, da sich hier die Rechtsbindung der Verwaltung sowie ihre Funktionsfähigkeit und die individuellen Freiheitsrechte sowohl des Betroffenen als auch des Amtsträgers gegenüberstehen.⁵²²

⁵¹⁹ Dazu sogleich 4. Kap. C.II.2. b).

⁵²⁰ Zur kriminalpolitischen Bedeutung, auch im Vergleich zu § 113 StGB, s. *Bosch*, in: *MüKo StGB*, § 113 Rn. 4.

⁵²¹ Dazu *Rönnau*, JuS 2009, 549; *ders.*, JuS 2012, 404; *Rönnau/Wegner*, JuS 2015, 880; s. auch *Rönnau/Hohn*, StV 2016, 313.

⁵²² Vgl. *Rönnau/Hohn*, in: *LK StGB*, § 32 Rn. 116 ff.

aa) Legendierte Kontrolle als Notwehrlage

Dafür müsste für eine Rechtfertigung des übergriffigen Betroffenen zunächst – ex post – eine Notwehrlage vorliegen, also ein objektiv gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf geschützte Rechtsgüter.⁵²³ Die Durchsuchung greift in das Eigentumsrecht des Fahrers ein, ebenso wie in seine Fortbewegungsfreiheit und seine Privatsphäre.⁵²⁴ Ein Angriff ist rechtswidrig im Sinne des § 32 StGB, wenn er seinerseits nicht gerechtfertigt ist, also im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.⁵²⁵ Notwehr gegen eine rechtmäßige (Dienst-)Handlung ist dagegen ausgeschlossen.⁵²⁶

Die Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit bestimmt sich nach denselben besonderen Maßgaben wie im Rahmen des § 113 StGB.⁵²⁷ Daher ist auch im Rahmen der Notwehr nach dem oben Gesagten das Vorgehen nach allen vertretenen Auffassungen als rechtswidrig zu qualifizieren, es sei denn, der Vollstreckungsbeamte handelt auf bindende Anweisung hin oder kennt die strafrechtlichen Hintergrundermittlungen nicht. Ist Letzteres nicht der Fall, besteht ab dem Zeitpunkt, zu dem die Beamten zur Durchsuchung ansetzen, eine objektive Notwehrlage.⁵²⁸ Das bedeutet, dass das Erfolgsunrecht bei Einsatz erforderlicher Mittel entfällt, die ein Betroffener ergreift, um die Durchsuchung zu verhindern. Erforderlich ist das ex ante⁵²⁹ mildeste unter mehreren zur Verfügung stehenden geeignete Mittel. Konkret denkbar wäre hier etwa eine Gegenwehr des Betroffenen durch Schubsen oder Schlagen.⁵³⁰

bb) Gebotenheit: Einschränkung der Gegenwehr

Das Notwehrrecht unterliegt – auch nach allgemeinen Regeln – in Ausnahmefällen sozialemischen Einschränkungen.⁵³¹ Eine der Fallgruppen, die sich hierzu herausgebildet haben, betrifft Angriffe im Zustand fehlender oder verminderter

⁵²³ Vgl. BGH, NJW 1995, 973; *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 154.

⁵²⁴ S. bereits 4. Kap. B.I.5. a).

⁵²⁵ OLG Celle, NZV 2013, 409, 410; *Fischer*, StGB, § 32 Rn. 21; näher *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 108 ff.

⁵²⁶ BayObLG, MDR 1991, 367.

⁵²⁷ BGHSt 60, 253; *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 116 f.; anders *Kindhäuser*, der die Frage bei der Gebotenheit der Notwehr verortet, *ders.*, in: NK-StGB, § 32 Rn. 69; dagegen überzeugend *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 120.

⁵²⁸ Alle weiteren Ausführungen beziehen sich auf diese Konstellation. Handelt der Vollstreckungsbeamte dagegen rechtmäßig im Sinne des § 113 StGB, besteht kein Raum für ein Notwehrrecht.

⁵²⁹ *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 180 m. w. N.

⁵³⁰ Vgl. OLG Celle, NZV 2013, 409, 410; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 113 Rn. 37.

⁵³¹ BT-Drs. 5/4095, S. 14; *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68, 79; zum gesetzlichen Anknüpfungspunkt *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 228.

Schuld, etwa durch Personen, die einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegen.⁵³² Zwar macht es für das bedrohte Rechtsgut zunächst keinen Unterschied, ob der Angreifer in Kenntnis aller Umstände oder aufgrund eines Irrtums handelt.⁵³³ Zu bedenken ist aber, dass die Rechtsordnung oftmals Milde gegenüber Personen mit „Verantwortungsdefiziten“ walten lässt.⁵³⁴ Dies liegt nicht nur darin begründet, dass in solchen Fällen weder general- noch spezialpräventive Strafzwecke erfüllt werden können: Handelt der Angreifer aufgrund eines Irrtums, ist ihm schon nicht bewusst, gegen die Rechtsordnung zu verstoßen. Eine etwaige Sanktion kann in diesem Moment keinen Appell entfalten. Allerdings könnte auch in einem solchen Fall noch der Strafzweck der Vergeltung (Retribution) erreicht werden.⁵³⁵ Dass das Recht dennoch generelle Nachsicht walten lässt, zeigt, dass man hier kein Bedürfnis einer rigorosen Verteidigung der Rechtsordnung sieht⁵³⁶ bzw. Nachsicht gegenüber den nicht voll verantwortlich handelnden Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft erwartet.⁵³⁷

Ob das Notwehrrecht des Beschuldigten im Zeitpunkt der Legierten Durchsuchung jeweils eingeschränkt bestand, ist ex post zu beurteilen.⁵³⁸ Vorliegend kann der Vollstreckungsbeamte je nach genauer Sachverhaltskonstellation darüber irren, zu der Durchsuchung berechtigt zu sein. Allerdings ist dieser Irrtum nicht stets unvermeidbar, denn es geht schließlich um den Fall, in dem keine bindende Weisung vorliegt (andernfalls mangelt es bereits an der Notwehrlage), sondern ein behördeninterner Hinweis. Der Vollstreckungsbeamte hat dann eine eigene Prüfungspflicht und handelt voll verantwortlich. Es kommt daher darauf an, ob er im Einzelfall erkennen könnte, dass die Durchsuchung in der konkreten Art und Weise, wie sie durchgeführt wird, rechtswidrig ist.

Das führt im Ergebnis dazu, dass eine Einschränkung des Notwehrrechts des Fahrers nicht zwingend geboten ist. Selbst wenn man eine Einschränkung bejahen würde und ihn zunächst auf eine Schutzwehr verweisen wollte, ist nicht ersichtlich, wie diese aussehen sollte.

cc) Subjektives Rechtfertigungselement

Aus demselben Grund wird es den Durchsuchungsadressaten aber auch regelmäßig an einem Notwehrwillen fehlen. Der Betroffene kann nicht wissen, dass

⁵³² OLG Hamm, NJOZ 2015, 1863, 1864; a.A. *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 242, die in solchen Fällen bereits den rechtswidrigen Angriff verneinen, ebenso *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 52.

⁵³³ *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 242.

⁵³⁴ Vgl. §§ 19 ff., 35 StGB; *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 242.

⁵³⁵ Dazu *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 4 m.w.N.

⁵³⁶ *Hirsch*, in: FS Dreher, S. 211, 217; *Lenckner*, GA 1968, 1, 3.

⁵³⁷ *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 242.

⁵³⁸ Überzeugend *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 229; unklar BGH, NStZ 2016, 526, 527.

die Durchsuchung rechtswidrig ist und er deswegen Notwehr üben darf, sodass aus seiner Sicht kein rechtswidriger Angriff, also schon keine Notwehrlage vorliegt. Damit entfällt das subjektive Rechtfertigungselement.⁵³⁹ Dieser Wegfall des Erfolgsunrechts unter Verwirklichung des Handlungsunrechts entspricht einem Versuch bei Delikten, die eine Versuchsstrafbarkeit vorsehen.⁵⁴⁰ Eine rechtfertigende Notwehr scheidet daher im Ergebnis aus.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild: Verdächtigen Polizeibeamte intern gegenüber ihren Kollegen den Durchsuchungsadressaten wider besseres Wissen einer anderen als den tatsächlich einschlägigen Straftaten, um damit die Durchsuchung zu legendieren, erfüllt das den Tatbestand der falschen Verdächtigung gem. § 164 StGB.

Auf der anderen Seite kann sich der betroffene Fahrer bei Gegenwehr gegen die Durchsuchung des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. §§ 113 f. StGB schuldig machen, sofern der Vollstreckungsbeamte auf bindende Anweisung hin handelt.

Schließlich ist anzumerken, dass sich diese Fragen bei der rechtmäßigen Festnahme aufgrund eines Drogenfundes nicht stellen. Mangels rechtswidrigen Angriffs ist eine rechtfertigende Notwehr grundsätzlich ausgeschlossen; eine Strafbarkeit des Fahrers ist bei entsprechendem Verhalten daher insbesondere gem. § 113 oder § 114 StGB möglich.

D. Zusammenfassung des 4. Kapitels

Der 2. Strafsenat des BGH hat die Legendierte Kontrollen auf der Grundlage von Polizeirecht für grundsätzlich zulässig befunden. Dieser Rechtsprechung kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Die typische Legendierte Kontrolle setzt sich aus verschiedenen Maßnahmen zusammen, die allesamt strafprozessualer Natur und folglich an den Voraussetzungen der StPO zu messen sind. Dies belegt der strafprozessuale Gesamtkontext, die repressiv vorgehenden hoheitlichen Akteure und die Indizien, die auf ein kriminaltaktisches Vorgehen schließen lassen. Die Legendierte Durchsuchung hat schon keinen doppelfunktionalen Charakter und darf folglich nicht auf Polizeirecht gestützt werden. Selbst wenn man eine doppelfunktionale Natur annähme,

⁵³⁹ Näher *Erb*, in: MüKo StGB, § 32 Rn. 239 ff.; s. aber *Gaede*, in: FS Rengier, S. 27, 36, 38, der keine Notwehrabsicht fordert, sondern für einen Verteidigungswillen bereits den Zusammenhang mit der erkannten Notwehrsituation ausreichen lässt.

⁵⁴⁰ Eingehend dazu *Rönnau/Hohn*, in: LK StGB, § 32 Rn. 268.

muss ein Vorgehen nach Gefahrenabwehrrecht ausscheiden, weil dadurch einzig die Vermeidung höherer Schutzstandards für den Beschuldigten bezweckt wird.

Die isolierte Untersuchung der Einzelmaßnahmen fördert sodann mehrere schwere Rechtsfehler zutage: insbesondere die Umgehung des Richtervorbehalts, ein halb verdecktes Vorgehen bei der Durchsuchung und ein Verstoß gegen Belehrungspflichten sowie das Täuschungsverbot.

Diese Rechtsverstöße werden bewusst und systematisch begangen; insbesondere auch im Zeitraum nach dem BGH-Leiturteil aus dem Jahr 2017. Angesichts der Schwere der Verstöße führt die fehlerhafte Beweiserhebung nach hier vertretener Position zu umfassenden Beweisverwertungsverböten, zumal ein hypothetisch rechtmäßiger Ermittlungsverlauf bei absichtlichen Rechtsverstößen nicht berücksichtigt werden darf.

Obwohl die Legendierte Kontrolle *de lege lata* als rechtswidrig anzusehen ist, birgt eine Gegenwehr des Beschuldigten Strafbarkeitsrisiken für diesen, etwa wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Er kann lediglich die konkreten Maßnahmen rügen und eine gerichtliche Entscheidung über deren Zulässigkeit beantragen.

5. Kapitel

Die Legendierte Aktenführung

Bereits oben wurde angesprochen, dass die Legendierte Kontrolle in der Strafverfolgungspraxis von einer Legendierten Aktenführung flankiert wird, damit die Legende nicht zeitnah nach der Kontrolle durch Akteneinsicht enttarnt werden kann. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens ist Gegenstand des nächsten Kapitels, wobei auch auf allgemeine Grundsätze der Aktenführung und deren Bedeutung für das rechtsstaatliche Strafverfahren einzugehen sein wird.

A. Praktische Bedeutung der (Legendierten) Aktenführung

I. Zur zunehmenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der Aktenführung

Der historische Gesetzgeber maß dem Ermittlungsverfahren wenig Bedeutung zu; es sollte lediglich eine Hilfsfunktion für den eigentlichen Schwerpunkt des Strafverfahrens bilden: die Hauptverhandlung.¹ Letztere gilt nach wie vor als Kernstück des Strafverfahrens,² doch das Ermittlungsverfahren hat an Bedeutung gewonnen.³ Es ist mittlerweile oft umfangreicher als früher; teils erschöpft sich auch das gesamte Strafverfahren in ihm, wenn es nicht zur Anklageerhebung kommt. Dies ist insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts häufig der Fall. Das Ermittlungsverfahren gilt nunmehr als „entscheidende Weichenstellung“ für das weitere Verfahren.⁴ Zum einen wirken Fehler, die bei den Ermitt-

¹ Fezer, in: GS Schröder, S. 407, 408 f.; Motive zur StPO bei Hahn, Die gesammelten Materialien zur Strafprozessordnung, S. 1629; Kettner, Informationsvorsprung, S. 5.

² Anders aber Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 158 Rn. 7: Nach dem heutigen Stand der empirischen und dogmatischen Erkenntnisse über die Entscheidungsfindung liege der Schwerpunkt des Verfahrens nicht mehr in der Hauptverhandlung; vgl. auch Walischewski, StV 2001, 243, 248: die Hauptverhandlung nehme im Wesentlichen nur noch den Platz einer „aufwändigen Absegnung des Ermittlungsverfahrens“ ein.

³ Zur Anerkennung der besonderen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens durch Literatur und Rspr. Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 190 f. m.w.N.; so auch Walther, HRRS 2004, 126, 127; Fezer, in: GS Schröder, S. 407, 412 f.; vgl. ferner Rieß, in: FS Lackner, S. 965, 987; Richter II, StV 1985, 382, 385; anders noch BVerfGE 39, 156, 167 f.

⁴ Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 158 Rn. 7; Kölbl, in: MüKo StPO, § 160, Rn. 5 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht § 39, Rn. 1, 35; Fezer, in: GS Schröder, S. 407, 412; Rieß, in: FS Lackner, S. 965, 987; Heimeshoff, DRiZ 1972, 164, 165;

lungen auftreten, faktisch und/oder rechtlich in das Hauptverfahren hinein.⁵ Zum anderen macht die Kodifizierung zahlreicher Zwangsmittel deutlich, dass Eingriffe in Betroffenenrechte gerade auch im Ermittlungsverfahren erfolgen können. Schon die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens kann eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen.⁶

Vor diesem Hintergrund ist es einleuchtender denn je, dass die Schutz- und Verteidigungsinteressen der Betroffenen bereits im Ermittlungsverfahren bestehen und gewahrt werden müssen.⁷ Ein wichtiges Mittel dazu ist – wie bereits thematisiert – die Information bzw. die Informationsmöglichkeit des Beschuldigten. Ohne sie kann keine Waffengleichheit hergestellt werden – das Sprichwort „Wissen ist Macht“ trifft hier zu.⁸ An dieser Stelle tritt die Aktenführung auf den Plan, deren Bedeutung akzessorisch zum Ermittlungsverfahren gewachsen ist. Denn rein praktisch sind die Akten die wichtigste Informationsquelle des Betroffenen und seiner Verteidigung, wobei es freilich keine Rolle spielt, ob sie auf Papier oder elektronisch geführt werden. Gleichzeitig gilt: Quod non est in actis non est in mundo⁹ – nur bei entsprechender Dokumentation ist es möglich, bestimmte Abläufe und Ergebnisse zu rekonstruieren, insbesondere, wenn sie sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken.¹⁰ Die Akten dienen somit als „Rückgrat des Geschehens“.¹¹

Kurzum: Da das Ermittlungsverfahren wichtiger für den Verfahrensausgang geworden ist, gewinnt auch sein fehlerfreier Ablauf an Bedeutung. Das wiederum steigert die Notwendigkeit effektiver Nachvollziehbarkeit und Kontrolle, was letztlich zu dem Thema Akten führt.

Richter II, StV 1985, 382, 385 f. m.w.N.; *Walther*, HRRS 2004, 126, 127; vgl. *Satzger*, StraFo 2006, 45, 46 f.; *Schlothauer*, StV 2016, 607, 608; Ermittlungsverfahren als „Kern und Höhepunkt“ des Strafverfahrens; zustimmend *Jung*, GA 2002, 65, 68 f.; andeutungsweise *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 243.

⁵ *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 158 Rn. 7.

⁶ *Welp*, StV 1986, 446, 449; *Krekeler*, NStZ 1991, 367, 368; eingehend zu den möglichen psychischen, sozialen, beruflichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Konsequenzen *Richter II*, StV 1985, 382.

⁷ S. dazu bereits *Müller*, NJW 1976, 1063, 1067; *Richter II*, StV 1985, 382; *Walther*, HRRS 2004, 126, 127; *Eser*, ZStW 108 (1996), 86, 88 f.; *Jung*, GA 2002, 65, 68 f. m.w.N.; *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583, 595 m.w.N.; vgl. auch *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 31, 34; bzgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK noch abl. *Kohlmann*, in: FS Peters, S. 311, 318; *Schroeder*, in: FS Pötz, S. 205, 206 ff., 211; eingehend zu den zeitlichen Grenzen der Geltung des Art. 6 Abs. 1 EMRK *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 191 ff. m.w.N.

⁸ *Walther*, HRRS 2004, 126, 127; näher zur Waffengleichheit s. bereits 3. Kap. A. II. 1.

⁹ *Wohlers/Schlegel*, NStZ 2010, 486, 487.

¹⁰ Vgl. BVerfG, NJW 1983, 2135.

¹¹ *Wohlers/Schlegel*, NStZ 2010, 486, 487.

II. Bedeutung der Legendierten Aktenführung für die Legendierte Kontrolle

Für Ermittlungen per Legendierter Kontrolle spielt die Aktenführung, also die Frage, wie die Beweiserhebung dokumentiert wird, eine besondere Rolle. Wie bereits oben skizziert, setzt sich das Täuschungsverhalten der Behörden über die Durchsuchungssituation hinaus fort, denn die Legendierung der Kontrolle würde ihren Zweck verfehlen, wenn der Kurier auf sie hereinfallen, aber bald darauf aus den Akten von den wahren Hintergründen des Verfahrens erfahren würde. Um die vorangegangenen Ermittlungen nicht doch frühzeitig aufzudecken, legen die Behörden der betroffenen Person und ihrer Verteidigung daher auch in der Akten-einsicht (zunächst) nicht offen, dass die Kontrolle gezielt erfolgt war.¹² Die Legendierte Aktenführung dient also demselben Zweck wie die Legendierte Kommunikation zuvor, nämlich den Kurier und so auch die anderen Beteiligten zu täuschen. Sie soll dieselbe Legende eines Zufallsfundes untermauern und aufrechterhalten.¹³

Angesichts der deutlichen zeitlichen Zäsur zu den vorangegangenen Maßnahmen und ihrer eigenständigen Grundrechtsrelevanz im Hinblick auf das faire Verfahren und die Waffengleichheit kommt der Legendierten Aktenführung eine tragende, eigenständige Rolle im Gesamtgeschehen zu. Sie ist daher als selbstständige Maßnahme zu bewerten.¹⁴ Ob man die Legendierte Aktenführung vor diesem Hintergrund sprachlich noch im weiteren Sinne als Teil des Maßnahmenbündels Legendierte Kontrolle erfassen will, oder sie lediglich als der Legendierten Kontrolle „zwangsläufig nachfolgende Maßnahme“¹⁵ betrachtet, ist für die Bewertung ihrer Rechtmäßigkeit unerheblich. Jedenfalls handelt es sich um einen isoliert zu bewertenden Vorgang.¹⁶

B. Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit

Zunächst soll mit dem Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit der (verfassungsrechtliche) Maßstab erläutert werden, an dem eine Legendierte Aktenführung zu messen ist.

¹² S. nur *Nowrouzian*, NStZ 2018, 254, 256.

¹³ Anders aber *Schefer*, der meint, dass sich die Motivation zu der Legendierten Aktenführung unterscheide, *ders.*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 145.

¹⁴ So auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 144 f.

¹⁵ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 145.

¹⁶ So auch in BGHSt 62, 123, 142 f.

I. Verfassungsrechtliche Bedeutung

Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit fordert eine zutreffende, verständliche und umfassende Dokumentation staatlichen Vorgehens. Sämtliche Ermittlungsschritte und -ergebnisse müssen festgehalten werden, sodass sich eine lückenlose Dokumentation ergibt.¹⁷

Weithin jedes Behördenhandeln bedarf einer diesen Maßgaben entsprechenden schriftlichen Aktenführung.¹⁸ Obwohl der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit nirgends explizit geregelt ist, erkennt ihn die Rechtsprechung seit Langem an. So hat das BVerfG wiederholt darauf hingewiesen, das Prinzip müsse deswegen nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sein, weil es bereits aus der Bindung der Verwaltung und der Justiz an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Pflicht zur Objektivität folge.¹⁹

Im Einzelnen sichern die Grundsätze der Aktenführung in mehrfacher Weise ein gesetzmäßiges Verfahren.²⁰

1. Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Prüfung

a) Wahrheitsfindung

Der Rückgriff der Verwaltung auf die Akten ist für die Entscheidung über weiteres Vorgehen und damit zur Vollziehung der Gesetze als Ausübung der ihr verfassungsrechtlich übertragenen Aufgabe notwendig. Nur wenn das bisherige sachbezogene Geschehen sowie mögliche Erkenntnisquellen für das zukünftig in Frage kommende behördliche Handeln als Informationen bereitgehalten werden, kann sichergestellt werden, dass die Behörden in fortlaufender Kenntnis aller maßgeblichen Umstände ihre Befugnisse in zulässiger Weise ausüben können. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass relevante Informationen aus innerorganisatorischen Gründen verloren gingen.²¹ Im Strafverfahren wäre das von besonderer Problematik, da es als zentrales (Zwischen-)Ziel die Erforschung der materiellen Wahrheit als Basis eines gerechten Urteils verfolgt.²²

¹⁷ BGHSt 37, 204, 205; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 27; vgl. auch *Sackreuther*, in: BeckOK StPO, § 160 Rn. 12.

¹⁸ Vgl. BVerfG, NJW 1983, 2135; zum Grundsatz im Strafverfahren *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14.

¹⁹ In jüngerer Zeit BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 19; ferner BVerfG, NJW 1983, 2135; ebenso BVerwG, NVwZ 1988, 621, 622; OVG Greifswald, NVwZ 2002, 104, 105; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 30.07.2014 – 1 S 1352/13 –, juris, Rn. 90; s. auch VG Lüneburg, NVwZ 1997, 205, 206; *Trantas*, Akteneinsicht im Verwaltungsrecht, S. 445 m.w.N.

²⁰ Ähnlich BVerwG, NVwZ 1988, 621, 622.

²¹ Vgl. BVerfG, NJW 1983, 2135.

²² BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; 133, 168, 226: „bestimmende[s] Ziel, von dem sich der Strafprozess nicht entfernen darf“; BVerfG, NStZ 2007, 598, 600; BVerfG,

b) Gerechtigkeit und Wahrung des Schuldprinzips

Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege werden die höchsten Anforderungen an die Gerechtigkeit gestellt.²³ Sowohl Staatsanwaltschaft als auch Gericht sind diesem Zweck verpflichtet.²⁴ Gerechtigkeit verkörpert nicht weniger als eine Leitidee des Rechtsstaats.²⁵ Im Strafverfahren ist sie eng mit dem Schuldprinzip verknüpft, das seinerseits aus der Rechtsstaatsgarantie und der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen abgeleitet wird.²⁶ Eine Verurteilung wird namentlich dann als gerecht angesehen, wenn sie eine schuldangemessene Strafe verhängt, d. h. die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen.²⁷

Wenn die Rechtsfolge sachgerecht auf den Tatbestand abgestimmt sein soll,²⁸ setzt das die Kenntnis darüber voraus, ob der Tatbestand erfüllt ist. Ohne ordnungsgemäße Dokumentation von be- und entlastenden Beweisen würde die Wahrheitserforschung im Vorverfahren, aber auch in der Hauptverhandlung wesentlich erschwert oder gar verhindert. Im schlimmsten Fall bliebe dann die Schuldfrage ungelöst und es käme in der Folge zu ungerechten Entscheidungen. Positiv ausgedrückt: Die ordnungsgemäße Aktenführung ist zwingende Voraussetzung der Wahrheitserforschung und verhilft der Gerechtigkeit als Element des Rechtsstaats zur Geltung.

c) Durchsetzung materiellen Rechts

Die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, ist notwendige Kehrseite seines Gewaltmonopols.²⁹ Versteht man einen Prozess als rechtlich ge-

NJW 2013, 1058, 1059 ff. Zu den Einschränkungen dieses Grundsatzes *Kudlich*, in: MüKo StPO, Einleitung Rn. 7.

²³ BVerfGE 45, 187, 228.

²⁴ BVerfGE 133, 168, 176, 193, 200; BVerfG, NJW 1987, 2662; *Fischer*, in: KK-StPO, Vor § 1 Rn. 12; *Kudlich*, in: MüKo StPO, Einleitung Rn. 139.

²⁵ BVerfGE 133, 168, 198, vgl. auch BVerfGE 7, 89, 92: „materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit“; BVerfGE 7, 194, 196; 45, 187, 246; 74, 129, 152; 122, 248, 272; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 50; monographisch *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 5 ff.; *Jungbauer*, Begriff der Gerechtigkeit, S. 97 ff.; *Dreier*, Recht – Staat – Vernunft, S. 8 ff.

²⁶ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 285 f.; 27, 18, 29; 50, 205, 214 f.; 80, 244, 255; 86, 288, 313; 95, 96, 130 f. m. w. N.; 110, 1, 13; 120, 224, 253 f.; BVerfG, NJW 2013, 1058, 1060; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 55; *Hassemer*, in: Schuld und Verantwortung, S. 89, 92; *Noll*, Ethische Begründung der Strafe, S. 6; *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 341 ff.; s. ferner *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 1 ff.; *Adam/Schmidt/Schumacher*, NStZ 2017, 7; eingehend zum Schuldprinzip aus strafrechtsphilosophischer Perspektive auch *Erber-Schropp*, Schuld und Strafe, S. 21 ff.

²⁷ BVerfGE 20, 323, 331; 45, 187, 228; 50, 5, 12; 73, 206, 253; 86, 288, 313; 96, 245, 249; 109, 133, 171; 110, 1, 13; 120, 224, 253 f.; BVerfG, NJW 2013, 1058, 1060.

²⁸ S. dazu nur BVerfGE 25, 269, 286.

²⁹ Vgl. BVerfGE 51, 324, 343 f.

ordneten Vorgang zur Gewinnung einer Entscheidung über ein materielles Rechtsverhältnis, wird klar, dass ein Zweck des Strafprozesses jedenfalls auch die Verwirklichung des materiellen Strafrechts ist.³⁰ Dies stellt ein weiteres wesentliches Ziel des Strafverfahrens dar.³¹ Einige Stimmen, darunter die höchst-richterliche Rechtsprechung, sprechen gar von der Durchsetzung des „staatlichen Strafanspruchs“.³² Diese Formulierung sieht sich u. a. der Kritik ausgesetzt, ungenau bzw. nicht sinnvoll zu sein, da der Täter schließlich den „Anspruch“ nicht erfüllen oder Einreden erheben könne. Vielmehr bestehe ein Justizgewährleistungsanspruch des Betroffenen.³³

Jedenfalls ist die Durchsetzung des materiellen Rechts in Form einer Strafe aus Sicht des BVerfG Ausdruck „vergeltender Gerechtigkeit“.³⁴ Diese Gerechtigkeit kann nicht eintreten, wenn mangels Informationen über das tatsächliche Geschehen das Recht keine Folgen zeitigen kann. Als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips und gem. Art. 6 Abs. 2 EMRK verhindert nämlich die Unschuldsvermutung (in dubio pro reo) eine Bestrafung, wenn die Schuld nicht in gesetzmäßiger Weise nachgewiesen werden kann.³⁵

Eine Bestrafung, also die Durchsetzung materiellen Rechts, ist mithin nur möglich, wenn an den Sachverhalt und den bisherigen Verfahrensablauf angeknüpft werden kann. Es zeigt sich, dass notwendige Voraussetzung abermals deren Kenntnis ist, welche nur durch eine wahrheitsgemäße, vollständige und klare Aktenführung sichergestellt werden kann.

d) Justizförmigkeit

Der BGH hat die Zielsetzung des Strafverfahrens wie folgt erläutert:

„Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen

³⁰ Kudlich, in: MüKo StPO, Einleitung Rn. 5.

³¹ Vgl. BVerfGE 51, 324, 343 f.; 133, 168, 225 f.; BGH, NJW 2016, 728, 729 m. Anm. Michalke; vgl. auch BGHSt 16, 374, 378; s. auch bereits Beling, Reichsstrafprozessrecht, S. 5; Weigend, Deliktsoffer, S. 191 f.; vgl. aus der neueren Lit. etwa Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, Vorbem. zu § 1 Rn. 200; Dölling, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Vor §§ 1 ff. Rn. 1; Fischer, in: KK-StPO, Vor § 1 Rn. 1.

³² S. etwa BVerfGE 57, 250, 275; 107, 104, 118 f.; BGH, NStZ-RR 2012, 343; VG München, BeckRS 2001, 26831 Rn. 18; Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92 Rn. 52; Böhm/Werner, in: MüKo StPO, § 112 Rn. 2; Bader, in: KK-StPO, Vorbemerkungen Rn. 81; Kilchling, NStZ 2002, 57.

³³ Volk/Engländer, StPO, § 2 Rn. 2; ebenso Weigend, Deliktsoffer, S. 191 f. m.w.N.: „irreführende Parallele zum Zivilrecht“.

³⁴ BVerfGE 110, 1, 13; vgl. auch BVerfGE 95, 96, 140.

³⁵ St. Rspr.; s. nur BVerfGE 19, 342, 347; 74, 358, 370; 82, 106, 114 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 150; Beukelmann, NJW-Spezial 2016, 696; s. auch Art. 48 Abs. 1 GRCh.

Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten.“³⁶

Es ist also nicht nur das gerechte Ergebnis von Bedeutung, sondern auch dessen justizförmiges Zustandekommen. Die parallel im Strafverfahren geführten Akten unterstützen beides. Denn die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aktenführung bewirkt eine Selbstdisziplinierung der Verwaltung, indem sie zu einer sorgfältigeren Bearbeitung führt. Das BVerfG betont daher auch den mitschwingenden Präventionsgedanken. Kommt es dennoch zu Fehlverhalten, ist dieses für die interne Fachaufsicht rekonstruierbar. Auch die parlamentarische Kontrolle, etwa im Einzelfall in Form von Untersuchungsausschüssen, setzt eine verlässliche Aktenführung voraus.³⁷ Das Aktenvorlagerecht zählt zum „Wesenskern“ des parlamentarischen Untersuchungsrechts, nicht zuletzt, weil Schriftstücken im Vergleich zu Zeugenaussagen ein höherer Beweiswert zugemessen wird.³⁸ Dies beruht auf der Annahme, dass die Gedächtnisleistung von Zeugen oftmals unzuverlässig ist.³⁹

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Tragweite des Grundsatzes wahrheitsgemäßer und vollständiger Aktenführung evident.⁴⁰

2. Faires Verfahren

Daneben ist auch die Information von Betroffenen bezweckt, die ein eigenes Interesse an der Dokumentation haben.⁴¹ Anhand der Akten können sie retrospektiv die Rechtmäßigkeit beschwerender Maßnahmen kontrollieren (lassen):

a) Waffengleichheit

Im Strafverfahren tritt das bereits erwähnte Recht auf effektive Verteidigung und Waffengleichheit als Ausfluss des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und des Fairnessprinzips hinzu.⁴² Denn die betroffene Person kann von ihren Befugnissen nur dann sinnvoll Gebrauch machen, wenn sie sich zu dem gesamten der Staatsanwaltschaft vorliegendem Material äußern kann.⁴³ Eine „Parität des

³⁶ BGH, NStZ 2015, 710, 711 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

³⁷ Vgl. Art. 44 GG, § 18 Abs. 1 PUAG; BVerfGE 67, 100, 132; andeutungsweise BVerfGE 77, 1, 48.

³⁸ BVerfGE 67, 100, 132 m.w.N.; Brocker, in: BeckOK GG, Art. 44 Rn. 57.

³⁹ BVerfGE 67, 100, 132.

⁴⁰ Vgl. Brocker, in: BeckOK GG, Art. 44 Rn. 58 m.w.N.

⁴¹ BVerfG, NJW 1983, 2135. Eingehend zum Recht auf Akteneinsicht aus Art. 6 Abs. 3 EMRK Trechsel, in: FS Druey, S. 993, 995 ff. m.w.N.

⁴² S. dazu bereits 3. Kap. A. II. 1., III.

⁴³ Daher einen materiellen (umfassenden) Aktenbegriff vertretend Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 27; Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 207; s. auch Beulke, in: FS Dünnebier, S. 285, 294; Peters, NStZ 1983, 275, 276; Wasserburg, NJW 1980, 2440, 2441.

Wissens“⁴⁴ führt zu Waffengleichheit, indem den Betroffenen die Kontrolle von etwaigen Verfahrensverstößen durch aktive Einflussnahme auf die Ermittlungen ermöglicht wird.

So ist es nicht übertrieben, das Akteneinsichtsrecht als notwendiges Kernelement einer effektiven Verteidigung zu betrachten.⁴⁵ Das setzt in einem ersten Schritt wahrheitsgetreue und vollständige Akten voraus, denn andernfalls liefe das Akteneinsichtsrecht ins Leere und könnte seinen Zweck nicht erfüllen.

b) Rechtliches Gehör

Ebenso verhält es sich mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG, dessen Verwirklichung der Grundsatz der Aktenwahrheit wenigstens sekundär dient.⁴⁶ Beschuldigten ist sowohl vor Erhebung der öffentlichen Klage als auch vor Eröffnung des Hauptverfahrens rechtliches Gehör zu gewähren.⁴⁷ Der Anspruch auf rechtliches Gehör hat – wie erwähnt – verschiedene Ausprägungen, allen voran das Äußerungsrecht.⁴⁸ Einer gerichtlichen Entscheidung dürfen nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit gegeben war.⁴⁹ Dieses Recht kann aber nur dann wahrgenommen werden, wenn die Betroffenen beurteilen können, ob und welche Äußerungen sinnvoll erscheinen, also welche Faktoren aus Sicht des Gerichts entscheidend sind.⁵⁰ Daher folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG „sachlogisch“⁵¹ auch ein Informationsanspruch,⁵²

⁴⁴ Welp, in: FG Peters, S. 309.

⁴⁵ So auch Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 1; Beulke/Witzigmann, StV 2013, 75; Michalke, NJW 2013, 2334: „... gehört zu den fundamentalen Rechten einer effektiven Verteidigung im Strafverfahren“; Wohlers/Schlegel, NSTZ 2010 486: „unverzichtbares Basisrecht der Verteidigung“; Schneider, Jura 1995, 337: „Herzstück der Strafverteidigung“; Groh, DRiZ 1985, 52, 54: „essentielles Recht der Verteidigung“; ferner Dierlamm, in: FS Schlothauer, S. 205, 206 m.w.N.; Tsambikakis, in: FS Richter II, S. 529: „fundamental“; Jahn, in: FS Beulke, S. 801, 805 f.; Michalke, NJW 2013, 2334. Zum Recht auf Akteneinsicht sogleich näher unter 5. Kap. B. II. 4.

⁴⁶ BVerfGE 18, 399, 404 f.; Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 1; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 103 Rn. 41; Julius/Schiemann, in: HK-StPO, § 147 Rn. 1; Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 2; Frohn, GA 1984, 554, 564 unter Hinweis auf die inquisitorische Struktur des Strafprozesses als causa; Schäfer, NSTZ 1984, 203, 204; Schlegel, HRRS 2004, 411; zur Rspr. des EGMR zu Art. 6 EMRK eingehend Gaede, HRRS 2004, 44, 46 ff.

⁴⁷ Vgl. §§ 163a Abs. 1, 201 Abs. 1; Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 27.

⁴⁸ Grundlegend BVerfGE 1, 418, 429; ebenso BVerfGE 86, 133, 144; 89, 28, 35.

⁴⁹ BVerfGE 18, 399, 404; BGHSt 17, 387; 30, 131, 141.

⁵⁰ BVerfGE 89, 28, 35 m.w.N.; Nolte/Aust, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 47 ff.; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 16; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Rn. 78.

⁵¹ Vgl. Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 2.

⁵² BVerfGE 84, 188, 189 f.; 86, 133, 144; 89, 28, 35.

ohne dass es grundsätzlich eigener Nachforschungen bedürfte.⁵³ Das BVerfG hat dazu entschieden, dass ein Verfahrensbeteiligter weder zur Nachforschung verpflichtet sei, ob ein von ihm in zulässiger Weise eingereichter Schriftsatz sich noch bei den Akten befindet, noch gehalten sei, bei Auftauchen diesbezüglicher Zweifel selbstständig nach dem Verbleib des Schriftsatzes zu forschen.⁵⁴

Ein wesentliches Instrument zur Erfüllung dieses Informationsanspruchs ist die Akteneinsicht.⁵⁵ Zwar folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG kein Anspruch auf eine sofortige und allumfassende Information.⁵⁶ Es versteht sich dennoch von selbst, dass der Anspruch auf Information in inhaltlicher Hinsicht wahre und vollständige Informationen meint. Ließe man grundsätzlich auch falsche Informationen zu, würde Art. 103 Abs. 1 GG ad absurdum geführt.

3. Gewaltenteilungsprinzip

Da die Gewaltenteilung in erster Linie die Mäßigung und Bändigung der öffentlichen Gewalt zugunsten der individuellen Freiheit bezweckt,⁵⁷ kann sie ebenfalls als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips verstanden werden.⁵⁸ Es werden „möglichst richtig[e]“ staatliche Entscheidungen angestrebt, indem sie von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.⁵⁹ So weist das Gewaltenteilungsprinzip bestimmte Entscheidungen den Gerichten zu. Damit das erkennende Gericht dieser Aufgabe praktisch nachkommen und die eigene Zuständigkeit beurteilen kann, benötigt es verlässliche Akten als ersten Informationszugriff.

Darüber hinaus ist die Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aktenführung im Kontext der bereits angesprochenen Untersuchungsausschüsse

⁵³ BVerfGE 17, 194, 196 f.; 18, 147, 150; 50, 381, 384 f.; BVerfG, NJW 1990, 2374, 2375; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Rn. 78 m.w.N.; s. aber BAG, NJW 2008, 2364, 2365; einschränkend auch *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 16: Möglichkeit der Information bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt.

⁵⁴ BVerfG, NJW 1990, 2374.

⁵⁵ BVerfG, NJW 2006, 1048, 1049; BVerfG, NVwZ 2010, 954, 955; sowie *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Rn. 87; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 2: „Ohne Akteneinsicht bleibt rechtliches Gehör ein *nudum ius*“ (Hervorhebung im Original).

⁵⁶ S. nur *Julius/Schiemann*, in: HK-StPO, § 147 Rn. 1.

⁵⁷ BVerfGE 9, 268, 279; 67, 100, 130; 68, 1, 86; vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 16.

⁵⁸ *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 156, die aber darauf hinweisen, dass die Gewaltenteilung nicht im Rechtsstaatsprinzip aufgeht; vgl. auch *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 16, 57 ff.; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 79 GG: „Grundsatz der Gewaltenteilung steht in engster Verbindung zu den Grundsätzen des Rechtsstaats und der Demokratie“.

⁵⁹ BVerfGE 68, 1, 86; 95, 1, 15 m.w.N.; 98, 218, 251 f.; 139, 321, 362.

zwingend, damit die parlamentarische Kontrolle gewährleistet werden kann.⁶⁰ Die Staatsanwaltschaft ist zwar in die Justiz eingegliedert und unterliegt einer besonderen Gesetzesbindung.⁶¹ Dennoch wird sie als Teil der Exekutive verstanden (vgl. § 147 GVG)⁶² und unterliegt als solche auch der parlamentarischen Kontrolle.⁶³

In diesem Rahmen ist die Aufklärung eines Sachverhalts durch Untersuchungsausschüsse in den Augen des BVerfG genauso bedeutsam wie die Tatsachenermittlung im Strafverfahren.⁶⁴ Um dem parlamentarischen Untersuchungsgrundsatz zur Effektivität zu verhelfen, besteht insofern ein eigenständiges Informationsrecht.⁶⁵ Unter dem Stichwort „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ wird das Gewaltenteilungsprinzip zwar gerade auch als Argument *gegen* ein umfassendes parlamentarisches Informationsrecht vorgebracht.⁶⁶ Dieser nicht ausforschbare Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Exekutive sei der parlamentarischen Aufklärung entzogen,⁶⁷ damit die Funktionsfähigkeit der Regierung nicht von der Kontrollmöglichkeit eingeschränkt werde. Der Gewaltenteilungsgrundsatz sei also gleichermaßen „Grund und Grenze“ des Untersuchungsrechts.⁶⁸

Allerdings ist diese Ansicht, einen fixen Bereich der Kontrolle zu entziehen, umstritten. Das Kontrollrecht des Parlaments richte sich nämlich gerade auch auf die Verwaltung und Regierung. Ein undifferenziertes Ausklammern eines Kernbereichs widerspreche der Systematik der gegenseitigen Kontrolle der Staatsgewalten und berge Missbrauchspotenzial.⁶⁹

Somit kann zum einen ein Kernbereich jedenfalls nur in engen Grenzen anerkannt werden.⁷⁰ Zum anderen muss jedenfalls alles außerhalb des sog. Kernbe-

⁶⁰ Vgl. Art. 44 GG, § 18 Abs. 1 PUAG. Zur Geltung des Grundsatzes der Aktenvollständigkeit für Regierungen s. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2015, 161, 166 f.; *Brocker*, in: BeckOK GG, Art. 44 Rn. 58. Zu den Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts s. *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 44 Rn. 23 ff.

⁶¹ BVerfGE 9, 223, 228; 103, 142, 156.

⁶² BVerfGE 103, 142, 156; s. aber VGH Mannheim, NVwZ 2018, 750, 752 Rn. 26.

⁶³ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, GVG Vor § 141 Rn. 6; *Inhofer*, in: BeckOK GVG, § 147 Rn. 1.

⁶⁴ BVerfGE 77, 1, 48; vgl. auch BVerfGE 67, 100, 146.

⁶⁵ *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 44 Rn. 20. Einfachgesetzlich ist dieser Prozess im Untersuchungsausschussgesetz (PUAG) geregelt.

⁶⁶ *Unger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 44 Rn. 42 ff.; aus der Rspr. s. richtungsweisend BVerfGE 67, 100, 139; dem nachfolgend etwa BVerfGE 110, 199, 214 ff.; 124, 78, 120 ff.; 137, 185, 234 f.; vgl. auch BVerfGE 131, 152, 210; in jüngerer Zeit BVerfGE 143, 101, 137 f.

⁶⁷ BVerfGE 67, 100, 139; 137, 185, 233 f.; 143, 101, 137.

⁶⁸ BVerfGE 143, 101, 136 f. m.w.N.; BVerfGE 137, 185, 233; BVerfG, NVwZ 2017, 1364, 1366 Rn. 91.

⁶⁹ Zum Ganzen *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 44 Rn. 27 m.w.N.

⁷⁰ *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 44 Rn. 27.

reichs der Kontrolle unterliegen. Dass ein parlamentarisches Untersuchungsrecht besteht, ist angesichts der expliziten Regelung in Art. 44 GG schließlich Konsens. Jedenfalls in dessen Rahmen gibt es demnach den bereits angesprochenen Informationsanspruch. Ohne verlässliche Erkenntnisquellen kann diese parlamentarische Kontrolle aber nicht stattfinden. Somit verhilft eine ordnungsgemäße Aktenführung auch dem Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG indirekt zur Geltung.

4. Zusammenfassung

Das Gebot der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit ist zwar nicht ausdrücklich im Grundgesetz festgeschrieben, lässt sich aber aus Art. 20 GG herleiten und genießt damit Verfassungsrang. Es dient nicht nur der Erfüllung der Strafzwecke, sondern ist auch notwendige Voraussetzung für ein rechtsstaatliches Verfahren. Für eine funktionstüchtige und justizförmige (Straf-)Rechtspflege ist eine wahrheitsgemäße, verständliche und vollumfängliche Aktenführung⁷¹ zwingend erforderlich, eine Alternative nicht ersichtlich.

II. Einfachgesetzliche Ausformungen und Bedeutung für die Verfahrensparteien

In der StPO sind verschiedene Ausprägungen und Konkretisierungen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit enthalten:

1. Ermittlungsbehörden: Protokoll über Untersuchungshandlungen gem. § 168b StPO

Gem. § 168b StPO sind sämtliche Ermittlungsbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft, Zollverwaltung) dazu verpflichtet, das Ergebnis ihrer Untersuchungshandlungen in den Akten zu dokumentieren.⁷² Die konkreten Ermittlungsmaßnahmen und ihre Ergebnisse müssen aktenkundig gemacht werden, damit sich andere einen zuverlässigen Eindruck bilden können.⁷³ Jedes mit der Sache befasste Ermittlungsorgan sowie das Gericht und die Verteidigung müssen das bisherige Er-

⁷¹ Unerheblich ist, ob die Akten in Papierform oder elektronisch (vgl. §§ 32 ff. StPO) geführt werden.

⁷² S. dazu Art. 7 der Richtlinie 2010/64/EU v. 20.10.10; BT-Drs. 17/12578, S. 17; BT-Drs. 18/9416, S. 61; BT-Drs. 18/9534, S. 23; s. auch bereits BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 20.

⁷³ Vgl. BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 20 m.w.N.; *Pflieger/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StPO, § 168b Rn. 2.

gebnis des Verfahrens und seine Entwicklung erkennen können; zumal das Ermittlungsverfahren ein schriftliches Verfahren ist.⁷⁴

Der Aktenbegriff umfasst somit „alle vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) gesammelten be- und entlastenden Schriftstücke“ und „die nach Anklageerhebung entstandenen Aktenteile und die vom Gericht herangezogenen oder von der Staatsanwaltschaft nachgereichten Beiakten“⁷⁵ oder, weiter, „sämtliche verkörpertten Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse, die im Verlaufe der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten sowie nach Anklageerhebung bei Gericht angefallen und in das Eigentum der Justiz übergegangen sind“.⁷⁶ Es steht dabei nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, ob und wann sie Ermittlungshandlungen sowie deren Ergebnisse in die Akten aufnehmen.⁷⁷ Ebenso wie die Voraussetzungen des Anfangsverdachts sind sie „zeitnah“ zu dokumentieren. Dasselbe gilt für jedes Beweisstück, das sich schuldsspruch- oder rechtsfolgenrelevant auswirken kann.⁷⁸ Es soll „eine lückenlose Information über die im Verfahren angefallenen schriftlichen Unterlagen ermöglicht werden“.⁷⁹

2. Staatsanwaltschaft: Verantwortlichkeit vor Gericht gem. § 199 Abs. 2 StPO

a) Konzeptionelle Stellung der Staatsanwaltschaft

Da die Polizei das Recht des ersten Zugriffs hat, führt sie in der Regel zunächst die Akten und leitet sie dann gem. § 163 Abs. 2 S. 1 StPO an die Staatsanwaltschaft weiter. Auch damit wird dem Grundsatz der Aktenwahrheit Rechnung getragen.⁸⁰ Obwohl die Polizei in der Regel zunächst selbst die erforderlichen Ermittlungen ohne Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft durchführt und ihr dann die Akten vorlegt, behält diese die Sachleitung inne. Sie stimmt mit der

⁷⁴ Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 168b Rn. 1; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 168b Rn. 1; Griesbaum, in: KK-StPO, § 168b Rn. 1a; Wohlers/Albrecht, in: SK-StPO, § 168b Rn. 1; s. auch Kleinknecht, in: FS Dreher, S. 721, 722 f.

⁷⁵ Willnow, in: KK-StPO, § 147 Rn. 4; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 15.

⁷⁶ Eingehend Schäfer, NStZ 1984, 203, 204; vgl. auch Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 24.

⁷⁷ BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 21; BGH, NStZ 2014, 277, 281; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14.

⁷⁸ BGH, StV 2010, 228, 229; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14.

⁷⁹ BGHSt 37, 204, 205; vgl. BGHSt 62, 123, 143; s. auch Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 27; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14; Kleinknecht, in: FS Dreher, S. 721, 722 f., der auf die strafrechtlichen Gebote, Verfolgung Unschuldiger gem. § 344 StGB sowie die Strafvereitelung im Amt gem. §§ 258, 258a StGB hinweist, die das Gebot der Aktenvollständigkeit flankieren.

⁸⁰ BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 20.

Polizei ab, wie die Unterrichtung und Aktenführung erfolgen soll. Je gewichtiger der Fall (insbesondere in Haftsachen), desto enghaschiger muss eine Abstimmung der Ermittlungsschritte erfolgen.⁸¹ Schließlich benötigt die Staatsanwaltschaft die Akten, um den Fall nachzuvollziehen und anhand derer eine rechtliche Bewertung zu erarbeiten, ggf. entsprechende Anträge zu stellen etc. Die Staatsanwaltschaft hat die Ermittlungsergebnisse später anhand der Akten vor Gericht zu vertreten.

§ 199 Abs. 2 S. 2 StPO besagt, dass die Akten mit der Anklageschrift dem Gericht vorzulegen sind.⁸² Die Norm konkretisiert damit ebenfalls den Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör.⁸³ Die Akten müssen vollständig übergeben werden, sodass das Gericht die gesamte Aktenlage in die Eröffnungsentscheidung einbeziehen kann und nicht lediglich die Beweismittel, die die Anklage in Bezug nimmt.⁸⁴

Als „Herrin des Vorverfahrens“⁸⁵ hat die Staatsanwaltschaft nicht nur ein rein praktisches Interesse an einer ordnungsgemäßen Aktenführung. Sie ist auch rechtlich dafür verantwortlich.⁸⁶ Dies ist zwar nicht explizit durch die StPO geregelt, wird aber deutlich, wenn man sich die Stellung der Staatsanwaltschaft vor Augen führt. Nach der Konzeption der StPO soll sie das Verfahren dominieren; sie trifft im Rahmen ihrer Legalitätspflicht die Entscheidungen und ihre Ermittlungspersonen bei der Polizei sind weisungsgebunden. Gem. § 160 Abs. 1 StPO muss sie die Wahrheit erforschen und gem. Abs. 2 StPO dabei sowohl Belastendes als auch Entlastendes ermitteln. Idealerweise sei sie die „neutralste Behörde der Welt“.⁸⁷ Ebenso wie das Gericht ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, auf ein gerechtes Urteil hinzuwirken.⁸⁸

⁸¹ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163 Rn. 24.

⁸² Dazu BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 20.

⁸³ LG Kassel, BeckRS 2011, 3076.

⁸⁴ Vgl. BGHSt 45, 321, 338 f.; BGH, NStZ 2014, 277, 281: „Ein solches Vorgehen ist in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht hinnehmbar. Es steht nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, ob sie strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen in den Akten vermerken und zu welchem Zeitpunkt sie dies tun. Das Tatgericht muss den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können. Dies ist kein Selbstzweck, sondern soll die ordnungsgemäße Vorbereitung der Hauptverhandlung durch das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten gewährleisten (...). Zudem muss in einem Rechtsstaat schon der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden werden.“; zust. Sackreuther, in: BeckOK StPO, § 160 Rn. 12; s. auch LG Kassel, BeckRS 2011, 03076.

⁸⁵ Statt aller vgl. nur BVerfGE 63, 45, 64. Diese Charakterisierung kritisierend Erb, in: Löwe/Rosenberg, StPO, vor § 158 Rn. 22; vgl. auch Schnarr, NStZ 1991, 209, 210: „etwas überpointiert“; ebenfalls krit. Bräutigam, DRiZ 1992, 214, 215.

⁸⁶ So auch BGHSt 62, 123, 143.

⁸⁷ Vgl. auch Schaefer, NJW 2001, 1396.

⁸⁸ Vgl. nur BVerfG, 1976, 231.

Die Literatur bringt an dieser Konzeption teils Zweifel an und kritisiert, dass die Staatsanwaltschaft sich oftmals an der Polizei orientiere, die auch tatsächlich über mehr Ressourcen verfügt und überwiegend einen großen Einfluss auf die Ermittlungen nimmt, indem sie viele Ermittlungen faktisch selbstständig führt. Zudem wird man nicht abstreiten können, dass die Staatsanwaltschaft tendenziell überwiegend belastendes Beweismaterial zu ermitteln versucht und auch von der Öffentlichkeit nicht als komplett neutrale Instanz wahrgenommen wird.⁸⁹

Ungeachtet dessen führt das BVerfG aus, dass unter der Maxime der Wahrheitserforschungspflicht und der Verpflichtung zur Objektivität selbstverständlich die Aufgabe stehe, die Straftaten vollständig zusammenzustellen, und dabei alle Bestandteile vorzulegen seien, die „für die gerechte Beurteilung der anhängigen Strafsache nützlich sein können“. Zweifelsfälle seien stets vorzulegen.⁹⁰ Fordert das Gericht weitere Informationen an, muss die Staatsanwaltschaft dem grundsätzlich nachkommen.⁹¹ Mithin hat die Staatsanwaltschaft nicht nur eine investigative, sondern auch eine verwaltende Funktion inne.⁹²

b) Folgerungen für die Polizei

Damit die Staatsanwaltschaft ihrer vorgesehenen Funktion nachkommen kann, muss die Polizei alle relevanten Informationen lückenlos und zeitnah transferieren, um eine faktische Verschiebung der Kräfteverhältnisse zu vermeiden bzw. einzugrenzen. Dabei ist diese Verpflichtung weit zu interpretieren.⁹³

3. Gericht: Vorbereitung der Hauptverhandlung und Entscheidungsfindung

Das Ermittlungsverfahren und somit auch dessen Dokumentation bereitet die Hauptverhandlung sowie die Entscheidung des erkennenden Gerichts vor. Das Gericht muss den Verfahrensgang „ohne Abstriche nachvollziehen können“.⁹⁴ Bereits für den Ermittlungsrichter ist eine Einhaltung des Grundsatzes der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit von Bedeutung, da nur so eine ordnungsgemäße Prüfung erfolgen kann.⁹⁵ Dabei trifft das Gericht eine eigene Verantwortung, sich der Vollständigkeit der Akten zu vergewissern. Bestehen insofern Zweifel, hat das Gericht dafür Sorge zu tragen, dass die Straftaten mit den zur Beurteilung relevanten Informationen vervollständigt werden, etwa indem das

⁸⁹ S. nur *Kettner*, Informationsvorsprung, S. 14 m.w.N.

⁹⁰ BVerfGE 63, 45, 64.

⁹¹ BVerfGE 63, 45, 65.

⁹² *Kettner*, Informationsvorsprung, S. 13.

⁹³ Näher s. bereits 5. Kap. B. II. 1.

⁹⁴ BGH, NStZ 2014, 277, 281.

⁹⁵ BVerfG, BeckRS 2016, 50709 Rn. 19.

Gericht Auskünfte von der Staatsanwaltschaft bezüglich der nicht vorgelegten Ermittlungsvorgänge verlangt.⁹⁶ Die durch die Staatsanwaltschaft getroffene Auswahl bei Aktenvorlage ist somit für das Gericht nicht bindend.⁹⁷ Schon im Zwischenverfahren kann das Gericht gem. § 202 StPO ergänzende Beweiserhebungen durch unanfechtbaren Beschluss anordnen – nach einer Meinung ist es dazu sogar bei Bedarf verpflichtet.⁹⁸ Insofern kann das Gericht indirekt Einfluss auf die Akten nehmen, wenngleich § 202 StPO ausweislich des Wortlauts in Satz 1 und der amtlichen Überschrift nur einzelne, ergänzende Beweiserhebungen meint.⁹⁹ Eine lückenlose Kontrolle der Staatsanwaltschaft ist nicht gefordert.

Ab dem Zeitpunkt der Aktenvorlage durch die Staatsanwaltschaft ist das Gericht für die weitere Verwaltung zuständig (vgl. § 147 Abs. 5 StPO). Die Funktion der Akten ist im Fall einer anschließenden Hauptverhandlung ambivalent. Einerseits darf das Gericht den Akteninhalt nicht unmittelbar berücksichtigen, denn getreu dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz hat es seine Überzeugungen nur „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ zu schöpfen.¹⁰⁰ Andererseits setzt die StPO die Kenntnis der Akten voraus, denn das Gericht muss gem. § 244 Abs. 2 StPO zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel erstrecken, die für die Entscheidung relevant sind. Dies ist eine verfahrensrechtliche Ausprägung des materiellen Schuldprinzips (*nulla poena sine culpa*), das wiederum in der Menschenwürdegarantie und im Rechtsstaatsprinzip verankert ist.¹⁰¹ Die Prozessbeteiligten haben einen indisponiblen Anspruch darauf, dass die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und alle tauglichen und erlaubten Beweismittel erstreckt wird, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.¹⁰² Wird also der entsprechende Akteninhalt nicht in die Hauptverhandlung eingeführt, verletzt das die richterliche Aufklärungspflicht. Einmal Gegenstand der Hauptverhandlung, sind die Informationen

⁹⁶ BVerfGE 63, 45, 65.

⁹⁷ OLG Frankfurt, NJW 1982, 1408, 1409.

⁹⁸ *Stuckenberg*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 202 Rn. 5; a.A. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 202 Rn. 1 m.w.N.; *Ritscher*, in: BeckOK StPO, § 202 Rn. 4; *Schneider*, in: KK-StPO, § 202 Rn. 3.

⁹⁹ So auch OLG Karlsruhe, wistra 2004, 276, 279 m.w.N.; OLG Celle, wistra 2011, 434, 435; *Schneider*, in: KK-StPO, § 202 Rn. 2. Im Übrigen ist die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, dem nachzukommen, allerdings könnte die Ablehnung des Ersuchens die Nichteröffnung des Hauptverfahrens nach sich ziehen, vgl. OLG Karlsruhe, wistra 2004, 276, 279.

¹⁰⁰ BVerfGE 133, 168, 209 f.; BGHSt 50, 40, 48 f.; vgl. auch *Ott*, in: KK-StPO, § 261 Rn. 19.

¹⁰¹ BVerfGE 45, 187, 259 f.; 86, 288, 313; 95, 96, 140; 120, 224, 253; 130, 1, 26; 133, 168, 197; vgl. weiter zum Schuldgrundsatz BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18, 29.

¹⁰² Vgl. BGHSt 32, 115, 124 ff.; *König*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 244 Rn. 15; s. auch BGH, NJW 1967, 299; *Krehl*, in: KK-StPO, § 244 Rn. 34 m.w.N.

aus den Akten verpflichtend zu berücksichtigen: Im Falle einer Urteilsabsprache muss das Gericht selbst ein Geständnis daraufhin überprüfen, ob sich beispielsweise eine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt.¹⁰³ Werden aus den Akten eingeführte Urkunden bei der Entscheidung nicht berücksichtigt, verstößt das gegen den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 261 StPO, denn die Beweiswürdigung muss u. a. vollständig sein, um als rechtsfehlerfrei zu gelten.¹⁰⁴

Von Richtern wird somit einerseits erwartet, dass sie den Akteninhalt kennen, aber andererseits, dass sie ihre Entscheidungen nur auf die Beweislage stützen, die Gegenstand der Hauptverhandlung war. Gegebenenfalls müssen sie insofern eine gedankliche Trennung ziehen, die ihnen zugetraut wird, nicht aber den Schöffen.¹⁰⁵

Die aufgezählten Mechanismen dienen allesamt dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung und setzen eine zutreffende und vollständige Aktenlage voraus; andernfalls kann das Gericht den eben aufgezeigten Pflichten nicht nachkommen.

4. Beschuldigte: Recht auf Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 1 StPO

Das Recht auf Akteneinsicht ist einfachgesetzlich in § 147 StPO geregelt.¹⁰⁶ Es wird regelmäßig durch den jeweiligen Rechtsbeistand der Beschuldigten ausgeübt.¹⁰⁷ Denn die Kenntnis von dem bislang gesammelten Beweismaterial ist notwendige Voraussetzung, um sich effektiv verteidigen zu können.¹⁰⁸ Insofern konkretisiert § 147 StPO den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG sowie das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren gem. Art. 20 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁰⁹ Zwar gilt der Grundsatz der (formellen) Unmittelbarkeit, sodass sich das gerichtliche Urteil nur auf Beweismaterial stützen kann, das Gegenstand der Hauptverhandlung war. Ange-

¹⁰³ Nach früherer Auffassung sollte dies nur anhand der Aktenlage geschehen, BGHSt 50, 40, 49 m.w.N. Mittlerweile wird jedoch eine Orientierung am Strengbeweissverfahren gefordert, BVerfGE 133, 168, 209 f.; BGH, NStZ 2014, 170; *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, § 257c Rn. 25 m.w.N.

¹⁰⁴ Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, § 261 Vor Rn. 1.

¹⁰⁵ Zur Rolle des Schöffen in der deutschen Strafgerichtsbarkeit *Rönnau*, in: GS Weßlau, S. 293; s. auch *ders.*, JuS 2016, 500.

¹⁰⁶ Das Akteneinsichtsrecht von Verletzten gem. § 406e StPO ist in den Fällen Legendierter Kontrollen mangels konkret benennbarer Opfer nicht von Belang und wird daher nicht näher erörtert.

¹⁰⁷ *Wohlers*, in: SK-StPO, § 146 Rn. 5 f. m.w.N.; abl. BVerfGE 53, 207, 214 f. m.w.N.

¹⁰⁸ *Wohlers/Schlegel*, NStZ 2010, 486, 487; *Michalke*, NJW 2013, 2334; *Burhoff*, HRRS 2003, 182.

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 63, 45, 62; *Michalke*, NJW 2013, 2334; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 1.

klagte erfahren also zwingend auch ohne vorherige Akteneinsicht von allen ausschlaggebenden belastenden Aspekten und bekommen Gelegenheit, darauf zu reagieren.¹¹⁰ Für eine effektive Verteidigung wird das jedoch nicht mehr als ausreichend erachtet.¹¹¹ Das deutsche Strafverfahren ist nämlich so ausgestaltet, dass die betroffene Person bereits im Ermittlungsverfahren gewisse Partizipations- und Kontrollmöglichkeiten hat.¹¹² Sie darf nicht zum Spielball, zum bloßen Objekt des Verfahrens werden, sondern muss dessen Ergebnis durch aktive Teilnahme mitgestalten können. Bestimmte Beschuldigtenrechte könnten faktisch leerlaufen, wenn Informationen erst in der Hauptverhandlung aufgedeckt würden und der Verteidigung daher keine Zeit verbliebe, umfassende Gegenbeweise vorzubereiten.¹¹³ Die Verteidigung muss den Ermittlungsverlauf daher grundsätzlich nachvollziehen können.¹¹⁴ Damit dieser Zweck durch die Akteneinsicht erfüllt werden kann, müssen die Akten wahrheitsgemäß und vollständig geführt werden. Das Recht auf Akteneinsicht umfasst die vollständigen Akten, die dem Gericht vorliegen oder ihm im Falle der Erhebung der Anklage nach § 199 Abs. 2 S. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft vorzulegen wären.¹¹⁵

Bei der Suche nach entlastenden Beweisen und der Kontrolle der staatlichen Ermittlungen sind die Akten aus Sicht der betroffenen Person und ihrer Verteidigung von großer Relevanz. Die Ermittlungsbehörden dürfen diese Bewertung im Zweifelsfall nicht vorwegnehmen, denn die Verteidigung hat einen Anspruch darauf, „in eigener Verantwortung zu prüfen, welche Unterlagen verteidigungsrelevant sein können“.¹¹⁶

¹¹⁰ Wohlers folgert daraus, dass das Recht auf Akteneinsicht den Anspruch auf rechtliches Gehör zwar konkretisiert, aber nicht allein auf diesen gestützt werden kann, s. Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 1.

¹¹¹ Zur Historie und Stärkung des Akteneinsichtsrechts im Überblick s. Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 3.

¹¹² Ein krasses Gegenbeispiel bilden etwa die USA, wo Betroffene mangels Akteneinsichtsrechts und vorheriger Gelegenheit, sich zu äußern, oftmals erst mit Anklageerhebung von den Vorwürfen erfahren. Zur sog. discovery instruktiv *Whitebread/Slobogin*, *Criminal Procedure*, S. 563 ff.; zum Vergleich von partizipatorischem und kontradiktorischem i. S. v. kompensatorischen Ermittlungsverfahren *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 39 Rn. 36.

¹¹³ So auch *Schlegel*, HRRS 2004, 411 f. mit weiteren Beispielen; vgl. auch *Burhoff*, HRRS 2003, 182: Akteneinsicht als „Kernstück der Verteidigung“; *Willnow*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 1.

¹¹⁴ Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14. Zu den Einschränkungen dieses Grundsatzes s. noch 5. Kap. C. II. 1. b) bb).

¹¹⁵ BVerfGE 63, 45, 62. Bei mehreren Beschuldigten in einem einheitlichen Verfahren gilt das Akteneinsichtsrecht für die gesamten Akten, auch wenn bestimmte Akten Teile Taten nur eines Beschuldigten betreffen, *Burhoff*, HRRS 2013, 182, 185. Entschließt sich die Staatsanwaltschaft zur Auftrennung des Verfahrens, erstreckt sich das Einsichtsrecht auch auf das Material des Ursprungsverfahrens, s. OLG Karlsruhe, AnwBl 1981, 18.

¹¹⁶ BGHSt 37, 204, 206; ebenso Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 27.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Beachtung des Grundsatzes der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit zwingend erforderlich ist für ein rechtsstaatliches, faires Verfahren.¹¹⁷ Eine ordnungsgemäße Aktenführung ist notwendig, damit sich die einzelnen Beteiligten ein Bild von dem Verfahren machen können.¹¹⁸ Aus Sicht der Betroffenen dient der Grundsatz insbesondere auch einer effektiven Verteidigung, und somit dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Schon der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, ist zur Wahrung des Vertrauens der Bürger in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes zu vermeiden.¹¹⁹

C. Praxis der Legendierten Aktenführung

I. Varianten Legendierter Aktenführung in Zusammenhang mit der Legendierten Kontrolle

Ebenso wie in der direkten Kommunikation mit der Zielperson kommen auch bei der Aktenführung verschiedene Abstufungen der Legendierung vor.

1. Explizite Unwahrheit

Der Extremfall ist die explizite Angabe von unzutreffenden Informationen. Unzutreffend ist beispielsweise, wenn der polizeiliche Bericht fälschlich einleitet: „Im Rahmen einer zufälligen Verkehrskontrolle ...“. Das würde im Übrigen auch gelten, wenn man anders als nach hier vertretener Auffassung annähme, die Durchsuchung ließe sich regelmäßig auf Gefahrenabwehrrecht stützen. Denn die betreffende Kontrolle war jedenfalls weder zufällig noch handelte es sich um eine Verkehrskontrolle.¹²⁰ Absichtlich falsche Informationen in den Akten sind explizite, aktive Täuschungen.¹²¹ Solche Angaben widersprechen naturgemäß dem Grundsatz der wahren und vollständigen Aktenführung.¹²²

2. Ungekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen

Soll von einer solchen expliziten hoheitlichen Täuschung abgesehen werden, scheint es eine geschickte Lösung, genauestens darauf zu achten, keine unzutref-

¹¹⁷ BGH, NStZ 2014, 277, 281.

¹¹⁸ Vgl. etwa BVerfG, NJW 1983, 2135.

¹¹⁹ BVerfGE 123, 148, 179; BGHSt 62, 123, 142 f.

¹²⁰ S. bereits unter 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (1).

¹²¹ Vgl. *Nowroussian*, NStZ 2018, 254, 256, der ebenfalls zugibt, dass es sich um eine unwahre Angabe handelt, zumal es einen Kontrollanlass gab.

¹²² Vgl. BGHSt 62, 123, 142 f.

fenden Aussagen in behördliche Vermerke aufzunehmen. Statt „Im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle ...“¹²³ könnte der Bericht mit „Im Rahmen einer Kontrolle ...“ beginnen. Letztere Angabe wäre isoliert betrachtet inhaltlich korrekt – eine Kontrolle im weiteren Sinne hat tatsächlich stattgefunden –, würde aber dennoch nicht offenbaren, dass die Kontrolle auf strafrechtlichen Ermittlungen im Vorfeld und keineswegs auf zufälligen oder verkehrsbezogenen Gründen beruhte. Durch sorgfältiges Formulieren und bewusstes Auslassen könnte man so erreichen, einerseits keine Lüge zu dokumentieren, und andererseits, dass Dritte dennoch von einer zufälligen Kontrolle ausgehen. Denn Nicht-Eingeweihte sollen mangels weiterer Hinweise gerade darauf schließen, es habe sich um eine bloß zufällige Verkehrskontrolle gehandelt.¹²⁴

Dieser Ansatz widerspricht jedenfalls dem Grundsatz der Aktenvollständigkeit, denn die Ermittlungsbehörden sind, wie bereits erörtert, rechtlich verpflichtet, alle beweiserheblichen Tatsachen in den Akten zu dokumentieren. Dazu gehören selbstredend auch vorangegangene strafrechtliche Ermittlungshandlungen und -ergebnisse, die die Kontrolle überhaupt erst ausgelöst haben (vgl. § 168b Abs. 1 StPO).

Darüber hinaus könnte auch der Grundsatz der Aktenwahrheit bzw. -klarheit berührt sein. Die Konstellation, dass Äußerungen bewusst so getätigt werden, dass Adressaten sie missverstehen, ist bereits im Rahmen des Betrugstatbestands gem. § 263 StGB unter dem Schlagwort „Täuschung durch wahre Tatsachen“ diskutiert worden. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung ist eine Handlung auch dann als Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB zu werten, wenn lediglich wahre Tatsachen erklärt werden, die jedoch ihrer Art nach geeignet und subjektiv dazu bestimmt sind, beim Empfängerkreis einen Irrtum hervorzurufen. Es kommt folglich bei der Beurteilung des Täuschungsgehalts auf den objektiven Empfängerhorizont an.¹²⁵ Der BGH hat zum Erklärungswert im Rahmen konkludenter Täuschungen gem. § 263 StGB ausgeführt, dass nicht nur das explizit Gesagte, sondern auch die Gesamtumstände der konkreten Situation ausschlaggebend seien. Der konkludente Erklärungswert werde durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten mitbestimmt. Tatsächliche Erwartungen würden wiederum auch durch Anschauungen der Verkehrskreise und die zugrunde liegenden rechtlichen Normen ge-

¹²³ Hält man entgegen der hier vertretenen Meinung das Gefahrenabwehrrecht für einschlägig, ist diese Aussage für sich genommen nicht falsch, bleibt aber unvollständig, vgl. *Nowrouzian*, NStZ 2018, 254, 256.

¹²⁴ Zu den Erfolgsaussichten dieses Vorgehens s. noch unter 6. Kap. A. I. 2. b).

¹²⁵ Dabei ist die Bestimmung des Täuschungsmerkmals im Einzelnen umstritten, s. *Becker*, JuS 2014, 307, 308. Für eine rein objektive Bestimmung BGHSt 47, 1, 5; a.A. etwa *Gaede*, in: AK-StGB, § 263 Rn. 11, der bereits im objektiven Tatbestand ein Täuschungsbewusstsein bzw. eine Täuschungsabsicht fordert.

prägt. Bei der Ermittlung des Erklärungswerts eines konkreten Verhaltens seien daher sowohl faktische als auch normative Gesichtspunkte zu berücksichtigen.¹²⁶

Diese Erwägungen lassen sich auf die Auslegung der Kommunikation zwischen Behörden und Betroffenen übertragen.¹²⁷

Auch wenn im Einzelfall nicht explizit die Unwahrheit gesagt wird, wird suggeriert, der Bericht gebe alle relevanten Informationen zutreffend wieder. Enthalten die Akten keinerlei Angaben zu strafrechtlichen Ermittlungen, wird bzw. soll die Verteidigung im Gegenschluss annehmen, dass es solche Ermittlungen nicht gegeben hat. Denn sofern Auslassungen nicht als solche gekennzeichnet sind, erwarten Beschuldigte und ihre Verteidigung, dass angesichts der rechtlichen Vorgabe einer wahren, klaren und vollständigen Aktenführung unstreitig relevante Informationen nicht ohne weiteres vorenthalten werden. Zwar mögen die Angaben in den Akten objektiv der Wahrheit entsprechen, sie sind aber bewusst in einen solchen Kontext gesetzt, dass die betroffene Person sie anders verstehen muss und soll. Es leuchtet nicht ein, dieses Vorgehen wegen einer Spitzfindigkeit nicht als Täuschung zu werten. Denn aus Beschuldigtensicht macht es keinen Unterschied, ob ein Bericht tatsächlich unzutreffend oder „bloß“ absichtlich missverständlich ist. Vielmehr muss eine normative Betrachtungsweise zu dem Ergebnis führen, dass die Akte in den in Rede stehenden Fällen den unzutreffenden Erklärungswert enthält, es habe keine vorherigen strafrechtlichen Ermittlungen gegeben und es lägen keine weiteren Beweismittel gegen die beschuldigte Person vor.

Somit erfüllt ein sorgfältiges, taktisches Formulieren, das streng genommen keine Lüge enthält, aber dennoch den Eindruck einer zufälligen Kontrolle hervorrufen soll, den hier gebildeten Täuschungsbegriff. Anders, als in der Vergangenheit vorgetragen, sind solche Angaben nicht nur „unvollständig, aber zutreffend“¹²⁸ – gerade die Unvollständigkeit macht die Akte unzutreffend.

Diese Methode läuft somit ebenfalls dem Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit zuwider.¹²⁹

3. Vorspiegeln der mangelnden Verfügbarkeit der Akten

Eine – nicht nur bei Verfahren mit Legierten Kontrollen gängige – Vorgehensweise der Staatsanwaltschaften bzw. deren Geschäftsstellen ist es, ein Akten-einsichtsgesuch nicht unter Verweis auf die Gefährdung des Untersuchungs-

¹²⁶ BGHSt 51, 165, 170 m.w.N.; zum Ganzen *Becker*, JuS 2014, 307 ff.

¹²⁷ Vgl. *Nowrousian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 33 f.

¹²⁸ So aber *Nowrousian*, NSTz 2018, 254, 256.

¹²⁹ Ebensowenig kann ein neues Verfahren wegen des vermeintlich zufälligen Drogenfundes eingeleitet und eine neue Akte angelegt werden, da dies gegen das Doppelverfolgungsverbot verstieße, s. *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1128.

zwecks zu verweigern, sondern sich stattdessen darauf zu berufen, die Akten seien derzeit versandt.¹³⁰ Dieser Einwand, wahrheitsgemäß oder nicht, dürfte in der näheren Zukunft mit flächendeckender Einführung der e-Akte entfallen.

4. Verpflichtung der Verteidigung zu Vertraulichkeit

Eine weitere Idee wäre es, der Verteidigung Akteneinsicht zu gewähren, dann aber den Informationsfluss an deren Mandanten zu begrenzen.

Jedoch kann der Verteidigung im Rahmen des unbeschränkten Akteneinsichtsrechts gem. § 147 Abs. 1 StPO grundsätzlich nicht untersagt werden, ihre Mandantschaft vollumfänglich zu informieren.¹³¹ Der BGH hat dazu ausgeführt, dass die Verteidigung einen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen hat, der nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern auch in dem einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege liege.¹³² Sachgerechte Strafverteidigung setze voraus, dass Beschuldigte wüssten, worauf sich die gegen sie erhobenen Vorwürfe stützten, und dass sie ihrer Verteidigung mitteilen könnten, wie sie sich dazu einlassen würden.¹³³ Der Verteidigungsauftrag erfordere und rechtfertige es, Beschuldigte ausreichend über den Akteninhalt zu informieren, auch wenn dies mit einem gewissen Risiko für die Ermittlung der Wahrheit verbunden sei.¹³⁴ Daher sei die anwaltliche Vertretung nicht nur grundsätzlich berechtigt, sondern unter bestimmten Umständen sogar verpflichtet, ihren Mandanten die aus den Akten gewonnenen Erkenntnisse mitzuteilen.¹³⁵

Ausnahmen will der BGH u. a. für den Fall einer Gefährdung des Verfahrenszwecks annehmen, ohne dies aber näher zu begründen.¹³⁶ Als Beispiel für eine Gefährdung des Verfahrenszwecks, die im Einzelfall zu beurteilen sei, führte das Gericht eine noch bevorstehende Durchsuchung an. In dem zugrundeliegenden Fall ging es um die Aushändigung von Fotokopien der Akte an den Betroffenen. Es ist aber anzunehmen, dass die Entscheidung auch auf die reine Benachrichtigung durch die Verteidigung übertragbar ist. Denn dafür, ob eine Verfahrens-

¹³⁰ Die Verfasserin hat diesen Eindruck aus Gesprächen mit mehreren Strafverteidigern und der eigenen Tätigkeit in einer auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Boutiquekanzlei gewonnen.

¹³¹ BGHSt 29, 99, 102 f.; ebenso obiter dictum OLG Hamburg, NStZ 1992, 50; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 141 ff.

¹³² BGHSt 29, 99, 102.

¹³³ BGHSt 29, 99, 102.

¹³⁴ BGHSt 29, 99, 106; vgl. obiter dictum OLG Hamburg, NStZ 1992, 50; ebenso *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo StPO, § 147 Rn. 45; *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 5; *Gercke*, StV 2020, 201, 206.

¹³⁵ BGHSt 29, 99, 102; s. auch bereits *Lüttger*, NJW 1951, 745.

¹³⁶ BGHSt 29, 99, 103. Daneben dürfen den Betroffenen laut der Entscheidung keine Fotokopien der Akte ausgehändigt werden, wenn Missbrauch, etwa deren Veröffentlichung, zu befürchten ist.

gefährdung eintritt, ist irrelevant, ob die Verteidigung die betroffene Person per Mitteilung oder per Aushändigung einer Kopie über eine bevorstehende Zwangsmaßnahme informiert. Der Entscheidung folgte das KG Berlin nach und beschloss in einem ähnlichen Fall, der Strafverteidiger sei nicht befugt gewesen, seinem Mandanten von einem ausstehenden Haftbefehl zu berichten, einer ebenfalls wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks geheim gehaltenen Maßnahme.¹³⁷

Ob es im Rahmen des § 147 Abs. 2 StPO ein gangbarer Weg ist, der Verteidigung unbeschränkte Akteneinsicht zu gewähren, sie aber mit der Rechtsprechung im gleichen Zuge zu verpflichten, bestimmte Erkenntnisse zunächst nicht mit der Mandantschaft zu teilen, ist nach wie vor umstritten.¹³⁸ Für ein Informationsverbot spricht eine Sichtweise, die die Verteidigerstellung als Organ der Rechtspflege betont.¹³⁹ Zuweilen wird (allerdings soweit ersichtlich bislang nicht im Kontext Legierter Kontrollen) vertreten, ein solches Vorgehen könne angezeigt sein, da es der Verteidigung so immerhin ermöglicht werde, sachgemäße Anträge zu stellen.¹⁴⁰ Ein Beschuldigter wäre so womöglich bessergestellt, als wenn die Akteneinsicht von vorneherein verweigert würde. Allerdings sprechen mehrere Gründe gegen eine solche Informationssperre:

Erstens müssen Betroffene, auch wenn der Rechtsbeistand ihre Interessen vertritt, stets Verfahrenssubjekt bleiben. Die Verteidigung spricht zwar dem Mandanten gegenüber Empfehlungen aus, denen häufig gefolgt wird. Die aufgeklärte, selbst getroffene Entscheidung der Beschuldigten darf aber nicht übergangen werden.

Mindestens ebenso wichtig ist die besondere Vertrauensbeziehung, die zwischen Betroffenen und ihrem Rechtsbeistand gerade in strafrechtlichen Verfahren herrscht. Dieses Verhältnis würde massiv belastet, wenn keine vollkommene Transparenz mehr gewährleistet wäre.¹⁴¹ Im Kontext Organisierter Kriminalität könnte sogar die persönliche Sicherheit des Strafverteidigers gefährdet werden, wenn aus Sicht der Mandanten die Möglichkeit bestünde, dass Informationen

¹³⁷ KG, NStZ 1983, 556, 557. Beide Entscheidungen ergingen jedoch vor der Normierung des § 147 Abs. 2 StPO.

¹³⁸ Vgl. dazu BGHSt 29, 99, 102 ff.; KG, NStZ 1983, 556, 557 m. krit. Anm. *Mehle; Welp*, in: FG Peters, S. 309, 320 f.; *Krekeler*, wistra 1983, 43, 47; *Tondorf*, StV 1983, 257, 258 f.; explizit offen gelassen von OLG Hamburg, NStZ 1992, 50. Für einen Überblick zum Streitstand s. *Krekeler*, NStZ 1989, 146, 149.

¹³⁹ Vgl. dazu *Beulke*, Der Verteidiger, S. 148; *Ostendorf*, NJW 1978, 1345, 1349; *Seier*, JuS 1981, 806.

¹⁴⁰ *Willnow*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 15; vgl. *Beulke*, Der Verteidiger, S. 89 ff.; zurückhaltend OLG Hamburg, NStZ 1992, 50: Die Verteidigung müsse jedenfalls im Einzelfall eigenverantwortlich prüfen, ob sie die Erkenntnisse aus der Akteneinsicht vollumfänglich weitergeben sollte.

¹⁴¹ Vgl. *Müller*, NJW 1981, 1801, 1806.

vorenthalten werden. Somit wären Informationssperren weder der Verteidigung noch den Beschuldigten zumutbar.¹⁴²

Das Spannungsverhältnis zwischen der Verantwortung für ordnungsgemäße Rechtspflege (vgl. § 1 BRAO) und der Beistandspflicht, in der sich Strafverteidiger befinden, löst das Gesetz bereits auf. Es ist Aufgabe der Staatsanwaltschaft – nicht der Verteidigung –, der Gefährdung des Untersuchungszwecks ggf. vorzubeugen und die Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 2 StPO zu beschränken.¹⁴³

Im Rahmen der Legendierten Kontrolle ist die Lage ohnehin eine etwas andere: Nicht bevorstehende, sondern bereits vergangene Ermittlungshandlungen sollen verheimlicht werden. Dass die Kenntnis der vorangegangenen Ermittlungen zu Verschleierungshandlungen des Kuriers führen möge, kann im Rahmen der uneingeschränkten Akteneinsicht nicht dazu führen, dass die Verteidigung davon absehen muss, ihn vollumfänglich ins Bild zu setzen. Denn das würde in der Konsequenz zu einer weitgehenden Informationssperre führen.¹⁴⁴ Das Gesetz nimmt aber durch die Befugnis zur Akteneinsicht die stets abstrakt bestehende Möglichkeit hin, dass der weitere Ermittlungsverlauf erschwert werden könnte.¹⁴⁵

Bislang ist es – soweit ersichtlich – keine Praxis, der Verteidigung bei Legendierten Kontrollen vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren und ihr ein Informationsverbot aufzuerlegen. Da das aus den eben genannten Gründen auch keine zulässige, geschweige denn wünschenswerte Entwicklung wäre, soll diese Vorgehensweise im Folgenden außer Acht bleiben.

5. Sonderfall: Gekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen

Eine weitere Möglichkeit ist das gekennzeichnete Herausnehmen derjenigen Blätter, aus denen das laufende strafrechtliche Verfahren ersichtlich wird. Diese Vorgehensweise stellt keine Täuschung dar, denn es wird darauf hingewiesen, dass relevante Informationen nicht bereitgestellt werden. Es handelt sich daher streng genommen um keine Legendierte Aktenführung und der Grundsatz der Aktenwahrheit ist nicht verletzt, allerdings führt die Methode jedenfalls zunächst für die Einsichtnehmenden zur Unvollständigkeit der Akte.

¹⁴² So i.E. ebenfalls *Müller*, NJW 1981, 1801, 1806; vgl. auch *Welp*, ZStW 90 (1978), 804, 813; *Rieß*, in: FS Schäfer, S.155, 200 f.; *Willnow*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 15.

¹⁴³ *Mehle*, NSTz 1983, 557, 558 sieht darin gerade die ratio des § 147 Abs. 2 StPO; vgl. auch *Donath/Mehle*, NJW 2009, 1399, 1400: „staatsanwaltschaftlicher als der Staatsanwalt“ müsse der Anwalt nicht sein; ebenso *Krekeler*, wistra 1983, 43, 47.

¹⁴⁴ Vgl. *Donath/Mehle*, NJW 2009, 1399 f.

¹⁴⁵ *Mehle*, NSTz 1983, 557.

6. Praxistauglichkeit der Vorgehensweisen und Zwischenergebnis

Um die Hintergrundermittlungen nicht aufzudecken, sind explizit falsche und taktisch formulierte Berichte mit ungekennzeichneten Auslassungen am geeignetsten. Dabei ist der Grat zwischen unvollständigen und falschen Informationen schmal, sodass taktisch formulierte Berichte oftmals unweigerlich zu inhaltlich falschen werden.

Die Kennzeichnung von Auslassungen ist hingegen nicht geeignet, die Ermittlungen geheim zu halten. Allein der Umstand, dass Teile der Akte geheim gehalten werden, dürfte in den betreffenden Fällen das Misstrauen der Betroffenen wecken.¹⁴⁶ Dies gilt umso mehr, wenn bei aufwändigen verdeckten Ermittlungen eine damit korrespondierend umfangreiche Aktenlage gegeben ist und dies z. B. dadurch ersichtlich wird, dass vermerkt wird, mehrere hundert Blätter seien entnommen worden. Dass die betroffene Person die Ermittlungsergebnisse nicht kennt, macht keinen Unterschied; die bloße Vermutung, dass bereits strafrechtliche Ermittlungen angestellt wurden, könnte die Gesamtermittlungen torpedieren.

Auch dass der Verteidigung ein Informationsverbot auferlegt wird, ist wegen der daraus potenziell erwachsenden Bedrohung durch die Mandanten keine praxistaugliche Möglichkeit.

Dass Akten versandt und daher gerade nicht zur Akteneinsicht verfügbar sind, wird spätestens künftig im Fall der e-Akten keine plausible Begründung mehr darstellen.

Folglich ist eine Methode, die sowohl dem Geheimhaltungsinteresse der Behörden als auch dem Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit bereits im Ermittlungsverfahren gerecht wird, nicht ersichtlich.

II. Rechtmäßigkeit Legierter Aktenführung bei der Legierten Kontrolle

Vor diesem Hintergrund ist danach zu fragen, welche Konsequenzen ein Abweichen vom Grundsatz der Aktenwahrheit für die verschiedenen am Verfahren beteiligten Akteure hat und ob Ausnahmen von dem Grundsatz ersichtlich sind, die eine Legierte Aktenführungen im Fall Legierter Kontrollen rechtfertigen können.

¹⁴⁶ *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 33 ff., vgl. auch S. 190 ff.; vgl. *ders.*, NStZ 2018, 254 ff.

1. Legendierte Aktenführung gegenüber den Betroffenen

a) Legendierte Aktenführung als Grundrechtseingriff

Wie sich gezeigt hat, weicht die Legendierte Aktenführung vom Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit ab. Fraglich ist aber darüber hinaus, ob die Legendierte Aktenführung dadurch subjektive Rechte des Betroffenen berührt. In Betracht kommt insbesondere ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren: Zum einen, weil der Betroffene mangels Kenntnis der wahren Sachlage nicht von der sog. Kronzeugenregelung des § 31 BtMG Gebrauch macht und zum anderen, weil seine Verteidigungsmöglichkeiten durch die Legendierte Aktenführung allgemein eingeschränkt werden.

aa) Zur Bedeutung des § 31 BtMG

In Betäubungsmittelfällen stellt sich die Frage, inwiefern der vertyppte Mildeungs- und Strafabsehungsgrund des § 31 BtMG für die Frage nach einem Verstoß gegen das Fairnessprinzip von Bedeutung ist.¹⁴⁷

Gem. § 31 BtMG kann das Gericht die Strafe mildern oder in weniger schweren Fällen gar von Strafe absehen, wenn die angeklagte Person entweder freiwillig zur Aufklärung oder Verhinderung weiterer Betäubungsmittelstraftaten beiträgt, die mit der eigenen in Zusammenhang stehen. Ebenso kann dann bereits die Staatsanwaltschaft gem. § 153b Abs. 1 StPO von der Verfolgung absehen. In der Praxis spielt § 31 BtMG eine große Rolle,¹⁴⁸ sodass sich die später eingeführte „allgemeine Kronzeugenregelung“ des § 46b StGB weitgehend an ihr orientiert.¹⁴⁹ Ebenso kann eine Aufklärungshilfe gem. § 31 BtMG als Argument dienen, das Vorliegen von Haftgründen zu verneinen und den Kronzeugen aus der Untersuchungshaft zu entlassen.¹⁵⁰

Ist der beschuldigten Person aber nicht klar, in welchem Umfang gegen sie ermittelt wird, kann das dazu führen, dass sie nicht zur Aufklärung beiträgt und

¹⁴⁷ § 31 BtMG gilt nur für Betäubungsmitteldelikte, *Weber*, BtMG, § 31 Rn. 2 m.w.N.; vgl. auch OLG Hamm, NSTZ 1984, 79, 80; auch bei Tateinheit mit anderen Delikten. Für Legendierte Kontrollen bei anderen Tatobjekten ist § 31 BtMG nicht anwendbar, sondern ggf. die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB, monographisch dazu *Frahm*, Allgemeine Kronzeugenregelung, S. 19 ff.; *Kneba*, Kronzeugenregelung, S. 22 ff. Näher zu § 31 BtMG *Jaeger*, Der Kronzeuge, S. 106 ff.; *Christoph*, Kronzeuge im StGB, S. 50 ff.; rechtsvergleichend *Jeßberger*, Kooperation und Strafzumessung, S. 153 ff.

¹⁴⁸ *Weber*, BtMG, § 31 Rn. 7; *Mühlhoff/Pfeiffer*, ZRP 2000, 121, 127 m.w.N.; *Schmidt*, NJW 2005, 3250, 3255 m.w.N.; *König*, NJW 2009, 2481, 2483.

¹⁴⁹ BT-Drs. 16/6268, S. 11 f.; BT-Drs. 17/9695, S. 7; zum Begriff *Frahm*, Allgemeine Kronzeugenregelung, S. 19; vgl. *Slotty*, NSTZ 1981, 321, 326; *Sturm*, MDR 1977, 6 ff.

¹⁵⁰ Dazu *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 674 f.

so keine Strafmilderung oder gar Absehen von Strafe erreicht, obwohl sie sich in Kenntnis aller Umstände anders entschieden hätte. Das ist umso virulenter, als die Kooperation gem. § 31 S. 3 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB vor Erhebung der Anklage stattfinden muss, einem Zeitpunkt also, zu dem die Akten potenziell noch legiert geführt werden.¹⁵¹

Der BGH hatte 2010 zunächst offengelassen, ob diese Konstellation gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstößt.¹⁵² In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Angeklagte auch nach Aufdeckung der Legierten Kontrolle in der Hauptverhandlung nicht ausgesagt.¹⁵³ Zudem war er bereits bei einer früheren polizeilichen Vernehmung über die Möglichkeit informiert worden, Angaben im Sinne des § 31 BtMG machen zu können. Daraus folgte der BGH, ein etwaiger Verstoß habe sich jedenfalls nicht ausgewirkt, weil der Angeklagte ohnehin nicht von seinen Möglichkeiten nach § 31 BtMG Gebrauch gemacht hätte.¹⁵⁴

In seinem Leiturteil sieben Jahre später hat der BGH nunmehr festgestellt, die Informationen seien mehrere Wochen vor Anklageerhebung zur Akte gelangt und der Verteidigung zugänglich gemacht worden, sodass der Angeklagte von der Kronzeugen-Regelung § 31 BtMG hätte Gebrauch machen können.¹⁵⁵ Wörtlich heißt es: „Die Verteidigungsrechte des Angekl. in der Hauptverhandlung waren damit in keiner Weise berührt.“ Das ist wohl so zu verstehen, dass eine Berührung der Verteidigungsrechte durchaus relevant gewesen wäre, wenngleich offen bleibt, was aus Sicht des BGH die Folge gewesen wäre.

Aber können die Verteidigungs- bzw. Grundrechte im Hinblick auf § 31 BtMG im Einzelfall durch eine Legierung überhaupt eingeschränkt sein? Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass es Beschuldigten und Angeschuldigten auch bei Legierten Kontrollen weiterhin freisteht, zur Aufklärung und Verhinderung weiterer Straftaten beizutragen.¹⁵⁶ Es kommt somit darauf an, ob den Betroffenen (auch) aus § 31 BtMG ein Auskunftsanspruch zusteht, um ausgehend von dieser Auskunft die Entscheidung für oder gegen die Kronzeugenstellung treffen zu können. Entscheidend ist dafür die ratio legis der Kronzeugenregelung.

¹⁵¹ Nicht erforderlich ist jedoch, dass Beschuldigte ihr Wissen zum frühestmöglichen Zeitpunkt offenbaren; näher *Patzak*, in: Volkmer/Patzak/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 31 f.

¹⁵² BGH, NStZ 2010, 294.

¹⁵³ Nach § 31 BtMG a.F. war eine Kooperation ursprünglich auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens noch möglich; vgl. noch BGH, NStZ 1984, 28; BGH, BeckRS 2004, 8923; zu den Gründen BT-Drs. 16/6268, S. 14; s. auch *Peglau*, wistra 2009, 409, 411; krit. *König*, NJW 2009, 2481, 2482 f.; *Salditt*, StV 2009, 375, 377; näher *Patzak*, in: Volkmer/Patzak/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 32.

¹⁵⁴ BGH, NStZ 2010, 294.

¹⁵⁵ BGHSt 62, 123, 143.

¹⁵⁶ *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 89.

Dient sie der Verwirklichung von Beschuldigtenrechten, spricht das für einen Informationsanspruch, der nicht ohne weiteres beiseite gewischt werden kann.¹⁵⁷

Die Rechtsprechung verortet hingegen das kriminalpolitische Ziel des § 31 BtMG darin, „über die Aufklärungshilfe von in Rauschgiftdelikte verstrickten Tätern und Beteiligten in den illegalen Rauschgiftmarkt einzudringen und die Möglichkeiten der strafrechtlichen Verfolgung zu verbessern.“¹⁵⁸ Zugleich wohnt dem § 31 BtMG unzweifelhaft auch ein Präventionsgedanke inne, wenn Informationen über zukünftige Taten eingeholt werden sollen.¹⁵⁹

Zweifelhaft ist dagegen, dass die Strafmilderung als Belohnung für die moralisch „richtige“ Entscheidung wirken soll, sich auf die Seite der Behörden zu stellen und gegen frühere Komplizen auszusagen. So meinen zwar einige Stimmen, der Milderungsgrund enthalte Elemente der tätigen Reue.¹⁶⁰ In diese Richtung ließe es sich interpretieren, wenn es in den Gesetzesmaterialien heißt, es solle dem einzelnen Täter erleichtert werden, sich von dem illegalen Rauschgift-handel abzusetzen.¹⁶¹ Bei genauerem Hinsehen ist dieses Absetzen aber für die oben genannten kriminalistischen Zwecke notwendig, sodass damit noch kein Bekenntnis des Gesetzgebers zu einem „Missionierungswillen“ einhergeht. Ganz im Gegenteil setzt die herrschende Meinung für den Milderungseffekt voraus, dass tatsächlich ein Aufklärungserfolg eintritt – nicht mehr und nicht weniger.¹⁶² Die Beweggründe der Be- oder Angeschuldigten sind dabei irrelevant; es wird keine Reue oder moralische Einsicht vorausgesetzt.¹⁶³ Zudem soll § 31 BtMG nach Auffassung der Rspr. keine Anwendung finden, wenn das Gericht nicht von den Ausführungen der beschuldigten Person überzeugt ist.¹⁶⁴

Somit beruht die Kronzeugenregelung auf verfahrensökonomischen Erwägungen. Deswegen ist es keine Verletzung eines Rechts bzw. Anspruchs aus § 31

¹⁵⁷ Es wäre dagegen ein Zirkelschluss zu glauben, dass Legendierte Kontrollen nicht aufgedeckt werden sollen und deshalb auch im Rahmen des § 31 BtMG nichts aufgedeckt werden muss. Diese Argumentation benennt Grund, aber keine rechtliche Legitimation des Vorgehens (so aber *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 92).

¹⁵⁸ BGH, NJW 2003, 1131; vgl. auch BGH, NStZ 1983, 416: Zerschlagen von internationalen Rauschgift Handelsorganisationen und Überführung von Großdealern; BGHSt 31, 163, 167; BGH, NJW 2002, 908.

¹⁵⁹ *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 1.

¹⁶⁰ *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 2; *Slotty*, NStZ 1981, 321, 326.

¹⁶¹ BT-Drs. 8/3551, S. 47; vgl. auch BGH, NJW 2002, 908, 909; *Weber*, BtMG, § 31 Rn. 8 f.

¹⁶² BVerfG, BeckRS 2006, 28231; *Weber*, BtMG, § 31 Rn. 17; *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 29.

¹⁶³ Ebenso *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 31 Rn. 2: Elemente der tätigen Reue, ohne dass Reue ein Motiv sein müsse.

¹⁶⁴ S. nur BGHSt 31, 163, 166.

BtMG, wenn die Behörden nicht über den aktuellen Ermittlungsstand aufklären, zumal eine Strafmilderung ohnehin im Ermessen des Gerichts steht.¹⁶⁵ Außerdem steht es Betroffenen jederzeit frei, sich dennoch zu äußern. Da die Aufklärungshilfe keine Angaben zu der eigenen Beteiligung umfassen muss, kollidiert § 31 BtMG auch bei Legendierter Aktenführung nicht mit dem nemo-tenetur-Grundsatz. Die gelebte Praxis, dass Beschuldigte – nicht nur im Rahmen Legendierter Kontrollen – regelmäßig keine Aufklärung über den aktuellen Ermittlungsstand erfahren,¹⁶⁶ ist anhand des § 31 BtMG nicht zu beanstanden. Es kann dann zwar leicht passieren, dass Beschuldigte Informationen preisgeben, die den Behörden bereits bekannt sind. Aber: entweder die beschuldigte Person weiß schlicht nicht mehr, hätte also auch aufgeklärt nicht von § 31 BtMG profitieren können. Oder sie hält bewusst Informationen zurück, die sie in dem Wissen, dass das bisher Gesagte für die Strafmilderung nicht ausreicht, offengelegt hätte. Dies ist das Risiko des jeweils Beschuldigten. Im Übrigen werden Aussagen, die nicht zum Aufklärungserfolg im Sinne des § 31 BtMG beigetragen haben, trotzdem im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Vorwurf nicht zutrifft, Beschuldigte könnten im Fall Legendierter Kontrollen § 31 BtMG nicht selbstbestimmt genug geltend machen, sodass *daraus* ein Verstoß gegen das Fairnessprinzip und das Gebot der Waffengleichheit folge.¹⁶⁷

bb) Legendierte Aktenführung als Täuschung

Die Legendierte Aktenführung könnte aber deswegen in Grundrechte des Betroffenen, namentlich das Recht auf ein faires Verfahren, eingreifen, weil sie Täuschungsqualität aufweist.

Der Täuschungsbegriff, von dem vorliegend ausgegangen wird, meint absichtlich Unzutreffendes, das in irgendeiner Form an eine andere Person kommuniziert wird. Auch der schriftliche Inhalt einer Akte kann nach dieser Maßgabe täuschend sein. Zwar richtet sich eine Akte bzw. ein in ihr enthaltener Bericht nicht ursprünglich an die Betroffenen. Der Akteninhalt wird aber in jedem Fall noch von anderen als dem Verfasser zur Kenntnis genommen. (Absichtlich) Falsche Informationen werden dadurch zum Teil der jeweiligen schriftlichen Kommunikation. Unerheblich ist, dass der Bericht schon aus praktischen Gründen nicht sofort nach seiner Niederschrift zur Kenntnis genommen werden kann. Im Zeitpunkt der Übermittlung bzw. Einsichtnahme durch andere wird der betref-

¹⁶⁵ A. A. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 245.

¹⁶⁶ S. exemplarisch *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 90 f. Aus diesem Grund steht § 31 BtMG teils in der Kritik, den nemo-tenetur-Grundsatz aufzuweichen; s. etwa *Endriß*, *StraFo* 2004, 151, 153 f. Zur Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip BVerfG, BeckRS 2006, 28231; *NJW* 1993, 190 f.

¹⁶⁷ So aber *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 245.

fende Bericht Kommunikationsinhalt und kann potenziell seine täuschende Wirkung entfalten. Die im Vergleich zu mündlichen Äußerungen fehlende Unmittelbarkeit führt nicht zu weniger Brisanz.¹⁶⁸ Im Gegenteil begründet ein vermeintlich sorgfältig schriftlich verfasster Bericht im Zweifel sogar mehr Vertrauen als eine potenziell unbedachte mündliche Äußerung der Ermittelnden (wobei es darauf für eine Qualifizierung als Täuschung nicht ankommt). Eine falsche Aktenführung kann vor diesem Hintergrund ebenfalls eine Täuschung darstellen. Im Unterschied zur direkten Kommunikation in der Durchsuchungssituation entfaltet sie ihre Wirkung darüber hinaus nicht nur gegenüber Beschuldigten, sondern potenziell auch gegenüber Staatsanwaltschaften und Gerichten.¹⁶⁹

Bereits oben wurde dargelegt, dass Betroffene aus ihrem Recht auf rechtliches Gehör sowie dem Recht auf ein faires Verfahren und Waffengleichheit Informationsrechte haben.¹⁷⁰ Sollen diese Informationsrechte begrenzt werden, bedarf es somit einer Rechtsgrundlage.

b) Rechtsgrundlage

In Fällen Legendierter Kontrollen geht es nicht um die Frage, ob die Dokumentation der vorangegangenen Ermittlungen Teil der Akten sein muss – nach den oben dargelegten Maßstäben ist das eindeutig zu bejahen. Richterlich ergangene Entscheidungen, Telefonate abhören zu lassen oder Ähnliches sind „geko-rene Aktenbestandteile“. Sie könnten „unter keinen Umständen weggedacht und weggebracht werden, ohne dass die Akten dadurch – teilweise – vernichtet würden“. ¹⁷¹ Auch Ermittlungsergebnisse dazu, inwiefern der Kurier in das kriminelle Netzwerk involviert ist, sind offensichtlich rechtsfolgen- und schuldrelevant und daher zwingender Aktenbestandteil.

Die Frage ist somit vielmehr, ob und wie diese Aktenbestandteile ausgeklammert werden dürfen. Werden die Akten legendiert geführt, dient das dazu, den Gesamtermittlungserfolg nicht zu gefährden, nicht etwa der Abwendung einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne. Die Legendierte Aktenführung dient also ausschließlich repressiven Zielen, sodass es dafür einer strafprozessualen Rechtsgrundlage bedarf.¹⁷²

Wie gesehen kommen für die Informationsbeschränkung praktisch drei Möglichkeiten in Betracht: Entweder wird das Akteneinsichtsrecht nicht vollständig gewährt oder die Akte wird in einem vorgelagerten Schritt bereits unvollständig bzw. unzutreffend geführt.

¹⁶⁸ So aber *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 196 ff.

¹⁶⁹ Dazu sogleich unter 5. Kap. C. II. 2. und 3.

¹⁷⁰ 4. Kap. B. I. 6. a) bb) sowie 5. Kap. B. I. und II. 4.

¹⁷¹ *Schäfer*, NStZ 1984, 203, 205.

¹⁷² *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 208.

aa) Ausnahme vom Recht auf Akteneinsicht: § 147 Abs. 2 S. 1 StPO

(1) Einschränkung bei Gefährdung des Untersuchungszwecks

Wie bereits angedeutet, sieht die StPO keine grenzenlose Gewährleistung des Akteneinsichtsrechts vor. Gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO kann die Akteneinsicht der Verteidigung (nur) versagt werden, solange der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt ist (vgl. § 169a StPO) und soweit die Einsicht den Untersuchungszweck gefährden kann.¹⁷³ Anschließend darf die Akteneinsicht weder verweigert noch beschränkt werden.¹⁷⁴ Das BVerfG hält diese Regelung für grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich.¹⁷⁵ Namentlich soll der Untersuchungszweck dann gefährdet sein, wenn bei der Gewährung der Akteneinsicht die Sachaufklärung beeinträchtigt wird, etwa indem Beweismittel weggeschafft werden könnten.¹⁷⁶ Dafür müssen nach überwiegender Ansicht keine dringenden, aber konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall sprechen, die objektiv nahelegen, dass die beschuldigte Person in unzulässiger Weise nachteilig in das Ermittlungsverfahren eingreifen wird.¹⁷⁷ Kriterien sind etwa die Persönlichkeit der beschuldigten Person, die Deliktatur sowie die Eigenart der Ermittlungen und bevorstehende Zwangsmaßnahmen, die überraschend ausgeführt werden müssen, um Erfolg zu haben.¹⁷⁸ Auch ein ausstehender Haftbefehl kann eine Anwendung des § 147 Abs. 2 StPO wegen Fluchtgefahr nahelegen.¹⁷⁹ Dagegen dürfen verfahren-

¹⁷³ Vgl. *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 321 m.w.N.: Der Stand der Ermittlungen müsse nicht offenbart werden.

¹⁷⁴ BGH, NStZ 1998, 97; OLG Hamburg, MDR 1991, 1072; LG Berlin, NStZ 2006, 472; LG Berlin, NStZ 2006, 472; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 30; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 95; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 150.

¹⁷⁵ BVerfG, wistra 2004, 179; a. A. *Kempf*, StraFo 2004, 299, 300. Betroffene haben insofern ein subjektives Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Zur Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK EGMR, StV 2008, 475, 482 – Mooren; EGMR, StraFo 2002, 52 – Atlan; EGMR, NJW 2002, 2013, 2014 – Lietzow; EGMR, NJW 2002, 2018 – Garcia Alva.

¹⁷⁶ *Willnow*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 15.

¹⁷⁷ Vgl. BGHSt 29, 99, 103; vgl. LG Landau, StV 2001, 613 m. Anm. *Schlothauer*; *Dierlamm*, in: FS Schlothauer, S. 205, 206 m.w.N.; *Rettenmaier*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Hdb. WiStra, Kap. 31 Rn. 71; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 151; *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 6; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 97; *Groh*, DRiZ 1985, 52, 53; *Schlothauer*, StV 2001, 192, 195; *Keller*, GA 1983, 511 unter Verweis auf die gesetzgeberische Verwendung des Indikativs; a. A. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 25 m.w.N., der auch eine abstrakte Gefahr ausreichen lassen will; offen gelassen von LG Regensburg, StV 2004, 369.

¹⁷⁸ BGHSt 29, 99, 103; LG Saarbrücken, NStZ-RR 2006, 80 f.; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 152; *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 6.

¹⁷⁹ Das soll nach der Rechtsprechung selbst dann gelten, wenn die beschuldigte Person bereits Kenntnis vom Haftbefehl hat, KG, BeckRS 2011, 26211; OLG München, NStZ 2009, 109 f.; BeckRS 2012, 14142; BeckRS 2019, 531; a. A. *Beulke/Witzgmann*,

rensfremde Erwägungen keine Rolle spielen – etwa, dass in Täterkreisen bekannt werden könnte, mit welchen Methoden und wo die Staatsanwaltschaft Ermittlungen durchführt.¹⁸⁰ Die Annahme der Gefährdung des Untersuchungszwecks ist gerichtlich voll überprüfbar.¹⁸¹

Ob die Akteneinsicht im Fall der Legendierten Kontrolle gem. § 147 Abs. 2 StPO eingeschränkt werden darf, bedarf einer genaueren Betrachtung. Immerhin ist der Kurier bereits durch einen etwaigen Drogenfund schwer belastet. Es darf wie gesagt nicht standardmäßig angenommen werden, er könne und werde noch weitere Beweise beiseiteschaffen.¹⁸² Und tatsächlich bezwecken die Ermittlungsbehörden mit der Legendierten Aktenführung regelmäßig nicht den Schutz des Ermittlungserfolgs gegen den Kurier, sondern wollen vielmehr den sog. Gesamt-ermittlungserfolg gegen höherrangige Beteiligte des kriminellen Netzwerkes sicherstellen. Da es insgesamt um eine Vielzahl potenzieller Straftaten durch unterschiedliche Akteure geht, stellt sich die Frage, ob es sich aus Sicht des betroffenen Kuriers um den Ermittlungserfolg eines *anderen* Verfahrens handelt und ob dies ebenfalls unter § 147 Abs. 2 S. 1 StPO fallen kann.

(a) Vorliegen mehrerer Verfahren?

Strafprozessuale Verfahren beziehen sich stets auf den Verdacht hinsichtlich bestimmter Taten. Die Tat im prozessualen Sinne meint den einheitlichen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen ein Straftatbestand verwirklicht worden sein soll (vgl. § 264 StPO).¹⁸³ Konkret bezeichnet der verfahrensrechtliche Tatbegriff das gesamte Verhalten der betroffenen Person als Sinneinheit einschließlich aller damit zusammenhängender Faktoren, die sich auf eine mögliche strafrechtliche Relevanz auswirken.¹⁸⁴ Aufgrund der Anknüpfung an die Person, gegen die sich das Verfahren richtet, erhält der prozessuale Tatbegriff ein subjektiv-personales Element.¹⁸⁵ Das bedeutet, dass das Verhalten von anderen Personen nicht dem prozessualen Tatbegriff unterfällt, also zunächst nicht Gegenstand desselben Verfahrens sein kann. Allerdings besteht gem. §§ 2 ff. StPO die Möglichkeit, zusammenhängende Strafsachen zu einem Verfahren zu verbinden. Ein Zusammen-

NStZ 2011, 254, 257 f.; Börner, StV 2012, 361; krit. auch Wohlers, StV 2009, 539, 540; Michalke, NJW 2013, 2335.

¹⁸⁰ Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 96.

¹⁸¹ LG Landau, StV 2001, 613 m. Anm. Schlothauer; Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 151.

¹⁸² Vgl. Wessing, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 5, der auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Einsichtsrecht und Versagung hinweist.

¹⁸³ BVerfGE 56, 22, 28; BGHSt 32, 215, 216 m. w. N.; 43, 252, 255; OLG Celle, NStZ-RR 2010, 248; BeckRS 2020, 20281.

¹⁸⁴ BGHSt 23, 141, 145; 45, 211, 212 f.; BGH, NStZ 2019, 428, 429.

¹⁸⁵ Norouzi, in: MüKo StPO, § 264 Rn. 4.

hang ist gem. § 3 StPO vorhanden, wenn eine Person mehrerer Straftaten beschuldigt wird oder etwa wenn bei einer Tat mehrere Personen als Täter oder Teilnehmer beschuldigt werden. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, handelt es sich um verschiedene Verfahren.

Auf Verfahren übertragen, bei denen Legendierte Kontrollen eingesetzt werden, können keine pauschalen Aussagen getroffen, sondern nur lebensnahe Überlegungen zu typischen Konstellationen angestellt werden. Normalerweise stehen hier das Verfahren gegen den Kurier und das gegen höherrangige Akteure in einem faktischen Sinnzusammenhang. Sie gehören z.B. demselben kriminellen Netzwerk an oder wirken an der gleichen Lieferkette mit. Teils wird sogar derselbe Lebenssachverhalt Straftaten des Kuriers und der Organisatoren erfüllen, wenngleich letztere wesentlich schwerer nachweisbar sind. Dies würde auf ein gemeinsames Verfahren hindeuten.

Andererseits machen sich die höherrangigen Köpfe der Organisation oftmals nicht „die Hände schmutzig“, sodass es an einer Beteiligung im strafrechtlichen Sinne fehlen kann. Je nach Einzelfall gibt es durchaus nicht immer ein direktes Zusammenwirken. Jedenfalls treten hinsichtlich der Führungsriege regelmäßig Beweisschwierigkeiten auf, welche letztlich der Grund für den Einsatz der Legendierten Kontrollen sind: Die Ermittlungen gegen die Köpfe der Organisation (sog. Ursprungsverfahren)¹⁸⁶ sind deutlich mühsamer und dauern länger an. Normalerweise sollen der Kurier und die weiteren Hintermänner daher nicht gemeinsam angeklagt werden. Die Verfahren werden stattdessen parallel geführt und die Strafsache gegen den Kurier in aller Regel früher zur Anklage gebracht.

Das bedeutet, dass es typischerweise um mehrere Verfahren geht. Fürchten also die Behörden um den „Gesamtermittlungserfolg“ und berufen sich gem. § 147 Abs. 2 S.1 StPO auf die Gefährdung des Untersuchungszwecks, ist aus Sicht des Kuriers der Untersuchungszweck in einem anderen Verfahren gemeint.

(b) Gefährdung des Untersuchungszwecks auch bei anderen Verfahren?

Fraglich ist also, ob auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks eines anderen Verfahrens die vorübergehende Versagung der Akteneinsicht begründen kann.

Wörtlich heißt es in § 147 Abs. 2 S.1 StPO: „... soweit dies den Untersuchungszweck gefährden kann.“ Diese Formulierung lässt sowohl die Interpretation zu, dass es um den Untersuchungszweck des gegenständlichen Verfahrens, als auch, dass es um den Untersuchungszweck irgendeines (anderen) Verfahrens geht. Zu dieser Auslegungsfrage haben sich verschiedene Positionen herausgebildet.

¹⁸⁶ S. zu dem Begriff nur *Schäfer*, NStZ 1984, 203, 206.

(aa) Darstellung des Streitstandes

Einige Literaturstimmen argumentieren für eine Auslegung dahingehend, dass nur der Untersuchungszweck des gegenständlichen Verfahrens gemeint sei. In systematischer Hinsicht könne e contrario § 147 Abs. 2 S. 1 und § 406e Abs. 2 S. 2 StPO geschlossen werden, dass die Akteneinsicht nur beschränkt werden darf, wenn andernfalls der gegenständliche Untersuchungszweck gefährdet würde. In diesen Normen ist nämlich vom „Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren“ die Rede. Dies lege den Schluss nahe, dass die unterschiedliche Ausdrucksweise auch eine unterschiedliche Bedeutung beabsichtigt.¹⁸⁷ Nach dieser Auffassung reicht also die möglicherweise drohende Weitergabe von Informationen aus der Akte an andere Bandenmitglieder für eine Beschränkung der Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO nicht aus.¹⁸⁸ Ebensowenig könne das Akteneinsichtsrecht versagt werden, weil die Ermittlungen in einem anderen Verfahren noch nicht abgeschlossen seien und dort eine Gefährdung des Untersuchungserfolges eintreten könnte.¹⁸⁹

Das BVerfG und der BGH legen die Norm hingegen weit aus und nehmen an, dass § 147 Abs. 2 auch anwendbar ist, wenn der Untersuchungszweck eines anderen Strafverfahrens gefährdet würde.¹⁹⁰ Dabei stützt sich der BGH auf die Gesetzesgenese und argumentiert, dass der ursprüngliche Entwurf einen entsprechenden Zusatz enthalten hätte. Tatsächlich heißt es dort: „... soweit dies den Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährden kann.“¹⁹¹ Diese Formulierung sollte Konstellationen Rechnung tragen, in denen gegen denselben oder andere (noch unbekannte) Mittäter weitere Strafverfahren, die sich aber in einem früheren Verfahrensstadium befinden, laufen. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO-E sollte verhindern, dass die vollumfängliche Akteneinsicht „unerwünschte Rückschlüsse auf Ermittlungsansätze in diesem weiteren Verfahren zulassen und unter Umständen zu Verdunkelungshandlungen führen“ könnte.¹⁹²

¹⁸⁷ Vgl. *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo StPO, § 147 Rn. 24; s. auch LG Regensburg, StV 2004, 369; *Tsambikakis*, StV 2012, 323; vgl. *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 94 ff.

¹⁸⁸ *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo StPO, § 147 Rn. 24; vgl. auch *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 6.

¹⁸⁹ *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 96; s. auch OLG Schleswig, StV 1989, 95; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 155.

¹⁹⁰ BVerfGE 63, 45, 66; BGH (Ermittlungsrichter), BeckRS 2011, 26970 Rn. 32 f.; BGH, BeckRS 2021, 24450; zust. *Senge*, in: FS Strauda, S. 459, 464; ebenso *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 25: „Die Gefährdung dürfte auch aus einem anderen Strafverfahren ableitbar sein.“; ohne Begründung *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 151; a. A. OLG Schleswig, StV 1989, 95; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 98; *Tsambikakis*, StV 2012, 323; *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 6; *Beulke*, in: S/S/W, StPO, § 147 Rn. 32.

¹⁹¹ BT-Drs. 16/11644, S. 9.

¹⁹² BT-Drs. 16/11644, S. 34.

Zwar wurde dieser Einschub wieder gestrichen, sodass man daraus folgern könnte, der Gesetzgeber habe davon inhaltlich Abstand genommen. Allerdings ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien, dass die Streichung lediglich unerwünschte Rückschlüsse oder Wertungswidersprüche in Bezug auf andere Bestimmungen der StPO verhindern sollte, die ebenfalls auf eine Gefährdung des Untersuchungszweckes abstellen.¹⁹³ Weiter heißt es in den Gesetzgebungsmaterialien explizit: „Eine Aussage über die Zulässigkeit der Versagung der Akteneinsicht im Hinblick auf eine Gefährdung des Untersuchungszweckes in einem anderen Strafverfahren ist damit nicht verbunden.“¹⁹⁴

Einige Literaturstimmen haben sich dem angeschlossen und argumentieren im Hinblick auf zusammenhängende Verfahren teleologisch: Dass in dem einen Verfahren die Ermittlungen abgeschlossen seien, rechtfertige es nicht, den Gesichtspunkt der Gefährdung des Untersuchungszweckes in abgetrennten Verfahren zurücktreten zu lassen. Denn das würde zu widersprüchlichen Ergebnissen führen und darüber hinaus die praktische Ermittlungstätigkeit auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung wesentlich beeinträchtigen.¹⁹⁵ Es ergebe sich daher nach Anklageerhebung gegen Beschuldigte im abgetrennten Verfahren weder eine Pflicht des Gerichts zur Beiziehung der Akten des anderen Verfahrens noch ein Recht auf Einsicht in diese Akten, solange die Akteneinsicht dort den Untersuchungszweck gefährden könne.¹⁹⁶

(bb) Stellungnahme

Nach dem natürlichen Sprachgebrauch erschiene es intuitiver, den unbestimmten Artikel zu nutzen, wenn auch ein anderes als das gegenständliche Verfahren gemeint sein kann. Dass der Wortlaut dennoch so gewählt ist, spricht also zunächst dafür, dass nur der Untersuchungszweck des gegenständlichen Verfahrens gemeint ist. Das ist auch angesichts des Kontextes naheliegender, da sich das Akteneinsichtsrecht ebenfalls nur auf das gegenständliche Verfahren erstreckt, ohne dass dies einer ausdrücklichen Erläuterung bedürfte. Dass ein bestimmter Artikel („der Untersuchungszweck“) intuitiv auf das gegenständliche Verfahren hindeutet, scheint auch der Gesetzgeber so gesehen zu haben, denn er hat die abweichende, insofern eindeutige Formulierung „auch eines anderen Verfahrens“ ebenfalls genutzt. Dass dies sogar innerhalb derselben Norm, in § 147 Abs. 2

¹⁹³ BT-Drs. 16/13097, S. 19.

¹⁹⁴ BT-Drs. 16/13097, S. 19.

¹⁹⁵ *Nickolai*, in: Wabnitz/Janovsky, WirtschaftsStrafR-HdB, 26. Kap. Rn. 75, der das abgetrennte Verfahren nach wie vor als Teil eines „Gesamtkomplex[es]“ versteht.

¹⁹⁶ *Weiler*, in: Dölling/Dutge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 147 Rn. 13 unter Verweis auf BGHSt 49, 317; BGH, NJW 2005, 3507. Einschränkung soll das jedenfalls dann gelten, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Abtrennung missbräuchlich erfolgt ist oder dass sich aus den Akten des noch nicht abgeschlossenen Ausgangsverfahrens Tatsachen ergeben, welche für die Beurteilung der angeklagten Tat von Bedeutung und im abgetrennten Verfahren nicht bekannt sind.

S. 1, Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 4 StPO geschehen ist, ist ein starkes Argument, dass die Absätze entsprechend unterschiedlich auszulegen sind. Ein Redaktionsversehen ist fernliegend, da sich der Gesetzgeber wie gesehen ausdrücklich Gedanken zu der Formulierung gemacht hat. Andererseits wird dieses Argument durch den Hinweis aus den Gesetzgebungsmaterialien gewissermaßen neutralisiert, dass die Streichung der Passage „auch in einem anderen Strafverfahren“ mit keiner Aussage verbunden sei.

Für die Einbeziehung auch anderer Strafverfahren spricht, dass die (verfassungsgemäße) Wertung des Gesetzgebers durch die Regelung des § 147 Abs. 2 StPO der effektiven Strafverfolgung gegenüber den Beschuldigtenrechten den Vorrang einräumt. Der Sinn und Zweck des § 147 Abs. 2 StPO greift aber auch bei einem anderen Verfahren. Wäre die Versagung der Akteneinsicht nur bei Gefährdung des Untersuchungszwecks des gegenständlichen Verfahrens möglich, könnte das dazu führen, dass Abtrennungen absichtlich nicht vorgenommen werden, was einer effizienten Verfahrensführung zuwiderliefe. Zudem ist zu bedenken, dass auch bei der Einbeziehung anderer Verfahren die Akteneinsicht nicht über den Abschluss der Ermittlungen hinaus verwehrt werden dürfte, die Beschränkung also auch dann zeitlich begrenzt ist.

Somit sprechen die besseren Gründe dafür, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks eines anderen Verfahrens für die Beschränkung nach § 147 Abs. 2 StPO ausreichen zu lassen. Abschließend sei erwähnt, dass der erste Gesetzesentwurf, der noch ausdrücklich andere Verfahren erfasste, vorsah, dass in diesen Fällen die Möglichkeit, zumindest teilweise Akteneinsicht zu gewähren, besonders sorgfältig zu prüfen sei.¹⁹⁷ Diese Maßgabe sollte folglich bei der Prüfung des Einzelfalls beachtet werden.

(2) Anhaltspunkte für eine Gefährdung

Vor diesem Hintergrund ist also zu erörtern, ob im klassischen Fall der Legendierten Kontrolle (bzw. im Anschluss an diese) Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Untersuchungszwecks ersichtlich sind, womit wie gesehen auch der Gesamtermittlungserfolg eingeschlossen ist.

Jedenfalls im Hinblick auf die Ermittlungen gegen weitere Verdächtige werden oft entsprechende Anhaltspunkte vorliegen – die Befürchtung, die Verdächtigen könnten Verdunkelungshandlungen vornehmen, ist gerade der Grund, wieso die Kontrolle und die Aktenführung legendiert erfolgen. Die Ermittlungen im Kontext organisierten Betäubungsmittelschmuggels sind von verdeckten Maßnahmen geprägt, um die kriminelle Organisation zu infiltrieren. Diese Maßnahmen würden bei ihrer Aufdeckung wirkungslos, z. B. würden die beschatteten Personen aufhören, mit einem Verdeckten Ermittler zu kommunizieren oder die abge-

¹⁹⁷ BT-Drs. 16/11644, S. 34.

hört Telefonleitungen zu nutzen.¹⁹⁸ Es handelt sich dabei auch nicht um verfahrensfremde Erwägungen, denn es geht um die konkret vorgenommenen Ermittlungsmaßnahmen, nicht darum, der kriminellen Szene gegenüber allgemein zu verschleiern, dass etwa Telefonate abgehört werden können. Darüber hinaus werden in Verfahren gegen Organisierte Kriminalität regelmäßig Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf Zeugen oder Mitbeschuldigte eingewirkt werden könnte, sodass diese Verdunkelungshandlungen vornehmen oder sich weigern, (wahrheitsgemäß) auszusagen – auch das gefährdet den Ermittlungszweck.¹⁹⁹ Somit sind die Voraussetzungen des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO stets im Einzelfall zu prüfen, sie werden in klassischen Fällen der Legierten Kontrolle aber oftmals vorliegen, sodass die Akteneinsicht bis zum Abschluss der Ermittlungen entsprechend beschränkt werden dürfte.

*(3) Gegen Ausnahme: Wesentliche Informationen zur Haftprüfung
gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO*

Eine Gegen Ausnahme gilt gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO, wenn sich die betroffene Person in Haft befindet. Um die Rechte im Haftprüfungs- und Haftbeschwerdeverfahren ausüben zu können, müssen alle für die Haft wesentlichen Informationen zugänglich gemacht werden – in der Regel im Wege einer diesbezüglichen Akteneinsicht.²⁰⁰ Diese Normierung geht auf die Rechtsprechung des EGMR zurück, der eine vollständige Verweigerung der Akteneinsicht von Inhaftierten als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK wertete.²⁰¹ Die Norm besagt, dass jede festgenommene Person das Recht hat, zu beantragen, dass ein Gericht kurzfristig über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist. Der EGMR hat dazu wie folgt ausgeführt:

„In einer Strafsache bedeutet dies, dass sowohl der StA als auch der Verteidigung Gelegenheit gegeben werden muss, die von dem anderen Beteiligten vorgelegten Schriftsätze und Beweismittel zur Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 6 EMRK – und insbesondere aus der autonomen Auslegung des Begriffs der ‚strafrechtlichen Anklage‘ –, dass diese Bestimmung in gewisser Weise auch für Verfahrensabschnitte vor der Hauptverhandlung gilt (vgl. EGMR, 1993, Serie A, Bd. 275, S. 13 Nr. 36 – Imbroschia/Schweiz). Daraus folgt, dass angesichts der schwer wiegen-

¹⁹⁸ Dazu, ob die Legierte Kontrolle dies abzuwenden vermag, s. noch unter 6. Kap. A.I.2.

¹⁹⁹ Vgl. Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 96; Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 153; Willnow, in: KK-StPO, § 147 Rn. 14.

²⁰⁰ S. bereits BVerfG, NJW 1994, 3219, 3220 f.; BVerfG, NStZ 1994, 551, 552; BGH, NStZ 1996, 146; OLG Köln, NStZ 2002, 659; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 26.

²⁰¹ EGMR, NJW 2002, 2013 – Lietzow; NJW 2002, 2015 – Schöps; NJW 2002, 2018 – Garcia Alva; dazu im Überblick Ambos, NStZ 2003, 14 f.

den Folgen einer Freiheitsentziehung für die Grundrechte des Betroffenen die Grundanforderungen an ein faires Verfahren, wie zum Beispiel das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren, grundsätzlich auch in Verfahren nach Art. 5 IV EMRK in einem unter den Umständen eines laufenden Ermittlungsverfahrens größtmöglichen Maß erfüllt sein müssen.“²⁰²

Die verhaftete Person bzw. ihre Verteidigung kann nur anhand der Akteneinsicht die Rechtmäßigkeit der Haft und ihre Fortdauer beurteilen; eine bloße Schilderung durch das Gericht reicht nicht aus. Insbesondere kann die Glaubwürdigkeit der belastenden Ermittlungsergebnisse sonst nicht wirksam angegriffen werden.²⁰³ Das Haftprüfungsverfahren muss laut dem EGMR aufgrund des Art. 6 EMRK kontradiktorisch verlaufen und Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und der verhafteten Person gewährleisten.²⁰⁴

Das ist deshalb von Bedeutung, weil die „erfolgreiche“ Legendierte Kontrolle häufig in die Verhaftung der kontrollierten Person mündet.²⁰⁵ Nach ihrer vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO) wird die Person dem zuständigen Haftrichter vorgeführt. Der Richter erfährt in aller Regel durch die Ermittlungsbehörden von dem Drogenfund, aber nicht von den Hintergrundermittlungen, und erlässt nach Anhörung der Betroffenen oftmals einen Haftbefehl (§§ 128 Abs. 2 S. 2, 112 StPO). Das setzt gem. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO einen dringenden Tatverdacht und einen Haftgrund voraus. Als Haftgründe kommen in diesen Konstellationen Flucht- und teils auch Verdunkelungsgefahr in Betracht. Die Schwere der Tat, beispielsweise nach § 30a Abs. 1 BtMG, reicht entgegen dem Wortlaut des § 112 Abs. 3 StPO für sich genommen aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht aus; gerade dieser Faktor führt aber dazu, dass Flucht oder Verdunkelungshandlungen der vorgeführten Person naheliegender erscheinen.²⁰⁶

Die Gegen Ausnahme der beschränkten Akteneinsicht ist demnach aufgrund der Untersuchungshaft regelmäßig in Fällen Legendierter Kontrollen anwendbar: Wesentliche Informationen müssen im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt werden.

Zu fragen ist somit, welche Informationen „wesentlich“ im Sinne von § 147 Abs. 2 StPO sind und daher im Rahmen der Akteneinsicht bei Haftsachen zur Verfügung gestellt werden müssen.

²⁰² EGMR, NJW 2002, 2013, 2014 – Lietzow; vgl. auch zum Einfluss der europäischen Rspr. auf das Akteneinsichtsrecht in strafprozessualen Beschwerdeverfahren *Rau*, *StraFo* 2008, 9, 10 ff.

²⁰³ EGMR, NJW 2003, 2015, 2017 – Schöps; NJW 2003, 2018, 2019 – Garcia Alva; *Beulke/Witzigmann*, *NStZ* 2011, 254, 256; *Wessing*, in: *BeckOK StPO*, § 147 Rn. 7; *Burhoff*, *HRRS* 2013, 182, 187.

²⁰⁴ EGMR, NJW 2002, 2013, 2014 – Lietzow.

²⁰⁵ Vgl. BGHSt 62, 123, 127; *Nowrousian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 84; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 64.

²⁰⁶ BVerfGE 19, 342, 351; *Volk/Engländer*, *StPO*, § 10 Rn. 10.

(a) Maßstab

(aa) Einfließen in die Haftentscheidung

Oft wird die Regelung so verstanden, dass wesentliche Informationen diejenigen sind, die in die Haftentscheidung mit einfließen konnten.²⁰⁷ Als Entscheidungsgrundlagen dienen grundsätzlich die richterliche Vernehmung aus der Vorführung (§ 128 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 115 Abs. 3 StPO), die polizeiliche Vernehmung (§ 163a StPO) und im Ermittlungsverfahren das sich aus den Akten ergebende Ermittlungsergebnis.²⁰⁸ Bei Legierten Kontrollen erfährt das Gericht in jedem Fall von den Betäubungsmitteln als belastenden Beweisstücken, sodass es anhand dessen einen dringenden Tatverdacht annimmt.

Dagegen werden die – sofern auch gegenüber dem Ermittlungsrichter verheimlichten – Hintergrundermittlungen bei der Haftentscheidung nicht berücksichtigt. Daraus wird teils gefolgert, dass sie nicht haftwesentlich sind, also auch in der Akteneinsicht nicht aufgedeckt werden müssen.²⁰⁹ Dafür, dass die Information zu dem Drogenfund als ausschlaggebender Faktor ausreichend ist, spricht, dass die Verteidigung auf genau demselben Kenntnisstand wie das Gericht ist und so dessen Entscheidung nachvollziehen und prüfen kann. Nach dem EGMR sind insbesondere diejenigen Umstände offenzulegen, aus denen der dringende Tatverdacht folgt,²¹⁰ und um einen solchen Umstand handelt es sich bei dem Drogenfund als maßgeblichem, schwerwiegend(st)en Belastungsbeweis.

Eine andere Beurteilung ergäbe sich aber jedenfalls dann, wenn das Gericht ausnahmsweise vollumfängliche Kenntnis der Akten erhält und die belastenden Vorermittlungen mit in die Haftentscheidung einbeziehen kann. Wird die betroffene Person nicht eingeweiht und hat sie daher keine Möglichkeit, sich insofern zu äußern, liegt ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG²¹¹ sowie gegen das Gebot der Waffengleichheit vor.

(bb) Einfließen etwaiger Entlastungsfaktoren

§ 147 Abs. 2 S. 2 StPO könnte aber auch weiter zu verstehen sein und nicht nur die Faktoren umfassen, die dem Gericht vorgelegt wurden, sondern alle In-

²⁰⁷ Vgl. *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 7 m.w.N.; anders wohl *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1d, der zwar fordert, den Ermittlungsrichter über die Hintergrundermittlungen in Kenntnis zu setzen, die Hintergrundermittlungen aber für den Haftbefehl nicht als wesentlich ansieht.

²⁰⁸ OLG Frankfurt am Main, StV 2000, 374, 375; vgl. OLG Koblenz, StV 1994, 316, 317; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 7; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 128 Rn. 9.

²⁰⁹ *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 85 ff.

²¹⁰ EGMR, NJW 2002, 2013, 2014 – Lietzow; BeckRS 2009, 71147 – S. K. und BeckRS 2010, 90118 – M.

²¹¹ So zutreffend *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 64.

formationen, die für die rechtliche Bewertung des Sachverhalts bzw. die Haftprüfung relevant sind. Denn auch die Hintergrundermittlungen entfalten aller Wahrscheinlichkeit nach Relevanz für den dringenden Tatverdacht, können also ebenfalls von der Rechtsprechung des EGMR gemeint sein. Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass es sich bei den Hintergrundermittlungen um weiteres Belastungsmaterial handelt, ein Vorenthalten gegenüber dem Gericht also gar nicht gegen die Rechte von Betroffenen verstoßen könnte.²¹²

Diese Sichtweise klammert aber aus, dass so auch etwaige Entlastungsfaktoren unterschlagen werden könnten. Gerade im Kontext Organisierter Kriminalität ist durchaus denkbar, dass die festgenommene Person unter Druck gesetzt (§ 35 StGB)²¹³ oder als „Strohmann“ eingesetzt wurde und nicht einmal von der illegalen Ladung wusste (§ 16 StGB). Auch in solchen Konstellationen befände sich die Polizei oder Staatsanwaltschaft in derselben Zwickmühle, dass eine Information der festgenommenen Person auch die Akteure auf freiem Fuß erreichen könnte.

Den Ermittlungsbehörden ist keinesfalls ein genereller Missbrauch zu unterstellen.²¹⁴ Trotz der Verpflichtung durch den Objektivitätsgrundsatz gem. § 160 Abs. 2 StPO könnten sie aber im Einzelfall „durch ‚Nachlässigkeit und Betriebsblindheit‘ eine Auswahl zuungunsten des Beschuldigten treffen“.²¹⁵ Das wirkt sich jedenfalls dann in unzulässiger Weise gegen Betroffene aus, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass Rechtfertigungs-, Schuld- oder Strafausschlussgründe vorliegen. Diese heben nämlich den dringenden Tatverdacht auf, sodass in solchen Fällen keine Untersuchungshaft angeordnet werden dürfte.²¹⁶ Die Problematik für die festgenommene Person wird auch nicht bereits dadurch entschärft, dass sie bei der richterlichen Vernehmung Gelegenheit zur Äußerung erhält. Aus Angst vor Vergeltung oder aber auch auf anwaltlichen Rat

²¹² Vgl. *Nowrouzian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 87: Die Ermittlungsbehörden gingen ein Risiko ein, die Hintergrundermittlungen nicht dem Gericht mitzuteilen. Dass dieser Umstand ein Verhalten legitimieren soll, das der gesetzlichen Kompetenzverteilung widerspricht, überzeugt indes nicht.

²¹³ S. auch *Patzak*, der darauf hinweist, dass das Ausnutzen und Bedrohen durch den Auftraggeber einen Milderungsgrund darstellen kann, *ders.*, in: *Patzak/Volkmer/Fabrizius*, BtMG, § 29a Rn. 136. Eingehend zum entschuldigenden Notstand *Rönnau*, JuS 2016, 786.

²¹⁴ S. aber *Krehl*, StraFo 2018, 265, 271: Es sei aus Polizeikreisen zu hören, dass es Tendenzen gebe, die Grundsätze zur Aktenwahrheit und -vollständigkeit unbeachtet zu lassen, weil der Verstoß nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls ohne Folge bliebe, wenn die Legendierte Kontrolle rechtzeitig vor Anklageerhebung aufgedeckt würde.

²¹⁵ *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 27; vgl. *Beulke*, in: FS Dünnebier, S. 285, 290; *Peters*, NSStZ 1983, 275, 276.

²¹⁶ Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 5; *Schlothauer*, StV 1996, 391, 393.

hin werden Betroffene häufig schweigen, selbst wenn sie sich entlasten könnten.²¹⁷

Es ist demnach äußerst problematisch, dass die verfassungsrechtlich zwingende gerichtliche Entscheidung durch den unparteiischen Dritten potenziell entwertet wird, weil sich das Gericht kein umfassendes Bild machen kann. Wenn dieses Schutzelement des Betroffenen bereits geschwächt wird, wäre es umso wichtiger, dass die Verteidigung einen vollumfassenden Einblick erhält, um die Betroffenenrechte zu wahren und im Rahmen ihrer Möglichkeiten auf eine Wiederherstellung des Schutzes hinzuwirken. Der deutsche Gesetzgeber hat § 147 Abs. 2 S. 2 StPO – wie erwähnt – gerade geschaffen, um die Betroffenenrechte an das europäisch geforderte Niveau anzupassen. Für Betroffene kommt es aber gerade nicht darauf an, ob die Haftentscheidung lediglich anhand der dem Gericht vorliegenden Informationen als zutreffend zu bewerten ist. Vielmehr sind darüber hinaus sämtliche Informationen, die dem Staat vorliegen und entlastend wirken können, relevant. Ein effektiverer Grundrechtsschutz spricht daher für eine weite Auslegung sowohl hinsichtlich der dem Haftgericht vorzulegenden Aktenbestandteile als auch im Hinblick auf die Akteneinsicht.

Zwingend geboten ist die Offenlegung potenziell entlastender Faktoren als zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentliche Faktoren, selbst wenn diese letztlich die Haftanordnung nicht verhindern.

(b) Wesentlichkeit einzelner Informationen

Neben den eben angesprochenen potenziell entlastenden Informationen sind im Fall der Legierten Kontrolle insbesondere zwei Faktoren ersichtlich, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haft wesentlich erscheinen:

(aa) Polizeiliche Begleitung als wesentlicher Faktor

Ein wesentlicher Faktor für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung der Haft ist der Faktor, dass es sich bei dem Drogenhandel, der der Legierten Kontrolle unmittelbar vorausgegangen ist, um ein polizeilich begleitetes, weil observiertes Rauschgiftgeschäft handelt.²¹⁸ Wird ein Betäubungsmittelgeschäft polizeilich überwacht, besteht keine tatsächliche Gefahr, dass die gefährlichen Substanzen in den Markt gelangen. Daher handelt es sich dabei um einen *bestimmenden* Strafzumessungsgrund.²¹⁹

²¹⁷ Vgl. zum Zeugenschutz Weber, BtMG, § 31 Rn. 13 ff.; Becker, in: BeckOK BtMG, § 31 Rn. 6.

²¹⁸ Krehl, StraFo 2018, 265, 271.

²¹⁹ BGH, NSTZ 2004, 694; Fischer, StGB, § 46 Rn. 35c; in diese Richtung auch BGH, StV 2000, 555, 556.

Im Einzelfall mag die Tat gar durch Verdeckte Ermittler oder V-Personen provoziert worden sein. Auch dies wäre ein bei der Strafzumessung zu berücksichtigender Faktor,²²⁰ der daher gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO offengelegt werden müsste.

(bb) Gerichtsverwertbarkeit der Beweise als wesentlicher Faktor

Fest steht, dass der Fund der Betäubungsmittel als wesentlicher Faktor in die Haftentscheidung einfließt. Die Ermittlungsbehörden können dem Gericht aber freilich das beschlagnahmte Rauschgift nicht ohne jeden Kontext präsentieren, sondern legen auch den zugehörigen legendierten Bericht vor. Die Probleme, die sich aus Betroffenen­sicht anhand einer unzutreffenden Akteneinsicht stellen, wurden bereits thematisiert. Darüber hinaus hat die Diskussion um die Legendierte Kontrolle aber bislang dem Umstand (zu) wenig Beachtung geschenkt, dass sich die Problematik der Legendierten Aktenführung bereits im Zeitpunkt der Haftentscheidung zuspitzt.

Beweisverwertungsverbote sind bereits im Ermittlungsverfahren, also auch bei der Prüfung der Untersuchungshaftvoraussetzungen, von Amts wegen zu beachten.²²¹ Fehlen „*gerichtsverwertbare* Beweise, durch die der Beschuldigte mit großer Wahrscheinlichkeit überführt werden kann“, entfällt der dringende Tatverdacht.²²² Nimmt man diese Voraussetzung ernst, müssen die Ermittlungsbehörden dem Ermittlungsrichter wenigstens eröffnen, wie es zu dem Rauschgiftfund kam. Nur so kann der Ermittlungsrichter bewerten, ob ein dringender Tatverdacht besteht.

(4) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Grundsätzlich ist der Verteidigung gem. § 147 Abs. 1 StPO vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren. Allerdings werden in Fällen, in denen Legendierte Kontrollen durchgeführt werden, oft konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Untersuchungszweck im Sinne von § 147 Abs. 2 S. 1 StPO gefährden, und zwar unabhängig davon, dass

²²⁰ Näher *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 67 ff. m.w.N.

²²¹ Vgl. BGHSt 36, 396, 398 m. Anm. *Schroeder*, JZ 1990, 1034; BGH, NJW 2019, 2627, 2629 m.w.N.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 5; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 8.

²²² BGHSt 38, 276, 278 = BGH, NStZ 1992, 449 m. Anm. *Baumann* (Hervorhebung durch die Verfasserin); s. auch speziell zur Legendierten Kontrolle *Krehl*, StraFo 2018, 265, 271. Nach a. A. verlangt der dringende Tatverdacht nicht die Prognose, dass eine Verurteilung wahrscheinlich ist, sondern es genügt, wenn aufgrund des bisherigen Ermittlungsergebnisses in seiner Gesamtheit die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Verfolgte sich schuldig gemacht hat, BGH, Beschl. v. 06.04.1979 – 1 BJs 205/78/StB 16/79, zit. nach *Pfeiffer*, NStZ 1981, 93, 94; OLG München, BeckRS 2019, 39467; s. dazu auch *Krauß*, in: BeckOK StPO, § 112 Rn. 11.

sich die gefährdeten Ermittlungen gegen andere Personen, ggf. in anderen Verfahren, richten. Daher darf die Akteneinsicht regelmäßig beschränkt und die Hintergrundermittlungen müssen nicht aufgedeckt werden. In den praktisch häufigen Fällen, in denen die gefasste Person vorläufig festgenommen wird bzw. sich in Untersuchungshaft befindet, sind dagegen der Verteidigung gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO alle für die Haft wesentlichen Informationen offenzulegen. (Nur) Sofern der Haftrichter bei der Entscheidung ohne Kenntnis der Hintergrundermittlungen und ausschließlich anhand des BtM-Fundes entschieden hat, sind die Hintergrundermittlungen nicht wesentlich und müssen nicht offengelegt werden – es sei denn, daraus ergeben sich auch entlastende Hinweise. Mit Blick auf die Betroffenenrechte sollte die Beurteilung, ob ein Beweis entlastend wirken kann, großzügig vorgenommen werden. Das bedeutet, dass in Haftsachen in aller Regel die Hintergrundermittlungen im Wege der Akteneinsicht offenzulegen sind.

All das gilt lediglich für die Zeit vor Anklageerhebung. Spätestens ab Abschluss der Ermittlungen ist die Akteneinsicht vollumfänglich zu gewähren.

bb) Ausnahmen vom Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit

Man kann ferner erwägen, ob eine Legierte Aktenführung rechtlich zulässig wäre, wenn Ausnahmen vom Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit bestünden. Deswegen soll nunmehr adressiert werden, ob die StPO Täuschungsbefugnisse bereithält, die solche Ausnahmen begründen.

(1) Täuschungsbefugnis gem. § 147 Abs. 2 StPO?

§ 147 StPO berechtigt die Behörden schon ausweislich seines Wortlauts lediglich dazu, bestimmte Informationen zurückzuhalten, nicht aber zu Falschdarstellungen. Dass solche in Bezug auf die Legierte Durchsuchung ermittlungstaktisch von Vorteil wären, ist unbestritten. Auch das Argument, es gebe keine wirksame Alternative, weil das Misstrauen der Betroffenen schon bei einer bloßen Beschränkung der Akteneinsicht geweckt würde, leuchtet ein.

Es geht aber fehl, das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot effektiver Strafverfolgung und den Beschuldigtenrechten ohne weiteres zu Lasten der letzteren aufzulösen. Inwiefern es eine Legierte Akteneinsicht legitimieren soll, dass bereits zuvor (ohne Rechtsgrundlage) getäuscht wurde, wird nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil wäre eine umfassende und wahrheitsgemäße Information in solchen Fällen für Betroffene gerade wichtig. Das Informationsrecht aus § 147 Abs. 1 StPO ist auch als Konkretisierung rechtsstaatlicher Maßgaben gesetzlich verankert. Eine Täuschungsbefugnis würde entgegen dem Wortlaut in § 147 Abs. 2 StPO interpretiert. Ließe man diese Auffassung zu, würde es sich sehr wohl um einen Dammbbruch handeln: Unter Berufung auf das Gebot effekti-

ver Strafverfolgung ließen sich unzählige Verfahren finden, in denen eine Falschdarstellung aus ermittlungstaktischer Sicht noch günstiger wäre als eine bloße Beschränkung der Akteneinsicht.²²³

Die Normen der StPO eröffnen den Ermittlungsbehörden Kompetenzen, hegen diese aber auch ein, um ein rechtsstaatliches Verfahren sicherzustellen. Das kann und muss teils auch zu Lasten der Ermittlungen gehen – die Wahrheitsfindung findet gerade nicht um jeden Preis statt. Auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung umfasst § 147 Abs. 2 StPO daher nicht die Darstellung unrichtiger Sachverhalte.²²⁴ Nur am Rande sei angemerkt, dass eine hieraus abgeleitete Täuschungsbefugnis ohnehin nicht für die Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft bzw. für die Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht gälte. § 147 Abs. 2 StPO zur Begründung dafür heranzuziehen, dass Staatsanwälte oder Richter keinen vollen Einblick bekommen sollen, ginge also schon im Ansatz fehl.

(2) Täuschungsbefugnis gem. §§ 161, 163 StPO?

Ebensowenig kann eine unrichtige Aktenführung auf die Ermittlungsgeneralklausel §§ 161, 163 StPO gestützt werden. Es ist bereits fraglich, ob die Art der Aktenführung überhaupt unter den Ermittlungsbegriff des § 161 StPO fällt. Aus dem eben Gesagten ergibt sich aber jedenfalls, dass eine Beschränkung oder Entwertung des Akteneinsichtsrechts als essenzielles Werkzeug einer effektiven Verteidigung stets ein schwerwiegender Eingriff ist. Die Ermittlungsgeneralklausel, die nur geringe Eingriffe decken kann,²²⁵ vermag das nicht zu rechtfertigen.

(3) Verschlussachen

Da die bloße Beschränkung der Akteneinsicht nicht ausreicht, wird zuweilen erwogen, die Akten schon von vorneherein unrichtig oder unvollständig zu führen.²²⁶ Wie bereits ausgeführt, verbietet das der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit. Eine Ausnahme gilt zwar für nach § 96 StPO gesperrte Akten: Bestimmte Schriftstücke, die sich in amtlicher Verwahrung befinden, müssen bei einer Sperrerklärung der obersten Dienstbehörde den Strafverfolgungsbehörden nicht vorgelegt werden,²²⁷ werden also nicht Teil deren Er-

²²³ A. A. Nowrousian, der meint, es gebe klar definierte Ausnahmen, allerdings ohne Erläuterung oder Begründung, *ders.*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 196 f.

²²⁴ So der 4. Strafsenat im Fall einer Legendierten Kontrolle, in dem er jedoch offenließ, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens vorlag, s. BGH, NStZ 2010, 294.

²²⁵ 3. Kap. B. III.

²²⁶ Nowrousian, NStZ 2018, 254, 256 ff.

²²⁷ BGH, NJW 1992, 1973, 1975; OLG Jena, NJW 2001, 1290, 1291; Greven, in: KK-StPO, § 96 Rn. 1; Gerhold, in: BeckOK StPO, § 96 Rn. 1; eingehend Gaede, HRRS 2004, 44.

mittlungen. Auch insofern wird lediglich die Vollständigkeit der Akten beeinträchtigt, eine Befugnis zu falscher Berichterstattung oder Ähnliches enthält § 96 StPO dagegen nicht. § 96 StPO lässt sich demnach nicht für den klassischen Fall Legierter Kontrollen fruchtbar machen und soll daher nicht näher behandelt werden.

(4) Zwischenergebnis

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit verbietet es, die Akten inhaltlich unzutreffend zu führen. Auch die Möglichkeit, in bestimmten Fällen Informationen zurückzuhalten, umfasst keine Täuschungsbefugnis. Die Akten sind aus rechtsstaatlichen Gründen in jedem Fall wahrheitsgemäß zu führen.

c) Zusammenfassung

Die rechtlichen Möglichkeiten einer Legierten Aktenführung sind sehr begrenzt: Wie erläutert dürfen die Akten nicht unzutreffend geführt werden, lediglich die Akteneinsicht kann bei Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO beschränkt werden. Dabei sind auch Untersuchungszwecke anderer Verfahren gemeint. Auch wenn sich in Fällen Legierter Kontrollen häufig konkrete Anzeichen für eine solche Gefährdung werden finden lassen, sind in Haftsachen die wesentlichen Beweismittel gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO offenzulegen. Das umfasst auch strafrechtliche Hintergrundermittlungen, soweit sie den Verdacht von Straftaten begründen, die der Kurier begangen haben soll.

In conclusio ist eine Legierte Aktenführung so, wie sie praktiziert wird, meist unzulässig, da sie mangels geeigneter Rechtsgrundlage gegen das Fairnessgebot verstößt.²²⁸

2. Legierte Aktenführung gegenüber der Staatsanwaltschaft

Was eine Legierte Aktenführung der Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft angeht, ist die Rechtslage eindeutig. § 163 Abs. 2 S. 1 StPO besagt, dass die Behörden sowie Beamten ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft übersenden (müssen).²²⁹ „Ohne Verzug“ meint sofort nach der unaufschiebbaren Beweissicherung, den gebotenen Untersuchungshandlungen und der schriftlichen Niederlegung der Beweissicherung.²³⁰

²²⁸ Ebenfalls die gezielte Umgehung des Grundsatzes der Aktenwahrheit beanstandend *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 96 Rn. 4; *Lenk*, StV 2017, 692, 699.

²²⁹ Lediglich in Eilfällen, in denen richterliche Untersuchungshandlungen erforderlich sind, kann die Übersendung gem. Satz 2 unmittelbar an das Amtsgericht erfolgen.

²³⁰ *von Häfen*, in: BeckOK StPO, § 163 Rn. 16.

Dies ist Ausdruck der gesetzlich bestimmten Rollenverteilung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft.²³¹

In Fällen Legendierter Kontrollen wird die Staatsanwaltschaft in der Regel jedoch nicht frühzeitig einbezogen, obwohl das schon zwecks Beantragung eines Durchsuchungsbeschlusses notwendig wäre.²³² E contrario § 159 Abs. 1 StPO, der eine Anzeigepflicht bei Leichenfund und Verdacht auf unnatürlichen Tod anordnet, lässt sich zwar schließen, dass bei Betäubungsmitteldelikten keine automatische Anzeigepflicht greift. Dennoch ist ein frühzeitiges Einbeziehen der Staatsanwaltschaft bei groß angelegten Ermittlungen gegen kriminelle Netzwerke angesichts deren Bedeutung und Komplexität geboten. Dass die Praxis diese Notwendigkeit längst erkannt hat, zeigt sich auch an den gemeinsamen Ermittlungsgruppen von Staatsanwaltschaft und Polizei. Lassen die Polizeibeamten die Staatsanwaltschaft über die Ermittlungen, die zu der Legendierten Kontrolle geführt haben, im Unklaren, verstößt dies gegen die gesetzlich vorgesehene Rollenverteilung, auf einfachgesetzlicher Ebene gegen § 163 Abs. 2 S. 1 StPO.²³³ Eine justizförmige Kontrolle und Sachleitung ist der Staatsanwaltschaft dann nicht möglich. Auch der BGH hat in seiner Leitentscheidung in diesem Sinne ausgeführt:

„Eine etwaige Aktenunvollständigkeit hat die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens zu vertreten. Sie hat für ein justizförmiges Verfahren – auch durch ihre Ermittlungspersonen – zu sorgen. Sie trägt die Grundverantwortung für die rechtlich einwandfreie Beschaffung der Beweismittel (BVerfG, StV 2017, 361 = BeckRS 2016, 50709). Das wiederum setzt – wie hier geschehen – eine umfassende und vollständige Information der ermittelnden Staatsanwaltschaft durch die Polizei voraus. Zwar entscheidet die Polizei grundsätzlich in eigener Verantwortung, ob sie auf präventiver Grundlage tätig wird. Ob und in welcher Weise dabei angefallene Erkenntnisse als Beweismittel in das Strafverfahren eingeführt werden, obliegt jedoch einzig der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die deshalb über etwaige Hintergründe von polizeilichen Ermittlungen bzw. präventiver Maßnahmen nicht im Unklaren gelassen werden darf. Nur dann ist ein faires rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet.“²³⁴

Es erscheint aus Sicht der Staatsanwaltschaft zur weiteren Sensibilisierung sachgerecht, eine allgemeine Anordnung dahingehend zu erlassen, in Fällen, die auf eine Legendierte Kontrolle hinauslaufen, stets umgehend und umfassend informiert zu werden. Andernfalls droht die Leitungsmacht im Ermittlungsverfahren unterwandert zu werden.²³⁵

²³¹ Näher s. bereits unter 2. Kap. B.I.

²³² Sofern zunächst eine Staatsanwaltschaft an den Hintergrundermittlungen beteiligt war, gilt das jedenfalls für die zweite Staatsanwaltschaft, die angesichts des „zufälligen“ Drogenfundes in Unkenntnis des bisherigen Verfahrensstandes ein neues Ermittlungsverfahren einleitet, s. *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 682.

²³³ So auch *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 681.

²³⁴ BGHSt 62, 123, 143.

²³⁵ Vgl. *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 96 Rn. 4; *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 681 f.

3. Legierte Aktenführung gegenüber dem (Haft-)Richter

Das Recht auf rechtliches Gehör schließt die Konfrontation des Beschuldigten mit den ihm vorgeworfenen Straftatbeständen ein. Daher führen die verdeckten Hintergrundermittlungen bei Legierten Kontrollen in aller Regel dazu, dass der Kurier nicht nur zu dem Vorwurf belehrt und angehört werden müsste, im Besitz einer bestimmten Menge Betäubungsmittel gewesen zu sein, sondern bspw. auch darüber, diese eingeführt zu haben. Zwar verstößt der Haftrichter seinerseits nicht gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn er selbst nichts von den strafrechtlichen Hintergrundermittlungen weiß, die auf zusätzliche Straftaten hindeuten, und er den Beschuldigten dementsprechend nicht darüber in Kenntnis setzt.²³⁶

Eine eigenständige Prüfung, die von Verfassung wegen gem. Art. 104 Abs. 2 GG vorgeschrieben ist, wird durch die Legierte Aktenführung aber verhindert. Auch hier führt die Nichtbeachtung des Gebots der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit zur Untergrabung der gesetzlich vorgesehenen Rollenverteilung.²³⁷ Denn die Legierung führt dazu, dass der Ermittlungsrichter seiner Funktion als „Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden“²³⁸ nicht nachkommen kann.²³⁹

Somit kann eine Legierte Aktenführung dem (Haft)Richter gegenüber zu einem Verstoß gegen die Freiheit der Person, das Gewaltenteilungsprinzip sowie das faire Verfahren führen.²⁴⁰

D. Rechtliche Konsequenzen der Legierten Aktenführung

I. Prozessuale Konsequenzen

1. Kein Beweisverwertungsverbot

Trotz der großen Bedeutung ordnungsgemäßer Aktenführung sollen Verstöße gegen § 168b StPO kein Verwertungsverbot begründen; sie können nur per

²³⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 65.

²³⁷ Vgl. *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 96 Rn. 4; *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 682.

²³⁸ BVerfGE 42, 212, 220.

²³⁹ *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 682 f.; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 223.

²⁴⁰ Vgl. auch bereits andeutungsweise BGHSt 62, 123, 142: „Das Verhalten der Ermittlungsbehörde, die (...) Hintergrundermittlungen gegen den Angeklagten zunächst nicht aktenkundig zu machen und damit dem Ermittlungsrichter (...) einen unvollständigen Sachverhalt zu unterbreiten, ist im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich.“

Dienstaufsichtsbeschwerde beanstandet werden.²⁴¹ Die Rechtsprechung geht ansonsten lediglich davon aus, dass etwa mangelhafte Protokolle einen tendenziell geringen Beweiswert haben.²⁴² Das wird man auch aus anderen Mängeln bei der Dokumentation folgern können. Zu bedenken ist aber, dass auch ein geringerer Beweiswert zum Nachteil der Betroffenen reichen kann, z. B. wenn bestimmte Ermittlungshandlungen zu einer Entlastung geführt hätten.

Verweigert die Staatsanwaltschaft auf Antrag die Vervollständigung bzw. Berichtigung der Akte, kann der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet sein.²⁴³ Schließlich kann die Verletzung des Rechts des Angeklagten auf ein faires Verfahren wegen lückenhafter bzw. unwahrer Aktenführung zur Verfahrenseinstellung führen.²⁴⁴

2. Verfahrenshindernis

Ein Verfahrens- oder Prozesshindernis, welches die Einstellung des Verfahrens unter Verzicht auf weitere Aufklärung und Strafverfolgung nach sich zieht,²⁴⁵ entsteht nur in Extremfällen.²⁴⁶ Nach der Rechtsprechung liegt es nur vor, wenn Umstände nach dem expliziten oder erkennbaren Willen des Gesetzgebers „für das Strafverfahren so schwer wiegen“, dass die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens von ihnen abhängig gemacht werden muss.²⁴⁷ Im Unterschied zu einem „bloßen“ Beweisverwertungsverbot schließt ein Verfahrenshindernis nicht nur die Verwertung einzelner Beweise, sondern die (weitere) Verhandlung und Entscheidung in der Sache gänzlich aus.²⁴⁸ Aufgrund der weitreichenden Folgen eines Verfahrenshindernisses wird vorausgesetzt, dass es eindeutig, also klar und prägnant identifizierbar ist.²⁴⁹ Ist es nicht „offenkundig“, sondern muss erst anhand

²⁴¹ *Pflieger/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, StPO, § 168b Rn. 4; *El Duwaik*, in: BeckOK StPO, § 168b Rn. 14; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168b Rn. 7.

²⁴² BGHSt 5, 214, 217; so auch *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168b Rn. 7; vgl. *Kölbel*, in: MüKo StPO, § 168b Rn. 7; *Wohlers/Albrecht*, in: SK-StPO, § 168b Rn. 8; *Zöller*, in: HK-StPO, § 168b Rn. 5.

²⁴³ OLG Karlsruhe, NJW 1992, 642, 643.

²⁴⁴ *Schlothauer*, in: MAH Strafverteidigung, Teil B § 3 Rn. 35.

²⁴⁵ Vgl. §§ 170 Abs. 2, 204, 206a, 260 Abs. 3 StPO; *Kudlich*, in: MüKo StPO, Einleitung Rn. 388 f.

²⁴⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 242 ff. m.w.N.

²⁴⁷ St. Rspr., s. nur BGHSt 15, 287, 290; 32, 345, 350; 36, 294, 295; in jüngerer Zeit BGH, NStZ-RR 2020, 379, 380; s. auch *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, *Einl. Rn.* 146 m.w.N.; die Missverständlichkeit dieser Formel kritisierend *Volk/Engländer*, StPO, § 14 Rn. 2.

²⁴⁸ Zu der Frage, ob ein Urteil bei Freispruchsreife möglich ist, s. *Kudlich*, in: MüKo StPO, Einleitung Rn. 390 ff.

²⁴⁹ *Volk/Engländer*, StPO, § 14 Rn. 4; s. auch *Volk*, *Prozessvoraussetzungen*, S. 215 f., 228 f.; *ders.*, StV 1986, 34, 36; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 243 f.; vgl. auch BGHSt 43, 53, 56 f.; *Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1072, 1074.

einer Wertung festgestellt werden, liegt nach Ansicht des BGH in der Regel kein Verfahrenshindernis vor.²⁵⁰ So verhält es sich auch – aufgrund seiner Weite und Unbestimmtheit – bei Verstößen gegen das Rechtsstaatsprinzip.²⁵¹ Diese stellen oftmals bloße Verfahrensmängel dar, führen aber nicht stets zu Verfahrenshindernissen.²⁵²

Bisher hat die Rechtsprechung bei Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG kein Verfahrenshindernis angenommen,²⁵³ ebensowenig führen Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens stets zu einem Verfahrenshindernis.²⁵⁴ Im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens stellt die überwiegende Ansicht angesichts dessen Wertungsoffenheit gar besonders hohe Anforderungen.²⁵⁵ So fasste das BVerfG in einer Entscheidung zum Lockspitzeinsatz wie folgt zusammen: „Die Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips hat zur Folge, dass konkrete Folgerungen aus ihm erst dann gezogen werden können, wenn nach Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten, unzweideutig feststeht, dass rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind.“²⁵⁶

a) Legierte Aktenführung nach Abschluss der Ermittlungen

Der Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens wiegt noch schwerer, wenn die Legierte Aktenführung über den Abschluss der Ermittlungen hinaus aufrechterhalten wird.²⁵⁷ Dass die Akteneinsicht gem. § 147 StPO in diesem Ver-

²⁵⁰ BGHSt 24, 239, 240; 32, 345, 351 f.; 43, 53, 56 f.; 46, 159, 171; 60, 276, 297 f.; BGH, NStZ 1982, 291, 292; NStZ 1983, 135; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 148; Volk/Engländer, StPO, § 14 Rn. 25; Seelmann, ZStW 95 (1983), 797, 831; zust. Volk, StV 1986, 34, 37; vgl. dazu Schumann, JZ 1986, 66, 72; Weiler, GA 1994, 561, 580 f.; Küpper, JR 2000, 257, 259.

²⁵¹ BVerfGE 57, 250, 276; BGHSt 32, 345, 350.

²⁵² Vgl. dazu BGHSt 19, 273, 276; 32, 345, 350.

²⁵³ BGHSt 26, 84, 89 ff.; 32, 345, 350: „... gilt nach allgemeiner Meinung für die Verletzung des durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten rechtlichen Gehörs“.

²⁵⁴ BVerfGE 57, 250, 274 ff.; 63, 45, 68 f. je m.w.N.; BGHSt 21, 81; 24, 239, 240 f. (s. aber BVerfG, NJW 1984, 967); BGH, NStZ 1982, 291 und 1983, 135 m.w.N.; BGH, MDR 1984, 335 zur Kenntnis der Staatsanwaltschaft von der Verteidigungsstrategie.

²⁵⁵ Vgl. BVerfG, NJW 1986, 1427, 1429: „allenfalls in extrem gelagerten Ausnahmefällen“; NJW 1987, 1874 f.; NJW 1993, 3254, 3255: „Extrembereich“; NJW 2015, 1083, 1084; BGHSt 46, 159, 171; 49, 112, 127; Rogall, in: SK-StPO, Vorbem. vor § 133 Rn. 105; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 21 Rn. 20; Weiler, GA 1994, 561, 580 f.; Hillenkamp, NJW 1989, 2841, 2845 ff.; Geppert, Jura 1992, 597, 600; anders nunmehr bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation BGHSt 60, 276, 297: „regelmäßige Folge“; vgl. zum von Anfang an unfairen Verfahren auch Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 211; vgl. auch Arloth, NJW 1985, 417, 418.

²⁵⁶ BVerfG, NJW 1987, 1874 f. m.w.N.; vgl. BVerfGE 57, 250, 276.

²⁵⁷ So lag der Fall bei der StA Osnabrück, StraFo 2013, 433; dazu Börner, StraFo 2018, 1, 6: „Die Staatsanwaltschaften haben ein Complianceproblem mit handfesten

fahrensstadium nicht mehr einschränkbar ist,²⁵⁸ verdeutlicht bereits, dass zu dem Zeitpunkt eine umfassende Kenntnis der Angeschuldigten bzw. Angeklagten gewährleistet sein soll. Die überragende Wichtigkeit der Akteneinsicht für eine effektive Verteidigung und damit letztlich auch die Waffen- und Chancengleichheit wurde bereits angesprochen.²⁵⁹ Anders lässt sich ein faires Verfahren durch Teilhabe der Betroffenen nicht verwirklichen.²⁶⁰ Können sich Betroffene hingegen nicht effektiv verteidigen und Einfluss auf das Verfahren nehmen, hat das eine so enge Berührung zur Menschenwürdegarantie, die gerade verbietet, den Menschen als bloßes Verfahrensobjekt zu behandeln, dass von einem Verfahrenshindernis ausgegangen werden muss.²⁶¹

b) Legendierte Aktenführung während des Ermittlungsverfahrens

Weniger eindeutig liegt der Fall, wenn die Aktenführung während des Ermittlungsverfahrens legendiert wird. Mit Ausnahme der im Einzelfall rechtmäßigen Methode, die Akteneinsicht im Wege des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO zu beschränken, sind die übrigen Methoden wie gesehen unzulässig, eine Täuschung ist insofern nicht vorgesehen. Werden sie dennoch angewendet, sind die Verteidigungsrechte eingeschränkt, sodass gegen das Fairnessprinzip verstoßen wird, in Haftsachen ist auch die Freiheit der Person berührt. Die unzulässige Legendierte Aktenführung ist somit auch in diesem Verfahrensabschnitt ein ernstzunehmender Verstoß.²⁶²

Angesichts der restriktiven Handhabung bei der Annahme von Verfahrenshindernissen liegt es nahe, dass die Rechtsprechung hier dennoch ein solches nicht annehmen würde und in der Vergangenheit auch nicht angenommen hat. So begründet die unvollständige Aktenführung nach überwiegender Ansicht nicht einmal ein Beweisverwertungsverbot; lediglich eine Dienstaufsichtsbeschwerde soll möglich sein.²⁶³ Auch wenn man nach Schweregrad der Legendierung differenzieren und einen Unterschied zu aktiven Falschbehauptungen in der Akte machen wollte, ergäbe sich nach der Auffassung des BGH wohl nichts anderes: In seinem Leiturteil nannte er dieses Vorgehen lediglich „rechtsstaatlich bedenklich“, ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

rechtlichen Risiken“. *Krehl* befürchtet gar, „so manche“ Legendierte Kontrolle werde überhaupt nicht aufgedeckt, *ders.*, *StraFo* 2018, 265.

²⁵⁸ Insbesondere ist eine analoge Anwendung des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO ausgeschlossen, *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 217; *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 30, 36 ff.; *ders.*, *Kriminalistik* 2011, 370, 371.

²⁵⁹ S. oben 5. Kap. B. I. 2., II. 4.

²⁶⁰ Monographisch dazu *Gaede*, Fairness als Teilhabe.

²⁶¹ So i. Erg. auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 245; vgl. auch *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 136 Rn. 35.

²⁶² Vgl. *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 683 f.; relativierend BGHSt 62, 123, 142: „rechtsstaatlich nicht unbedenklich“.

²⁶³ S. bereits unter 5. Kap. D. I. 3.

Auch wenn man diese Zurückhaltung nicht teilt, ist dem im Hinblick auf die (fehlende) Annahme eines Verfahrenshindernisses zuzustimmen. Im Unterschied zur Legierten Aktenführung noch in der Hauptverhandlung besteht in der vorliegenden Konstellation immerhin Aussicht auf Heilung im Zwischen- oder Hauptverfahren. Darüber hinaus soll ein Verfahrenshindernis nicht als Sanktion wirken. Obwohl die Legierte Aktenführung im Ermittlungsverfahren einen Verstoß gegen die Rechte der Betroffenen bildet, führt sie noch zu keiner solch extremen Ausnahmesituation, dass das Verfahren im Ganzen als unrechtmäßig anzusehen wäre.

Problematisch ist es hingegen, wenn die Legierte Kontrolle dazu führt, dass anlässlich des Drogenfundes ein neues Verfahren gegen den Kurier eröffnet wird, obwohl bereits zuvor gegen ihn ermittelt wurde.²⁶⁴ Denn Art. 103 Abs. 3 GG besagt, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf. Dies beinhaltet auch das Verbot doppelter Strafverfolgung (*ne bis in idem*).²⁶⁵ Daher wäre ein Prozesshindernis hinsichtlich des neu eingeleiteten Strafverfahrens anzunehmen.²⁶⁶

3. Rechtsschutz

Gibt es eine offizielle ablehnende Entscheidung gegen das Akteneinsichtsgesuch, wird also die Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO beschränkt, können Betroffene in bestimmten Fällen Rechtsschutz gem. §§ 147 Abs. 5 S. 2, 161 StPO einholen.²⁶⁷ Der Rechtsweg ist namentlich dann eröffnet, wenn die Akteneinsicht versagt wird, obwohl bereits der Abschluss der Ermittlungen vermerkt ist, wenn die Einsicht in privilegierte Unterlagen nach § 147 Abs. 3 StPO verwehrt wird oder wenn sich Betroffene nicht auf freiem Fuß befinden. Auch wenn die Akteneinsicht Verfahren von Mitbeschuldigten betrifft, soll in erweiternder Auslegung von § 147 Abs. 5 S. 2 StPO oder § 23 EGGVG Rechtsschutz gewährt werden.²⁶⁸ Ob darüber hinaus auch in anderen Fällen der Rechtsweg eröffnet ist,

²⁶⁴ Dies wird jedoch der Regelfall sein, s. auch krit. *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673, 681: „keinesfalls unbeabsichtigte Konsequenz“; vgl. auch *Börner*, StraFo 2018, 1, 3.

²⁶⁵ Vgl. BVerfGE 12, 62, 66; *Radtke*, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 44: „Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung“.

²⁶⁶ *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 136 Rn. 35, der darüber hinaus darauf hinweist, dass die eigenständige Begründung einer neuen örtlichen Zuständigkeit je nach Ort des Zugriffs durch die Exekutive mit dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) konfligiert; a. A. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 246 ff., der meint, dass die Handlungen der Staatsanwaltschaft generell keine Sperrung für eine doppelte Verfolgung auslösen können.

²⁶⁷ Zu den ursprünglich noch begrenzteren Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen s. *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 110 m.w.N.; s. auch zum Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG BVerfGE 63, 45, 57 f.

²⁶⁸ BGHSt 49, 317, 330; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 52 m.w.N.; a. A. *Senge*, in: FS Strauda, S. 459, 465 f.

ist umstritten. Einerseits spricht nach der herrschenden Meinung der Gegenschluss aus § 147 Abs. 5 S. 2 StPO dagegen,²⁶⁹ andererseits gilt das nicht, wenn man davon ausgeht, dass die Norm nicht konstitutiv, sondern bloß konkretisierend wirkt.²⁷⁰ Für die derzeitige Praxis Legendierter Kontrollen spielt diese Frage wohl eine untergeordnete Rolle, zumal die bloße Versagung der Akteneinsicht überwiegend als zur Legendierung nicht ausreichend angesehen wird.²⁷¹

Eine ablehnende Entscheidung des Gerichts kann im Wege der Beschwerde angegriffen werden, was aber in der Praxis dadurch erschwert wird, dass das Gericht seine Entscheidung bei Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht mit Gründen versehen muss.

Wird die Akteneinsicht auch nach Einstellung des Verfahrens gem. § 170 Abs. 2 StPO oder § 154 StPO verwehrt, können Betroffene den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG beschreiten.²⁷²

Schließlich kann im Fall einer nicht ordnungsgemäßen Protokollführung über staatsanwaltschaftliche Ermittlungshandlungen in Hinsicht auf einen Rechtsbehelf wie erwähnt – nur – eine Dienstaufsichtsbeschwerde begründet sein, vgl. § 147 Nr. 3 GVG.²⁷³ Jedoch erweist sich dieses Mittel in der Praxis oftmals als nicht sonderlich scharf.²⁷⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen bei Legendierter Aktenführung äußerst begrenzt sind: Wissen sie nicht, dass ihnen Informationen vorenthalten werden, können sie sich erst nachträglich um Rechtsschutz bemühen. Aber auch im Fall der Versagung der Akteneinsicht gewährt die herrschende Meinung nur in bestimmten Fällen die Beschreitung des Rechtswegs und ablehnende Entscheidungen müssen bei (vermeintlicher) Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht begründet werden.²⁷⁵

²⁶⁹ OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 376; LG Neubrandenburg, NStZ 2008, 655, 656.

²⁷⁰ So überzeugend *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112.

²⁷¹ S. bereits 5. Kap. C.I.5.

²⁷² OLG Hamm, StV 1984, 373; *Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 147 Rn. 200; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 118.

²⁷³ *Pflieger/Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 168b Rn. 4; *El Duwaik*, in: BeckOK StPO, § 168b Rn. 14; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168b Rn. 7; *Zöller*, in: HK-StPO, § 168b Rn. 5. Die Dienstaufsicht schließt die Befugnis ein, über Dienstaufsichtsbeschwerden zu entscheiden und dazu staatsanwaltschaftliches Handeln zu überprüfen. Beschwerdeführer können sich zunächst an den Leiter der Staatsanwaltschaft beim LG, dann an den Generalstaatsanwalt und schließlich an den Justizminister wenden, *Mayer*, in: KK-StPO, GVG § 147 Rn. 5.

²⁷⁴ Nichtförmliche Rechtsbehelfe werden zuweilen spöttisch als „formlos – fristlos – fruchtlos“ bezeichnet, s. etwa *Vahle*, Kriminalistik 2003, 709, 710.

²⁷⁵ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Rechtsbeugung durch den Richter beim Urteilsspruch zur Wiederaufnahme des Verfahrens gem. §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO, § 580 Nr. 5 ZPO führen kann, *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 77.

II. Strafrechtliche Risiken für Hoheitsträger

Im Folgenden soll knapp betrachtet werden, inwiefern eine Legierte Aktenführung auch strafrechtliche Konsequenzen für die handelnden Beamten nach sich ziehen kann. Naturgemäß ist eine Strafbarkeit nur im Einzelfall feststellbar, sodass an dieser Stelle lediglich potenzielle Risiken im Überblick angerissen werden können.

1. Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Gibt ein polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher Bericht den Ermittlungshergang unzutreffend wieder, könnte zunächst an eine Urkundenfälschung zu denken sein. Gem. § 267 StGB macht sich wegen Urkundenfälschung strafbar, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht. Bei einem amtlichen Vermerk handelt es sich um eine Urkunde in diesem Sinne, die auch anderen zugänglich gemacht wird und der Legendierung dient, folglich auch zur Täuschung im Rechtsverkehr bestimmt ist.²⁷⁶

a) Inhaltlich falsche Beschreibung

Allerdings scheidet eine Strafbarkeit gem. § 267 StGB aus, wenn der Bericht von vornherein so verfasst wird, dass er den Ermittlungshergang lediglich falsch beschreibt (sog. schriftliche Lüge), denn § 267 StGB schützt nicht die inhaltliche Richtigkeit einer Urkunde.²⁷⁷

b) Änderung der Paginierung

Auch eine Änderung oder Löschung der Paginierung, etwa um das Herausnehmen von Seiten zu verdecken, ist nicht strafrechtlich relevant, denn der Paginierung oder Folierung kommt kein Erklärungsinhalt zu, die einzelnen Blätter seien in einer bestimmten Reihenfolge zu den Akten genommen worden. Insofern wäre auch kein Aussteller erkennbar.²⁷⁸

c) Herausnehmen einzelner Seiten

Jedoch könnte ein Verfälschen dadurch eintreten, dass einzelne Seiten aus der Akte herausgenommen werden. Dies setzt allerdings voraus, dass es sich bei der

²⁷⁶ Zur Täuschung im Rechtsverkehr meint, dass die Urkunde dazu bestimmt ist, jemanden zu rechtserheblichen Folgedispositionen zu veranlassen. Eingehend zur Beweisfunktion der Urkunde Krell, GA 2019, 325.

²⁷⁷ BGHSt 9, 44; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 267 Rn. 1; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 267 Rn. 1 f.; Brockhaus, ZIS 2008, 556.

²⁷⁸ Vgl. BGH, BeckRS 1996, 31091283; zu dem Tatbestandsmerkmal Erb, in: MüKo StGB, § 267 Rn. 38.

Ermittlungsakte um eine Gesamturkunde, also mehrere in einem Gesamtkomplex zusammengefasste Urkunden, handelt.²⁷⁹ Dafür müssen die Einzelurkunden zunächst mit einer gewissen Festigkeit untereinander verbunden sein.²⁸⁰ Dies ist bei zusammengehefteten Berichten in einer Akte zu bejahen. Darüber hinaus muss die Anfertigung und Verbindung der Einzelurkunden in Erfüllung einer entsprechenden Beurkundungspflicht geschehen sein. Auch das ist bei der Führung der Ermittlungsakte wie gesehen der Fall.²⁸¹

Schwierigkeiten bereitet aber die Voraussetzung, dass durch die Verbindung der Anschein erweckt werden soll, dass damit sämtliche beurkundungspflichtigen Vorgänge dieser Art erfasst wurden.²⁸² Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit die Gesamturkundsqualität bei Akten unterschiedlich beurteilt. Das OLG Düsseldorf wertete beispielsweise die Personalakte eines Richters als Gesamturkunde, die „einen über die Einzelurkunden hinausgehenden Gedankeninhalt auch in negativer Hinsicht beweisen kann und soll“. Die Personalakte enthalte eine Sammlung von Vorgängen, die ein möglichst vollständiges Bild über das gesamte Dienstverhältnis zeichnen sollen, das „die Grundlage für die den Beamten (Richter) persönlich treffenden Entscheidungen bildet“.²⁸³

Der BGH lehnte die Gesamturkunde betreffend die Handakte eines Rechtsanwalts mit der kurzen Begründung ab, dass die einzelnen enthaltenen Schriftstücke nicht zu einer Gesamterklärung vereinigt seien und keine selbstständige Gedankenäußerung verkörperten.²⁸⁴

Auch in einer Vergabeakte wollte das OLG Jena keine Gesamturkunde erkennen, da die Einzelurkunden körperlich oder zumindest durch chronologische Ordnung und lückenlose Paginierung verbunden sein müssten und der Gesamtheit ein zusätzlicher Erklärungsinhalt zukommen müsste.²⁸⁵ Zwar könne eine Akte grundsätzlich eine Gesamturkunde darstellen, sodass ein Verfälschen gem. § 267 StGB möglich sei. Jedoch solle es dafür darauf ankommen, ob die Akte zum Tatzeitpunkt einen Zustand erreicht habe, der Ergänzungen verboten hätte. Denn

²⁷⁹ Zur Rechtsfigur der Gesamturkunde BGHSt 12, 108, 112; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 274 Rn. 78 ff.; abl. *Lampe*, GA 1964, 321, 323; *Samson*, JuS 1970, 369, 376.

²⁸⁰ *Hoyer*, in: SK-StGB, § 274 Rn. 78; recht weit BGHSt 12, 108: Stimmzettel in einer Wahlurne als Gesamturkunde.

²⁸¹ S. zu den Beurkundungspflichten der Polizeibeamten bereits 5. Kap. B. II. 1.

²⁸² BGHSt 4, 60, 61: Die Gesamturkunde diene dazu, „gewisse fortdauernde oder wiederkehrende Geschäftsbeziehungen in einer einheitlichen Übersicht erschöpfend zu erfassen. Die Zusammenfassung soll nach dem Willen der Beteiligten nicht nur das Zustandekommen der in ihr enthaltenen Rechtsvorgänge beweisen, sondern auch das Nichtzustandekommen der nicht aufgenommenen Vorgänge.“

²⁸³ OLG Düsseldorf, NStZ 1981, 25, 26 m.w.N.; vgl. auch BVerwGE 19, 179, 184.

²⁸⁴ BGHSt 3, 395, 399.

²⁸⁵ OLG Jena, wistra 2010, 111, 112.

eine Urkundenfälschung scheide aus, wenn ein Entwurf nach Vorstellung seines Verfassers noch nicht die endgültige Form habe.²⁸⁶

Letzteres trifft auch auf Ermittlungsakten zu, solange die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind. Zwar soll und muss auch die Ermittlungsakte grundsätzlich ein möglichst vollständiges Bild zeichnen. Allerdings kann vor dem Hintergrund, dass gegen dieselbe Person verschiedene Verfahren parallel von verschiedenen Beamten geführt werden können, regelmäßig nicht angenommen werden, die Akte enthalte zugleich eine Vollständigkeitserklärung dahingehend, dass es keine weiteren Vorgänge gegen den Betroffenen gebe.

Folglich ist die Ermittlungsakte im Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens keine Gesamturkunde, sodass das Herausnehmen einzelner Seiten kein Verfälschen der Urkunde darstellt.²⁸⁷

d) Änderung eines Berichts

Ein Verfälschen einer echten Urkunde ist aber dann gegeben, wenn ein bereits verfasster Bericht verändert wird, wobei der Anschein erweckt werden soll, der neue Erklärungsgehalt habe von Anfang an in dieser Form vorgelegen.²⁸⁸ Das gilt selbst dann, wenn der Aussteller selbst die Änderungen vornimmt, sofern er die Dispositionsbefugnis nicht mehr inne hat²⁸⁹ – etwa, wenn er sie bereits im Rechtsverkehr entäußert hat.²⁹⁰

Auf die Situation der Legendierten Aktenführung übertragen bedeutet das, dass ein Beamter, der zunächst einen Bericht unter der zutreffenden Angabe, man sei über eine Drogenlieferung informiert und darum gebeten worden, eine Kontrolle durchzuführen, keine Änderungen ohne Kenntlichmachung mehr vornehmen darf, wenn er ihn einmal zu den Akten gegeben hat. Das Zurückhalten des ursprünglichen und Verfassen eines neuen, verfälschten Berichts dagegen würde § 267 StGB nicht erfüllen.

Schließlich findet ein Gebrauchen im Sinne von § 267 StGB statt, sobald der gefälschte Bericht den Betroffenen bzw. deren Verteidigung im Wege der Akten-einsicht zugänglich gemacht wird.²⁹¹

²⁸⁶ OLG Jena, wistra 2010, 111, 112 m.w.N.

²⁸⁷ BGH, wistra 1997, 99.

²⁸⁸ Vgl. *Erb*, in: MüKo StGB, § 267 Rn. 180.

²⁸⁹ BGHSt 13, 382, 387; BGH, BeckRS 1961, 83: „Verfügungs- und Änderungsgehalt“; BeckRS 1988, 31086953; OLG Saarbrücken, NJW 1975, 658, 659.

²⁹⁰ BGHSt 13, 382, 387; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1425.

²⁹¹ Zwar ist auch mit der Kenntnisnahme durch andere nicht eingeweihte Beamte zu rechnen, insofern besteht bei dem Täter aber kein direkter Vorsatz (dolus directus 2. Grades), dass diese daraufhin rechtserhebliche Dispositionen vornehmen werden.

e) Fazit

Somit kommt es für die Erfüllung des Tatbestands auf die Art und Weise der Legendierten Aktenführung an. Jedenfalls die nachträgliche Änderung eines einmal verfassten Berichts kann den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllen.

2. Mittelbare Falschbeurkundung gem. § 271 StGB

Eine mittelbare Falschbeurkundung gem. § 271 StGB setzt als Tatobjekt eine öffentliche Urkunde voraus. Zur Konkretisierung wird oft die Formel bemüht, dies seien Urkunden, die Beweiskraft für und gegen jedermann entfalten.²⁹² Dazu muss die Urkunde wenigstens von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen werden.²⁹³ Die erhöhte öffentliche Beweiswirkung ist im Einzelfall konkret festzustellen; sie kann nach Ansicht des Großen Senats für Strafsachen nur angenommen werden, wenn kein Zweifel besteht, dass dies unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht.²⁹⁴

Polizeiliche Protokolle sind nicht lediglich für den internen Verkehr bestimmt, vielmehr dienen sie auch der (nachträglichen) Information der Betroffenen und der Verteidigung.²⁹⁵ Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich eine erhöhte Beweiswirkung für und gegen jedermann ergeben soll, denn eine besondere amtliche Richtigkeitsbestätigung fehlt. So hat auch die Rechtsprechung in der Vergangenheit das Tatbestandsmerkmal abgelehnt.²⁹⁶ Ebenso verhält es sich mit polizeilichen Ermittlungsberichten an die Staatsanwaltschaft.²⁹⁷ Eine Strafbarkeit gem. § 271 StGB im Kontext Legendierter Aktenführung ist folglich ausgeschlossen.

3. Urkundenunterdrückung gem. § 274 StGB

Das Herausnehmen einzelner Aktenbestandteile erfüllt zwar aus dem oben genannten Grund keine Urkundenfälschung, könnte stattdessen aber eine Urkundenunterdrückung darstellen. Gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Urkunde, welche ihm nicht (ausschließlich) gehört, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt. Ge-

²⁹² BGHSt 53, 34, 36; OLG München, wistra 2006, 194; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 271 Rn. 2.

²⁹³ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 271 Rn. 4; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 271 Rn. 2.

²⁹⁴ BGH, NJW 1968, 2153, 2154.

²⁹⁵ S. bereits 5. Kap. B. I., II.

²⁹⁶ S. OLG Düsseldorf, NJW 1988, 217, 218.

²⁹⁷ Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1956, 1082.

geschütztes Rechtsgut ist das Recht, mit echten Urkunden Beweis zu erbringen.²⁹⁸ Deswegen kann auch der Eigentümer Täter sein. Der BGH hat hierzu jüngst festgehalten:

„Fehlt ihm das Recht, über die Urkunde allein zu verfügen, weil ihm die Rechtsordnung die Verpflichtung auferlegt, die Urkunde für die Beweisführung eines anderen herauszugeben oder zur Einsichtnahme bereitzuhalten, so unterliegt die Unterdrückung der Urkunde der Strafdrohung des § 274 I Nr. 1 StGB. Denn mit der Urkundenunterdrückung oder Beseitigung wird das Beweisführungsrecht des Dritten ausgeschaltet oder zumindest erheblich beeinträchtigt.“²⁹⁹

Schon ob die Beamten ursprünglich Eigentümer der Berichte sind, steht zu bezweifeln – spätestens ab dem Zeitpunkt, an dem die Berichte Teil der Akte geworden sind, dürfte das abzulehnen sein. Klar ist aber jedenfalls, dass die Berichte zu Beweiszwecken,³⁰⁰ nämlich u.a. nach § 147 Abs. 1 StPO zur Akteneinsicht, bereitzuhalten sind und nicht in der Dispositionsbefugnis der Verfasser stehen.

Unterdrücken meint, dass es Berechtigten unmöglich gemacht wird, das Beweismittel zu nutzen. Insbesondere wird insofern keine Dauerhaftigkeit vorausgesetzt,³⁰¹ sodass auch ein vorübergehendes Entfernen der Hintergrundermittlungen aus der Akte die Tathandlung erfüllt.

Schließlich bedarf es der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen. Hier genügt jede Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte.³⁰² Auch diese Voraussetzung könnte im Einzelfall bei der Legierten Aktenführung zu bejahen sein: Das Beweisführungsrecht des Kuriers wird ausgeschaltet bzw. erheblich beeinträchtigt,³⁰³ wenn er wegen der Zurückhaltung des Berichts zunächst nicht erfährt, dass es sich von Beginn an um eine strafrechtliche Kontrolle handelte und bereits weitere Beweise gegen ihn vorliegen. Ebenso verhält es sich mit den Beweisführungsrechten der Staatsanwaltschaft. Diese Beeinträchtigung ist auch gerade der Zweck der Legierten Aktenführung.

²⁹⁸ BVerfG, NJW 2020, 3709; BGHSt 29, 192, 194; OLG Düsseldorf, MDR 1990, 73, 74; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 274 Rn. 1; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 274 Rn. 1.

²⁹⁹ BGH, NJW 2020, 3709, 3710 unter Verweis auf BGHSt 29, 192, 194.

³⁰⁰ Näher zur Problematik des Merkmals der Beweisfunktion einer Urkunde Krell, GA 2019, 325.

³⁰¹ Vgl. OLG Düsseldorf, NStZ 1981, 25, 26; OLG Koblenz, NStZ 1995, 50, 51; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 274 Rn. 2; Fischer, StGB, § 274 Rn. 6 m.w.N.: „Unterdrücken ist z.B. auch die Verweigerung der Herausgabe“; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 274 Rn. 9; Freund, in: MüKo StGB, § 274 Rn. 47; Weidemann, in: BeckOK StGB, § 274 Rn. 7 m.w.N.

³⁰² BGHSt 29, 192, 194; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 274 Rn. 17; anders aber Hoyer, der unter Verweis auf die sonst überflüssige überschießende Innentendenz eine Rechtsgutsverletzung fordert, die über das fremde Beweisführungsinteresse hinausgeht, ders., in: SK-StGB, § 274 Rn. 15 m.w.N.

³⁰³ Dieses Erfordernis nennt etwa OLG Düsseldorf, NStZ 1981, 25, 26 m.w.N.

Somit kann das ungekennzeichnete Herausnehmen einzelner Berichte aus der Akte als Urkundenunterdrückung strafbar sein. Aber auch wenn der Bericht noch gar nicht zu der Akte gelangt ist, kann die Nichtherausgabe eine Urkundenunterdrückung durch Unterlassen³⁰⁴ erfüllen, denn Polizeibeamte sind gem. § 163 Abs. 2 S. 1 StPO zur Übersendung an die Staatsanwaltschaft verpflichtet.

4. Verwahrungsbruch im Amt gem. § 133 StGB

Schließlich könnte das Zurückhalten eines Berichts auch einen Verwahrungsbruch im Amt gem. § 133 Abs. 1, 3 StGB darstellen. Dessen macht sich schuldig, wer Schriftstücke, die sich in dienstlicher Verwahrung befinden und ihm als Amtsträger anvertraut worden oder zugänglich geworden sind, zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder der dienstlichen Verfügung entzieht.

Unzweifelhaft handelt es sich bei den in Rede stehenden Berichten um Schriftstücke im vorgenannten Sinne,³⁰⁵ die den Ermittelnden auch in amtlicher Funktion zugänglich geworden sind. Ein Schriftstück ist der dienstlichen Verfügung entzogen, wenn für Berechtigte die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung zumindest vorübergehend genommen oder erheblich erschwert wird.³⁰⁶ Wann das der Fall ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Abzustellen ist maßgeblich auf die Zugriffsmöglichkeit der Berechtigten.³⁰⁷

So hat der BGH in einem Fall, in dem ein Beamter der Kriminalpolizei Asservate nicht an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet hatte, eine Strafbarkeit gem. § 133 StGB abgelehnt. Im zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte die Gegenstände in seinem unverschlossenen Schreibtisch aufbewahrt. Das Urteil betont, dass darüber hinaus keine weiteren Maßnahmen – wie etwa Verstecken oder „Verfächern“ – getroffen wurden, um ein Auffinden zu verhindern oder zu erschweren. Es sei deshalb den Vorgesetzten, aber auch der Staatsanwaltschaft, durch Einschalten des Vorgesetzten des Angeklagten, jederzeit und ohne Schwierigkeiten möglich gewesen, an die Sache heranzukommen. Das gelte auch, obwohl der Angeklagte keinen entsprechenden Vermerk zum Verbleib der Asservate gefertigt hatte. Ebenfalls unschädlich sei es, wenn die Zuständigkeit für die verwahrte Sache auf eine andere Stelle übergehe, denn die Erreichbarkeit werde dadurch nicht über ein bloßes Aufsuchen erschwert.³⁰⁸

³⁰⁴ Zur Urkundenunterdrückung durch Unterlassen s. *Hoyer*, in: SK-StGB, § 274 Rn. 13 m.w.N.

³⁰⁵ Vgl. OLG Köln, NJW 1980, 898.

³⁰⁶ BGHSt 35, 340, 341 m.w.N.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 133 Rn. 6 m.w.N.; *Hohmann*, in: MüKo StGB, § 133 Rn. 16; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 133 Rn. 15.

³⁰⁷ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 133 Rn. 15.

³⁰⁸ BGHSt 35, 340, 342.

Für das Herausnehmen eines Berichts zu den Hintergrundermittlungen bei Legierten Kontrollen bedeutet das, dass es im Rahmen des § 133 StGB maßgeblich darauf ankommt, ob der Bericht lediglich beiseitegelegt, regelrecht „versteckt“ oder gar beseitigt wurde. Eine Strafbarkeit kommt nach der Rechtsprechung nur in den letztgenannten Fällen in Betracht.

Sofern die Entziehung nicht gegen den Willen der Berechtigten, sondern mit deren Zustimmung erfolgt, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 133 StGB von vorneherein aus.³⁰⁹

5. Rechtsbeugung gem. § 339 StGB durch Legierte Aktenführung

Ist an der Legierten Kontrolle ein Staatsanwalt beteiligt,³¹⁰ kann sich für ihn ein Strafbarkeitsrisiko aus § 339 StGB ergeben. Die Norm stellt die Rechtsbeugung eines Amtsträgers bei der Entscheidung in einer Rechtssache zum Nachteil einer Partei unter Strafe. Bei dem echten Sonderdelikt³¹¹ kommen nur Amtsträger als Täter in Frage, die ähnlich einem Richter eine Rechtssache leiten oder entscheiden können.³¹² Das trifft nach überwiegender Ansicht auf Staatsanwälte im Ermittlungsverfahren zu; sie leiten zunächst die Strafsache. Daher können sie sich etwa bei der Entscheidung über die Einstellung eines Verfahrens,³¹³ bei der Anklageerhebung³¹⁴ oder auch bei der Beantragung von Zwangsmaßnahmen³¹⁵ der Rechtsbeugung schuldig machen.³¹⁶

„Recht“ im Sinne von § 339 StGB umfasst jedenfalls positives materielles und formelles Recht. Eine Beugung liegt dann vor, wenn dieses objektiv und eindeutig falsch angewendet wird.³¹⁷ Der BGH setzt darüber hinaus einen bewussten und elementaren Rechtsbruch voraus; eine bloße Falschanwendung soll nicht ge-

³⁰⁹ OLG Düsseldorf, NStZ 1981, 25 f.

³¹⁰ Dies ist in der Praxis ein weniger häufiger, aber freilich denkbarer Fall.

³¹¹ *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 19; *Schmedding*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 339 Rn. 1.

³¹² Vgl. *Schmedding*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, § 339 Rn. 3. Dabei wird keine sachliche Unabhängigkeit vorausgesetzt; es reicht vielmehr das Auftreten im Außenverhältnis zu Bürgern aus, *Kuhlen*, in: Kindhaus/Neumann/Paeffgen, StGB, § 339 Rn. 19; *Maiwald*, NJW 1993, 1881, 1885; vgl. auch *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 11.

³¹³ BGHSt 38, 381; 40, 169, 176.

³¹⁴ BGHSt 41, 247; in jüngerer Zeit BGH, NJW 2018, 322.

³¹⁵ BGHSt 41, 247, 249; vgl. ferner BGHSt 43, 183, 187 f.: Vereitelung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.

³¹⁶ BGHSt 32, 357, 359; 38, 381, 382; vgl. *Fischer*, StGB, § 339 Rn. 6; *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 12; *Wagner*, JZ 1987, 658, 659; a. A. *Seebode*, in: FS Lenckner, S. 585, 596.

³¹⁷ OLG Bremen, NStZ 1986, 120; KG, NStZ 1988, 557; *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 26. Zu der früher vertretenen subjektiven Theorie s. nur *von Weber*, NJW 1950, 272, 275; zur Pflichtverletzungslehre *Rudolphi*, ZStW 82 (1970), 610, 627 ff.

nügen.³¹⁸ Eine Rechtsbeugung ist demnach erst dann anzunehmen, wenn sich die Entscheidung als unvertretbar und objektiv willkürlich erweist.³¹⁹ Der BGH begründet die Restriktion mit dem Charakter als schwerer Straftat, mit dem es unvereinbar wäre, „jede unrichtige Rechtsanwendung und jeden Ermessensfehler in den Schutzbereich der Norm einzubeziehen“. ³²⁰ Telos sei stattdessen, „den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege unter Strafe zu stellen“. ³²¹ Täter ist daher nur, wer „sich bewusst in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet“. ³²² Geschützt ist somit die Rechtspflege insgesamt vor Angriffen aus dem Inneren. ³²³

Ferner muss die Rechtsbeugung sich als Erfolg zugunsten oder zum Nachteil einer Partei auswirken. ³²⁴ Im Strafverfahren sind Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft Parteien im Sinne des § 339 StGB. ³²⁵ Einer Korrelation von Besser- oder Schlechterstellung bedarf es für die Tatbestandsverwirklichung jedoch nicht. ³²⁶

Übertragen auf die Legendierte Kontrolle sind mehrere Handlungen denkbar, die im Einzelfall den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllen könnten.

a) Antrag auf Haftbefehl

Folgt der Legendierten Kontrolle der Antrag auf Haftbefehl nach, legt die Staatsanwaltschaft dem Ermittlungsrichter wie gesehen oftmals nicht den vollständigen Sachverhalt offen, obwohl er dazu verpflichtet wäre. ³²⁷ Dies kann sowohl einerseits zugunsten des Kuriers wirken, der nicht wegen aller vorwerfbarer Delikte beschuldigt wird, als auch andererseits zu seinem Nachteil, da ein potenzielles Beweisverwertungsverbot nicht berücksichtigt wird.

Die Inhaftierung des Beschuldigten ist die wohl schwerwiegendste mögliche Zwangsmaßnahme und steht im Spannungsverhältnis zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG,

³¹⁸ BGHSt 32, 357; 47, 105; *Herdegen*, NSTZ 1999, 456; äußerst krit. angesichts der Restriktion aber *Spendel*, NJW 1996, 809, 810 f.; *Seebode*, in: FS Lenckner, S. 585, 605; *Schulz*, StV 1995, 206, 208 f.

³¹⁹ *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 30; s. auch *Wohlers/Gaede*, GA 2002, 483, 484. Zur teils scharfen Kritik der Lit. s. *Mückenberger*, in: AK-StGB, § 339 Rn. 34 m.w.N.

³²⁰ BGHSt 38, 381, 383.

³²¹ BGHSt 38, 381, 383.

³²² BGHSt 38, 381, 383; vgl. eingehend *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 42 ff.

³²³ BGHSt 40, 272, 275; 41, 247, 248; 43, 183, 189; *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 12; *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 1.

³²⁴ Zum Erfolgsdeliktscharakter des § 339 StGB *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 339 Rn. 7; *Wohlers/Gaede*, GA 2002, 483, 490.

³²⁵ *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 58.

³²⁶ *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 60 m.w.N.

³²⁷ Zur Rechtsbeugung durch Sachverhaltsverfälschung s. *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 41.

Art. 104 GG und der Unschuldsvermutung.³²⁸ Ein absichtlich unzutreffender Antrag auf Erlass eines Haftbefehls begründet die Gefahr einer ungerechtfertigten Inhaftierung und stellt vor diesem Hintergrund einen elementaren Rechtsverstoß dar. Auch die Rechtsprechung geht daher davon aus, dass das Beantragen eines Haftbefehls im Einzelfall den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllen kann.³²⁹ Da es im Rahmen der Rechtsbeugung bereits genügt, dass die Verletzung von Verfahrensrecht die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung begründet, ist der objektive Tatbestand dann bereits bei Beantragung des Haftbefehls erfüllt, ohne dass es der richterlichen Entscheidung bedarf.³³⁰

Somit kommt es darauf an, ob der handelnde Staatsanwalt die Rechtsbeugung vorsätzlich begeht. Nach inzwischen herrschender Meinung reicht *dolus eventualis* auf subjektiver Tatbestandsseite aus.³³¹ Ein Teil der Stimmen nimmt dennoch an, dass der Rechtsverstoß bewusst erfolgen muss.³³²

Auf die Legendierte Kontrolle übertragen bedeutet das: Sofern ein Staatsanwalt von der Polizei nicht entsprechend informiert wurde, was jedenfalls in der Vergangenheit bereits vorgekommen ist,³³³ scheidet eine Rechtsbeugung aus. Der Fall, dass der Staatsanwalt umfassend im Bilde ist, ist jedoch umstritten. Eine Ansicht führt die Leitentscheidung des BGH aus 2017 dafür an, dass angesichts dieser Ausführungen in Zukunft allen Staatsanwälten bewusst sein werde, dass die Legendierte Aktenführung einen Rechtsverstoß darstelle.³³⁴ Von Relevanz ist die folgende Passage:

„Das Verhalten der Ermittlungsbehörde, die in Frankfurt a.M. geführten Hintergrundermittlungen gegen den Angekl. zunächst nicht aktenkundig zu machen und damit dem Ermittlungsrichter in Limburg einen unvollständigen Sachverhalt zu un-

³²⁸ Vgl. BVerfGE 19, 342, 349; 53, 152, 158 f.; BVerfG, NJW 2006, 668, 669; BVerfG, NJW 2012, 513; *Böhm/Werner*, in: MüKo StPO, § 112 Rn. 1 m.w.N.

³²⁹ BGHSt 41, 247, 249; BGH, NStZ-RR 1999, 43; BGH, JR 2000, 246; vgl. auch BGH, NStZ 2018, 150, 151; ebenso *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 28 m.w.N.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 339 Rn. 3; *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 12; *Wagner*, JZ 1987, 658, 660; s. auch *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 251; *Börner*, StraFo 2018, 1, 6; a.A. *Fischer*, StGB, § 339 Rn. 7; *Seebode*, in: FS Lenckner, S. 585, 596.

³³⁰ BGHSt 42, 343, 345 und 351; BGH, NStZ-RR 2001, 243, 244; *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 59; anders aber *Dallmeyer*, GA 2004, 540, 542; krit. auch *Spendel*, JZ 1998, 85, 87.

³³¹ Zu den historisch-genetischen Hintergründen *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 5 m.w.N.; aus der Rspr. s. nur BGHSt 40, 272, 276; BGH, NStZ 2013, 655, 657; BGH, NStZ 2015, 651, 653; ebenso *Maiwald*, NJW 1993, 1881, 1888 f.; *Spendel*, NJW 1996, 809 ff.; einen krit. Überblick zur Entwicklung der Rspr. bietet *Lehmann*, NStZ 2006, 127, 128 ff.

³³² *Heine/Hecker*, in: Schöne/Schröder, StGB, § 339 Rn. 14 m.w.N.; *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 65 ff.; in diese Richtung auch StA Osnabrück, StraFo 2013, 433; keine Rechtsbeugung bei bloß „vage[r] Vermutung“.

³³³ S. etwa BGHSt 62, 123, 127 f.

³³⁴ *Börner*, StraFo 2018, 1, 6.

terbreiten, ist im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich. Grundsätzlich muss sich aus den Akten ergeben, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt worden sind und welchen Erfolg sie gehabt haben. Zwar besteht bei Gefährdung des Untersuchungszwecks unter anderem nach § 147 II 1 StPO die Möglichkeit, dem Verteidiger vor Abschluss der Ermittlungen die Einsicht in die Akten insgesamt oder teilweise zu versagen. Auch die Unterrichtung über die durchgeführte Observation konnte aus diesem Grund bis zu zwölf Monate ohne richterliche Zustimmung zurückgestellt werden (vgl. § 101 IV 1 Nr. 11, V, VI 1 StPO). Jedoch muss das im Vorverfahren tätige Gericht – hier der Ermittlungsrichter in Limburg – den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können, denn es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen (BVerfG, StV 2017, 361 [362 f.] = BeckRS 2016, 50709). Eine etwaige Aktenunvollständigkeit hat die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens zu vertreten. Sie hat für ein justizförmiges Verfahren – auch durch ihre Ermittlungspersonen – zu sorgen. Sie trägt die Grundverantwortung für die rechtlich einwandfreie Beschaffung der Beweismittel (BVerfG, StV 2017, 361 = BeckRS 2016, 50709).³³⁵

Die Gegenmeinung beruft sich ebenfalls auf das benannte Urteil, interpretiert es aber im Gegenteil gerade so, dass dessen Verzicht auf rechtliche Konsequenzen bei der Subsumtion des § 339 StGB künftig gegen eine bewusste Rechtsverletzung spreche. Tatsächlich stellte sich das Gericht auf den Standpunkt, die Legendierte Aktenführung zeitige nicht unbedingt Auswirkungen.³³⁶ Denn es heißt weiter:

„Welche Konsequenzen sich aus einem Verstoß gegen die vorskizzierten Maßstäbe ergeben würden, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls.

Hier sind die Erkenntnisse der Kriminalpolizei Frankfurt a.M. zu den Observations- und Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen mehrere Wochen vor Anklageerhebung zur Akte gelangt und der Verteidigung unverzüglich durch die Staatsanwaltschaft übermittelt worden. Damit war dem Angekl. die Möglichkeit eröffnet, sich in Kenntnis aller ihn belastenden Umstände durch rechtzeitige Benennung seiner Mitäter und umfassende Aufdeckung der Tat gem. § 31 BtMG die Stellung eines Kronzeugen zu verschaffen. [...] Die Verteidigungsrechte des Angekl. in der Hauptverhandlung waren damit in keiner Weise berührt (vgl. BGH, NSTz 2010, 294 = NJW 2010, 2452 Ls. sowie Müller/Römer, NSTz 2012, 543 [545]).

Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zuungunsten des Angekl. ergeben.³³⁷

Der Auffassung, eine bewusste Rechtsverletzung scheide vor diesem Hintergrund aus, kann jedoch nicht gefolgt werden. Zwar hat der 2. Strafsenat im vorliegenden Fall keinen Verstoß gegen das faire Verfahren festgestellt, der sich auf

³³⁵ BGHSt 62, 123, 142 f.

³³⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 252, der folglich eine bewusste Rechtsverletzung verneint.

³³⁷ BGHSt 62, 123, 143 f.

das Urteil ausgewirkt hat. Nichtsdestotrotz spricht auch er explizit von einem *Verstoß*, zumindest gegen die Grundsätze der Aktenführung. Im Rahmen des § 339 StGB muss die Frage daher richtigerweise nicht lauten, ob eine Rechtsverletzung durch Legendierte Aktenführung bewusst erfolgt,³³⁸ sondern ob sie erheblich ist.

Dagegen mag einerseits sprechen, dass der BGH angesichts der späteren Aufklärung keine Konsequenzen für notwendig erachtet hat. Zu bedenken ist aber andererseits, dass wichtige Prozessgrundrechte auf dem Spiel stehen. § 339 StGB enthält keine objektive Bedingung der Strafbarkeit, d.h. die Wertung, ob ein Rechtsverstoß bewusst und erheblich ist, muss bereits ausgehend vom Zeitpunkt der Tathandlung getroffen werden. Das ist vorliegend der Moment, in dem ein Staatsanwalt einen Haftbefehl beantragt, ohne die Legendierte Kontrolle als solche offenzulegen. Zu diesem Zeitpunkt steht noch nicht fest, ob die Legendierung noch aufgelöst wird. Daher sprechen die besseren Gründe dafür, dass es einen schweren und bewussten Rechtsverstoß darstellen kann, wenn ein Staatsanwalt vorsätzlich Antrag auf Haftbefehl stellt, ohne die Legendierung aufzuheben.³³⁹

b) Unvollständige Anklageerhebung

Löst die Staatsanwaltschaft die Legendierte Aktenführung auch nach Abschluss der Ermittlungen nicht auf, kommt es unter Verstoß gegen das Legalitätsprinzip zu einer Anklageerhebung auf Grundlage eines falschen – da zumindest unvollständigen – Sachverhalts.³⁴⁰ Die Anklageerhebung mit gezielt unzutreffendem Sachverhalt erfüllt den objektiven Tatbestand des § 339 StGB – wie bereits erwähnt auch, wenn die Anklage zugunsten des Angeklagten weniger schwere Vorwürfe aufstellt, als sie könnte bzw. müsste.³⁴¹

Eine Strafbarkeit gem. § 339 StGB scheidet nur dann sicher aus, wenn der handelnde Staatsanwalt selbst nicht von der Polizei über den vollständigen Sachverhalt informiert wurde.³⁴²

³³⁸ So aber *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 252.

³³⁹ Vgl. auch *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30d unter Verweis auf das Legalitätsprinzip.

³⁴⁰ Vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 251.

³⁴¹ *Bange*, in: BeckOK StGB, § 339 Rn. 14.1; vgl. auch *Fischer*, StGB, § 339 Rn. 7; ebenso StA Osnabrück, StraFo 2013, 433, 434 und GenStA Oldenburg, StraFo 2013, 434, die allerdings wenig überzeugend argumentieren, dem beschuldigten Staatsanwalt sei nicht bewusst gewesen, dass das Erheben einer unvollständigen Anklage rechtlich zu beanstanden sei bzw. ein willkürliches Verhalten sei nicht anzunehmen; dazu krit. *Becker*, StraFo 2013, 435, 436: „Rettungsreflex“; vgl. weiter *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30d; *Börner*, StraFo 2018, 1, 6.

³⁴² Vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 252f.; *Keiser*, StraFo 2013, 436, 438f.; *Börner*, StraFo 2018, 1, 6; a.A. nicht überzeugend StA Osnabrück, StraFo 2013, 433f.; GenStA Osnabrück, StraFo 2013, 434f. Im Übrigen ist vollständigkeitshal-

6. Strafvereitelung im Amt gem. §§ 258, 258a StGB

Wird die Legendierte Aktenführung nicht aufgehoben und werden dadurch etwa belastende Beweise betreffend weitere Straftaten unterschlagen, kann das sogar den Tatbestand der Strafvereitelung im Amt erfüllen. Gem. §§ 258 Abs. 1, 258a StGB macht sich ein Täter, der als Amtsträger zur Mitwirkung bei dem Strafverfahren berufen ist, strafbar, wenn er absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft wird. Täter können sowohl Beamte der Polizei als auch der Staatsanwaltschaft sein.³⁴³

Bereits die Pönalisierung der Strafvereitelung demonstriert deutlich, dass sich ermittlungstaktische Überlegungen aufgrund der Legalitätspflicht spätestens ab dem Verfahrensstadium der Anklageerhebung verbieten.³⁴⁴ Im Gegensatz zu § 339 StGB setzen die §§ 258, 258a StGB direkten Vorsatz voraus. Im Rahmen der Legendierten Kontrolle ist es angesichts der Zwickmühle, in dem sich die Ermittlungsbehörden befinden, durchaus denkbar, dass sich ein Beamter bewusst für die Besserstellung eines Beschuldigten bzw. Angeklagten zugunsten der Ermittlungen gegen weitere Beteiligte entscheidet.³⁴⁵

Zu beachten ist, dass der Rechtsbeugung gem. § 339 StGB eine sog. Sperrwirkung gegenüber anderen Delikten zukommt. Die Norm verdeutlicht, dass Staatsanwälte und Richter einer eingeschränkten strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei der Entscheidung einer Rechtssache unterliegen.³⁴⁶ Daher ist eine Strafbarkeit gem. §§ 258 f. StGB nur möglich, wenn dasselbe Verhalten wegen § 339 StGB strafbar ist.³⁴⁷ Das bewusste Unterlassen einer vollständigen Anklage, etwa auch wegen Einführens von Betäubungsmitteln, erfüllt diese Voraussetzung. Ein Staatsanwalt kann sich durch dieses Verhalten in Tateinheit auch wegen Strafvereitelung im Amt strafbar machen.³⁴⁸ Anders als im Rahmen des § 339 StGB sind zudem auch Polizeibeamte grundsätzlich taugliche Täter der Strafvereitelung im

ber anzumerken, dass auch eine absichtliche Verfahrensverzögerung den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllen kann, s. BGHSt 47, 105.

³⁴³ BGHSt 62, 312; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 5; *Cramer*, in: MüKo StGB, § 258a Rn. 4; in Zusammenhang mit Legendierten Kontrollen *Keiser*, StraFo 2013, 436, 438 f.; ähnlich *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 253.

³⁴⁴ Näher *Keiser*, StraFo 2013, 436, 437 unter Verweis auf den Legalitätsgrundsatz.

³⁴⁵ So lag der Fall offenbar bei dem der Entscheidung der GenStA Oldenburg zugrunde liegenden Sachverhalt in GenStA Oldenburg, StraFo 2013, 434; dazu krit. *Keiser*, StraFo 2013, 436, 438 f.

³⁴⁶ *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 71.

³⁴⁷ Grundlegend *Radbruch*, SJZ 1946, 105, 108 (zit. nach *Uebele*, in: MüKo StGB, § 339 Rn. 71 Fn. 309); BGHSt 10, 294, 298 f.; 32, 357, 364; 40, 125, 136; 41, 247, 255; OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1374, 1375; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 1469 f.; OLG Naumburg, NJW 2008, 3585, 3587; OLG Oldenburg, BeckRS 2016, 05345.

³⁴⁸ Vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 253 unter Verweis auf *Keiser*, StraFo 2013, 436, 438 f.

Amt³⁴⁹ – etwa, wenn sie vorsätzlich Ermittlungsergebnisse unvollständig an die Staatsanwaltschaft weiterleiten und dadurch die vollständige Anklageerhebung verhindern.

7. Falsche uneidliche Aussage gem. § 153 StGB

Schließlich darf die Legendierung auch wegen § 153 StGB nicht vor Gericht aufrechterhalten werden: Wer vor Gericht oder vor einer anderen zur eidlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen zuständigen Stelle als Zeuge oder Sachverständiger uneidlich falsch aussagt, macht sich gem. § 153 StGB strafbar. Daher besteht ein Strafbarkeitsrisiko, wenn etwa ein Ermittler bewusst wahrheitswidrig als Zeuge erklärt, der Drogenfund sei zufällig erfolgt.³⁵⁰

8. Zusammenfassung

Mithin ergibt sich, dass die Legendierte Aktenführung einer Rechtsgrundlage entbehrt und einzig die Zurückstellung der Akteneinsicht bis zum Abschluss der Ermittlungen rechtmäßig ist. Erfolgt dennoch eine Legendierung, kann das sogar strafrechtliche Konsequenzen für die Amtsträger nach sich ziehen. Je nach Einzelfall kann der Tatbestand der Urkundenfälschung, Urkundenunterdrückung, des Verwahrungsbruchs im Amt, der Rechtsbeugung, der Strafvereitelung im Amt und – sofern die Legendierung auch als Zeuge vor Gericht wiedergegeben wird – der falschen uneidlichen Aussage erfüllt werden.

Grundsätzlich ist dem Betroffenen zwar auch insofern ein Notwehrrecht eröffnet.³⁵¹ Es fragt sich jedoch, wie dieses aussehen sollte. Ebensowenig führt die Legendierte Aktenführung vor Eröffnung des Hauptverfahrens zu einem Beweisverwertungsverbot oder gar einem Verfahrenshindernis.

³⁴⁹ BGH, wistra 2002, 260; OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 332; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 258a Rn. 5.

³⁵⁰ Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30c. In der Vergangenheit habe die Staatsanwaltschaft Osnabrück ein solches Verfahren eingestellt, da die Schuld des betreffenden Polizisten angesichts dessen notstandsähnlichen Lage als gering anzusehen gewesen sei. Hauck schlägt zur Lösung dieses Problems vor, entsprechende Befragungen gezielt auf die Umstände der Kontrolle zu beschränken und den Anlass auszuklamern, *ders.*, a. a. O.

³⁵¹ Vgl. bereits näher unter 4. Kap. C. II. 2. b).

6. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege ferenda

Die bisherigen Erwägungen haben ergeben, dass Legendierte Kontrollen aus mehreren Gründen unrechtmäßig sind und darüber hinaus zu Beweisverwertungsverboten führen müssten. Zugleich betont die Strafverfolgungspraxis ein großes Bedürfnis nach wirksamen Instrumenten zur Bekämpfung von Organisierter Drogenkriminalität.¹ Dieses Bedürfnis ist nicht nur für sich genommen legitim, es ist auch Aufgabe und Verpflichtung des Rechtsstaates, seine Bürger wirksam vor Kriminalität zu schützen.² Insofern befinden sich die Ermittlungsbehörden derzeit in einer Zwickmühle. Daher haben bereits einige Stimmen erwogen, diese durch eine gesetzlich zu schaffende Spezialermächtigung für Legendierte Kontrollen aufzulösen.³ Die Möglichkeit einer Legendierten Kontrolle de lege ferenda soll im Folgenden näher untersucht werden. In einem ersten Schritt wird die Ausgangslage des Gesetzgebers abgesteckt, konkret ob bzw. aus welchem Grund die Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Regelung besteht, ob darüber hinaus hier gar eine Verpflichtung zum legislativen Eingreifen besteht und ob ein solches opportun wäre. Anschließend ist eine konkrete Ausgestaltung de lege ferenda in den Blick zu nehmen.

A. Vorfragen

I. Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Regelung prima vista

Angesichts des ungebrochenen Interesses der Strafverfolgungspraxis an dem Ermittlungsinstrument ist zuvorderst zu fragen, ob eine verfassungskonforme Legendierte Kontrolle de lege ferenda überhaupt möglich wäre. Zur Beantwortung der Frage soll nochmals die Prämisse in Erinnerung gerufen werden, dass eine Legendierte Kontrolle aus bestimmten Grundelementen besteht:

¹ S. etwa Jäger, JA 2018, 551, 553; vgl. auch Brodowski, JZ 2017, 1124, 1128.

² S. sogleich näher unter 6. Kap. A. II. 1.

³ Den Gesetzgeber adressierend Wohlers/Jäger, in: SK-StPO, § 105 Rn. 5c; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30e; Gercke, in: HK-StPO, § 105 Rn. 6; Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 37s; Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, 572, 576; Müller/Römer, NSTz 2012, 543, 547; Löffelmann, JR 2017, 596, 600; Brodowski, JZ 2017, 1124, 1128; Jäger, JA 2018, 551, 553; zurückhaltend Herzog, in: FS Schlotthauer, S. 37, 42; a. A. Kempf, der eine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage für ausgeschlossen hält, ders., in: FS Fischer, S. 673, 685.

In den betreffenden Sachverhalten soll die Legendierte Kontrolle die Organisierte Drogenkriminalität bekämpfen, indem (i) eine gerade stattfindende Straftat unterbrochen und Beweise für das gerichtliche Verfahren sichergestellt, aber dadurch (ii) die laufenden Hintergrundermittlungen gegen andere Beteiligte derselben kriminellen Organisation nicht beeinträchtigt werden. Demnach ist eine Legendierte Kontrolle als konkret wirksam einzustufen, wenn (i) die Beschlagnahme des gesuchten Rauschgifts gelingt, und (ii) die Täuschung erfolgreich ist, sodass die Kontrolle nicht kausal zur Aufdeckung der Hintergrundermittlungen führt, auf die die weiteren Tatbeteiligten bzw. Mitglieder des kriminellen Netzwerkes reagieren könnten. Den Kern der Legendierten Kontrolle bildet die *kumulative Erreichung beider Ziele*. Denn sonst könnte die Durchsuchung entweder klassisch gem. §§ 102, 105 StPO erfolgen oder aber ganz unterbleiben. Erst die zielgerichtete Kombination von Durchsuchungs- und Täuschungselement macht die Legendierte Kontrolle als eigenständige Ermittlungsmaßnahme aus. Diese Kernelemente und -ziele müssten folglich auch Teil einer hypothetischen Neuregelung sein.

1. Verfassungskonforme Implementierung des Täuschungselements

Wie bereits dargelegt, ist das Grundrecht der Menschenwürde nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich nicht durch eine Täuschung betroffen.⁴ Eine Täuschung kann hingegen wie gesehen das Grundrecht auf ein faires Verfahren berühren. Die Neuregelung dürfte demnach nicht so weitgehend sein, dass den Betroffenen ihre Chancengleichheit genommen oder der *nemo tenetur*-Grundsatz unterlaufen würde.⁵ Soweit die Täuschung etwa zu verminderten Rechtsschutzmöglichkeiten führt, sollte die Ausgestaltung *de lege ferenda* einen Ausgleich vorsehen, um den Beschuldigtenrechten dennoch zur Geltung zu verhelfen. Die Beeinträchtigung muss zudem weitestmöglich eingehegt werden, was u. a. über verschiedene Kautelen zu erreichen wäre, wie einen bestimmten Grad des Tatverdachts, Vorgaben über die anordnende Stelle und die vorausgesetzte Schwere des Vorwurfs als Eingriffsschwellen.⁶

⁴ 3. Kap. A.I. Eine strafprozessuale Maßnahme, die sich eines Täuschungselements bedient, wäre angesichts der bereits bestehenden Befugnisse auch nicht systemfremd.

⁵ Vgl. Jäger, JA 2018, 551, 553.

⁶ Im Überblick Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 5. Ein Ansatz bei der Bekämpfung von schwerer Kriminalität ist der Gedanke eines sog. Feindstrafrechts, das bei bestimmten Tätergruppen auf Sicherungsmechanismen für die Beschuldigtenrechte zugunsten einer effektiveren Strafverfolgung verzichten möchte, dazu grundlegend Jakobs, ZStW 97 (1985), 751; ders., HRRS 2004, 88; ders., HRRS 2006, 289; dagegen Landau, NStZ 2007, 121, 122. Ebenfalls gegen eine solche Aberkennung von Rechten in einem Rechtsstaat und strikt abl. Schünemann/Roxin, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 4; eingehend Hörnle, GA 2006, 80; näher zu materiellen und prozessualen Inhalten des Feindstrafrechts Morguet, Feindstrafrecht, S. 40 ff.; einen Überblick zur Diskussion bietet ferner Greco, GA 2006, 96, alle m.w.N.

Der Umstand, dass eine Neuregelung zwingend eine Täuschung beinhalten würde, schließt also jedenfalls nicht von vornherein die Konformität mit der Verfassung aus, zumal die Täuschung im Rahmen der Legendierten Kontrolle nicht darauf zielen soll, den Adressaten zu einer selbstbelastenden Aussage zu bewegen.

2. Geeignetheit hypothetisch rechtmäßiger Legendierter Kontrollen

Darüber hinaus ist aber zu fragen, ob eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda funktionieren, also tatsächlich zum Auffinden der gesuchten Substanzen unter Hervorrufung eines Irrtums des Kuriers und dessen Hintermänner führen wird. Der bloße Einsatz durch die Praxis beweist dies noch nicht.⁷

Diese Frage nach den Erfolgsaussichten des Instruments stellt sich nicht lediglich aus rein pragmatischen Gründen, sondern ist auch verfassungsrechtlich als Facette des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (sog. Übermaßverbot) geboten. Denn eine Rechtsgrundlage für Eingriffe kann nur dann angemessen oder verhältnismäßig im engeren Sinne sein, wenn jene zur Erreichung eines legitimen Zweckes geeignet sind.⁸ Die Maßgabe wird sehr weit verstanden, sodass das BVerfG es schon für ausreichend erachtet, wenn mit Hilfe des Mittels der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.⁹ Die Methode muss also nicht die optimale sein, sondern die bloße Möglichkeit, der Erfolg werde erreicht werden, genügt.¹⁰

Die Strafverfolgungspraxis hat in der Debatte um Legendierte Kontrollen stets deren enorme Wichtigkeit für groß angelegte Ermittlungen betont und nimmt deren Wirksamkeit zumeist ohne nähere Begründung an. Tatsächlich ist der besondere Wert der Legendierten Kontrolle als Ermittlungsinstrument aber keineswegs belegt.¹¹

So ist bereits nirgends erfasst, wie häufig die Legendierte Kontrolle tatsächlich eingesetzt wird.¹² Erst recht ist nicht klar, wie hoch die Quote ist, bei der die Legendierte Kontrolle von Erfolg gekrönt ist, wenn der Erfolg wie soeben ausgeführt als Auffinden des gesuchten Rauschgifts unter gleichzeitigem Irrtum des Kuriers und der weiteren Mitglieder der kriminellen Organisation definiert ist.

Für eine Wirksamkeit der Legendierten Kontrolle spricht die These, dass die Behörden ökonomisch, also zweckrational handeln – Methoden, die nicht funk-

⁷ Näher sogleich.

⁸ Vgl. BVerfGE 141, 220, 265; 67, 157, 173; 70, 278, 286.

⁹ BVerfGE 30, 292, 316; 63, 88, 115.

¹⁰ BVerfGE 115, 276, 308; 67, 157, 173, 175.

¹¹ Wohl ebenfalls an der Notwendigkeit der Legendierten Kontrollen zweifelnd *Lenk*, StV 2017, 692; a. A. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 265 ff.

¹² *Alivater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 4.

tionieren, werden nicht mehr eingesetzt; solche, die sich bewähren, beibehalten. Dass eine solche Selbstregulierung gelingt, ist aber lediglich eine Theorie. Zudem bleibt das Problem der fehlenden Messbarkeit des Erfolgs. Wie gut Legendierte Kontrollen funktionieren, ist nämlich nicht nur für Außenstehende schwer zu bewerten, sondern auch für Interne.

a) Wirksamkeit des Durchsuchungselements

Am leichtesten ließe sich – bei entsprechenden Erhebungen – überprüfen, wie oft die Durchsuchung erfolgreich verläuft, also das gesuchte Rauschgift aufgefunden wird. Prinzipiell lässt sich sagen: Je umfassender und eindeutiger die Ergebnisse der Hintergrundermittlungen, desto wahrscheinlicher ist eine erfolgreiche Durchsuchung. In den höchstrichterlich entschiedenen Fällen lag der Sachverhalt teils so, dass die Polizei bzw. der Zoll mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen konnte, das Rauschgift bei einer Durchsuchung beschlagnahmen zu können. Ob eine hohe Trefferquote repräsentativ ist und wie viele Legendierte Kontrollen durchgeführt werden, bei denen keine verbotenen Substanzen sichergestellt bzw. beschlagnahmt werden können, ist zwar unklar. An der Geeignetheit der Durchsuchung im verfassungsrechtlichen Sinne bestehen aber keine Zweifel.

b) Wirksamkeit des Täuschungs- und Irrtumsmoments

Zweifel stellen sich jedoch hinsichtlich des Täuschungs- und Irrtumsmoments, das die Behörden erreichen wollen.

Bereits im Ansatz ist sehr viel schwerer messbar, ob eine Täuschung gelungen ist – wie soll evaluiert werden, ob weder der Kurier noch dessen Komplizen misstrauisch geworden sind? Schließlich können die Beschuldigten nicht danach gefragt werden.

Nicht nur, dass der Erfolg der Täuschung kaum belegbar ist – es gibt sogar konkrete Faktoren, die dagegen sprechen: Es ist zu bedenken, dass jede gestoppte Fahrt auf Täterseite Misstrauen wecken kann, ganz gleich wie überzeugend die schauspielerische Leistung der Polizeibeamten sein mag. Immerhin steht für den Kurier und die weiteren Tatbeteiligten viel auf dem Spiel. Um die Legendierte Kontrolle als Misserfolg zu qualifizieren, reichen schon leise Zweifel der Gegenseite aus, wenn jene dazu führen, dass die Beteiligten vorsichtshalber in der Zukunft auf andere Routen ausweichen, andere Kommunikationskanäle nutzen, von Einreisen absehen etc.

Aus Sicht der Ermittlungsbehörden soll nicht nur auf einer ersten Ebene der Kurier irren, sondern dem Irrtum müssen gerade auch die Organisatoren des Transports unterliegen. Von dem Ablauf der Durchsuchungssituation erfahren die Hintermänner aber nur mittelbar, wenn überhaupt. Details zur Plausibilisierung

der Legende werden die Personen, auf die es der Polizei ankommt, oftmals nicht erreichen. Es ist auch fragwürdig, ob die betreffenden Köpfe auf das Vorgehen „hereinfallen“, zumal nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung auf höheren Ebenen großer krimineller Organisationen meist hochintelligente, rational denkende Personen agieren.¹³ Das gilt umso mehr, als das Instrument Legendierte Kontrolle bereits zum jetzigen Zeitpunkt in kriminellen Kreisen bekannt sein dürfte – entsprechende „Warnhinweise“ aus der Szene kursieren bereits jetzt im Internet. Ihre bloß abstrakte Bekanntheit entwertet eine täuschende polizeiliche Methode zwar nicht *per se*. Als Beispiel dafür kann etwa der Einsatz von Verdeckten Ermittlern, der sogar kodifiziert ist, sowie von V-Personen herangezogen werden. Obwohl beide Ermittlungsinstrumente seit geraumer Zeit weithin bekannt sind, werden sie mit einigem Erfolg zur Bekämpfung schwerer Kriminalität eingesetzt.¹⁴ Im Unterschied dazu liefern die Behörden im Fall einer Legendierten Kontrolle den Verdächtigen oder Beschuldigten aber mit der polizeilichen Durchsuchung einen Anlass für eine Strategieänderung.¹⁵ Dieses Signal erfolgt bei der Infiltrierung krimineller Netzwerke durch die Polizei nicht.

Allerdings besteht dennoch die Möglichkeit, dass die Beteiligten im Einzelfall auf die Legende hereinfallen. Zudem hat die Legendierte Kontrolle einer offenen Durchsuchung voraus, dass sie die Hintergrundermittlungen nicht eindeutig aufdeckt – Misstrauen ist nicht gleichbedeutend mit Wissen. Da es sich bei Organisierter Drogenkriminalität um wirtschaftlich motivierte Kriminalität handelt,¹⁶ besteht ebenfalls die Möglichkeit, dass die Verantwortlichen bei einer Abwägung von Risiko und Aufwand gegen eine Reaktion auf die Kontrolle entscheiden, um Transaktionskosten, die z. B. bei einem Wechsel der Kommunikationskanäle entstünden, zu minimieren.

Die These, es handele sich um ein hochwirksames, gar notwendiges Mittel im Kampf gegen Organisierte Kriminalität, vermag nicht ohne weiteres zu überzeugen; vielmehr sprechen die genannten naheliegende Gründe gegen diese Annahme.¹⁷ Das gilt erst recht für eine Legendierte Kontrolle *de lege ferenda*, denn es ist nicht ersichtlich, wie sie so ausgestaltet werden könnte, dass sie im Vergleich zum jetzigen Stand glaubhafter, also wirksamer wäre. Stattdessen wird die Methode mit steigender Bekanntheit im Laufe der Zeit immer weiter an Wirk-

¹³ Vgl. 2. Kap. A.

¹⁴ Rönnau, JuS 2015, 19.

¹⁵ So ist anzunehmen, dass die Zielpersonen mit *Altwater* schlussfolgern: „Über die Häufigkeit legendierter Kontrollen lässt sich nur spekulieren; es steht aber zu vermuten, dass ein Großteil der gleichsam zufälligen Aufgriffe von Betäubungsmitteln in Grenznähe nicht auf die Intuition der handelnden Beamten, sondern auf Erkenntnisse zurückzuführen ist, die bei strafrechtlichen Ermittlungen gewonnen wurden“, *ders.*, in: FS Schlothauer, S. 3, 4.

¹⁶ 2. Kap. A. II. 1.

¹⁷ Wohl ebenfalls skeptisch Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, 38; a. A. etwa Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 265 ff., allerdings ohne nähere Begründung.

samkeit verlieren. Aus kriminalistischer Sicht ist eine neue Rechtsgrundlage, um der Legenden Kontrolle zur Legalität zu verhelfen, daher zweifelhaft.¹⁸ Jedoch kann nicht bestritten werden, dass jedenfalls die Möglichkeit besteht, das „Doppelziel“ der Beschlagnahme unter Irrtum der Beteiligten zu erreichen. Folglich wäre eine Ermächtigungsgrundlage für Legendierte Kontrollen im verfassungsrechtlichen Sinne zur Abwehr Organisierter Kriminalität geeignet und nicht in dieser Hinsicht unverhältnismäßig.

II. Gesetzgeberische Pflicht zum Erlass einer neuen Ermächtigungsgrundlage?

In der Vergangenheit hat eine Literaturstimme nicht nur die Möglichkeit, sondern gar die Verpflichtung der Behörden propagiert, Legendierte Kontrollen (de lege lata) einzusetzen.¹⁹

Es ist jedoch ausgeschlossen, dass Behörden dazu verpflichtet sind, eine rechtswidrige Maßnahme anzuwenden. Nicht nur, dass das der Einheit der Rechtsordnung widerspräche.²⁰ Ein solches Verständnis würde auch den verfassungsrechtlich verankerten Vorbehalt des Gesetzes obsolet machen und auf einfachgesetzlicher Ebene den Richtervorbehalt unterlaufen. Zu erwägen wäre aber angesichts der misslichen Rechtslage de lege lata, ob stattdessen der Gesetzgeber zu einem Tätigwerden nicht nur aufgerufen, sondern gar verpflichtet ist.

1. Verfassungsrechtliches Gebot effektiver Strafverfolgung

In diesem Zusammenhang ist an das Gebot effektiver Strafverfolgung zu denken. Weitgehend synonym ist auch von Funktionstüchtigkeit oder -fähigkeit bzw. effizienter (Straf)Rechtspflege die Rede.²¹ Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung argumentierte insbesondere in den 70er und 80er Jahren mit der Idee eines Gebots effektiver Strafverfolgung, wohingegen sie in jüngerer Zeit seltener bemüht.²² Das BVerfG verortet das Gebot effektiver Strafverfolgung im

¹⁸ Damit ist zugleich etwas zu dem erwartbaren ökonomischen Nutzen einer Maßnahme de lege ferenda gesagt, welcher von ihrem Erfolg abhängt.

¹⁹ *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 114 ff.: „Unvermeidlichkeit des in Rede stehenden Vorgehens“; *ders.*, NStZ 2018, 254, 259.

²⁰ Zum Grundsatz der Widerspruchsfreiheit und Einheit der Rechtsordnung BVerfGE 116, 164, 186 f.; *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 171 f.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 9, 239.

²¹ Vgl. BGHSt 56, 138, 145 m.w.N.; s. auch *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 116 f.; *ders.*, Kriminalistik 2016, 45; *Landau*, NStZ 2007, 121, *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 264; krit. *Hassemer*, StV 1982, 275; *Lorenz*, GA 1992, 254, 277 f.; auch aus europarechtlicher Sicht *Gaede*, wistra 2016, 89.

²² In jüngerer Zeit s. nur BVerfGE 100, 313, 388 f.; 106, 28, 49; 107, 104, 118 f.; 113, 29, 54; vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121, 122.

Gewährleistungsbereich des Rechtsstaatsgebots:²³ Art. 20 GG enthalte die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil der Verfassung.²⁴ Somit bedürfe es notwendigerweise einer funktionstüchtigen Rechtspflege, um ihr zum Durchbruch zu verhelfen.²⁵ Aus Sicht des BVerfG besteht somit nicht nur die staatliche Pflicht, die Sicherheit der Bürger zu schützen, sondern auch deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen.²⁶ Daher seien unabwiesbare Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung anzuerkennen,²⁷ ebenso wie ein öffentliches Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung.²⁸ Insbesondere die Aufklärung schwerer Straftaten sei wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens;²⁹ es brauche eine „rasche und gerechte Ahndung“.³⁰ Eine Verwirklichung des Rechtsstaats sei nur möglich, wenn sichergestellt sei, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt würden.³¹

In seinen Urteilen verwendet das BVerfG das Gebot effektiver Strafverfolgung in unterschiedlichen Zusammenhängen als Prüfungsmaßstab und Abwägungskriterium³² sowie bei der Auslegung von Rechtsbegriffen.³³ Dabei hat dieser Ansatz von jeher Kritik erfahren, weil der Topos wenig fassbar³⁴ und damit beliebig ausfüllbar sei.³⁵ Die Argumentation der Rechtsprechung erscheine selektiv und wenig stringent. So sieht sich das Gebot dem Verdacht ausgesetzt, gewissermaßen als Notlösung den bloßen Schein eines zusätzlichen und überhöhten Abwägungsarguments gegenüber strafprozessualen Beschuldigtenrechten zu schaffen.³⁶ Auch

²³ BVerfGE 44, 353, 374; BVerfGE 46, 214, 222: „Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.“; a. A. *Landau*, NSTZ 2007, 121, 127, der das Gebot als dem staatlichen Gewaltmonopol immanent begreift. Zum subjektiven Anspruch auf effektive Strafverfolgung *Diehm*, in: Rechtsprechung des BVerfG, S. 224 ff.; vgl. auch *Stinner*, Staatliche Schutzpflichten, S. 54 ff.

²⁴ BVerfGE 7, 89, 92: „materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit“; 7, 194, 196: „Gerechtigkeit im Einzelfall“ habe Verfassungsrang; 20, 323, 331; 21, 378, 388.

²⁵ BVerfGE 33, 367, 383; dem nachfolgend BGHSt 38, 214, 220.

²⁶ BVerfGE 49, 24, 54; 51, 324, 343; 74, 257, 262.

²⁷ BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147.

²⁸ BVerfGE 32, 373, 381; weitgehend noch BVerfGE 19, 342, 348: „legitime[r] Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters“; ebenso BVerfGE 20, 45, 49; 20, 144, 147.

²⁹ BVerfGE 29, 183, 194; 33, 367, 383; 77, 65, 76.

³⁰ Vgl. BVerfGE 19, 342, 347.

³¹ BVerfGE 46, 314, 222.

³² Vgl. BVerfGE 29, 183, 193 f.: Auslegungskriterium und BVerfGE 106, 28, 49: Abwägungskriterium sowohl im Straf- als auch im Zivilprozess.

³³ Etwa BVerfGE 29, 183, 193 f.

³⁴ Vgl. *Landau*, NSTZ 2007, 121.

³⁵ Vgl. *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429, 433.

³⁶ *Hassemer*, StV 1982, 275; ebenfalls krit. *Riehle*, KJ 1980, 316; *Ignor*, Jura 1994, 238, 240 f.

die Anknüpfung an das Rechtsstaatsprinzip wird bezweifelt, denn die effiziente Wahrnehmung staatlicher Funktion bilde keinen rechtsstaatlichen Eigenwert.³⁷

Das Gebot effektiver Strafverfolgung wird aber nicht durchweg in Frage gestellt bzw. abgelehnt.³⁸ So verorten einige Stimmen die effektive Strafverfolgung deswegen als Staatsaufgabe, weil sie als Methode zur Durchsetzung des Gewaltmonopols diene.³⁹ In der Konsequenz nimmt daher auch diese Ansicht eine staatliche Pflicht zur effektiven Strafrechtspflege an.

Adressat einer etwaigen Pflicht ist jedenfalls der Gesetzgeber,⁴⁰ der insofern eine Schutzpflicht gegenüber seinen Bürgern hat.

Jedoch besteht eine Verpflichtung zum Tätigwerden nur in engen Grenzen zur Sicherung eines Mindeststandards (sog. Untermaßverbot).⁴¹ Gefordert wird ein wirksamer und angemessener Schutz, der auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruht. Das ist nach Auffassung des BVerfG erst dann nicht mehr der Fall, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.⁴²

Auch wenn im Einzelfall eine Pflicht zum Handeln greift, verbleibt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum:

„Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann.“⁴³

Diese gesetzgeberische Einschätzungsprärogative ist Ausdruck des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips und der Gesetzgebungsfunktion immanentes Vorrecht.⁴⁴

Die Strafverfolgungspraxis hat ein ums andere Mal vorgetragen, dass die Legendierte Kontrolle in den betreffenden Konstellationen das einzige wirksame

³⁷ Vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121, 127; für Rechtsstaatsprinzip *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982, 387, 395.

³⁸ Vgl. etwa *Möstl*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, § 179 Rn. 1 m.w.N.

³⁹ Die Durchsetzung des Rechts sei deshalb *conditio sine qua non* des Staates, s. *Landau*, NStZ 2007, 121, 127; krit. *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429, 432 f.

⁴⁰ Das BVerfG sieht alle Rechtsanwender in der Pflicht, wohingegen nach a. A. ausschließlich der Staat mit seinen Verfassungsorganen gemeint sein kann: Gesetzgeber als „Verfassungsinterpret“, vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121, 127.

⁴¹ BVerfGE 88, 203, 254 f.; 109, 190, 247; *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative, S. 367 ff.

⁴² BVerfGE 77, 170, 214 f.; 88, 203, 254; 92, 26, 46; 109, 190, 247.

⁴³ BVerfGE 77, 170, 215; vgl. auch BVerfGE 88, 203, 254.

⁴⁴ Monographisch *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative; s. auch BVerfGE 36, 1, 14: „judicial self restraint“.

und damit notwendige Mittel der Behörden sei, um der Situation Herr zu werden. In eine ähnliche Richtung ließe sich die Rechtsprechung des BVerfG interpretieren, wenn es verdeckte Maßnahmen als unumgänglich bei der Bekämpfung Organisierter Kriminalität gutheißt.⁴⁵ Allerdings besteht nach den eben aufgezeigten Maßstäben gerade keine Pflicht zur (aus Sicht der Strafverfolgung) optimalen Lösung.⁴⁶

Tatsächlich befinden sich die Ermittlungsbehörden in den Situationen, in denen eine Legendierte Kontrolle zum Einsatz kommen soll, in einer Zwickmühle. Es ist nicht ersichtlich, wie sie diese ohne eine Legendierte Kontrolle in ihrem Sinne auflösen können. Das Untermaßverbot ist dadurch aber noch nicht erreicht, weil der Gesetzgeber umfangreiche Regelungen zur Bekämpfung Organisierter Drogenkriminalität – oder konkreter des organisierten Drogenschmuggels – geschaffen hat.⁴⁷ Damit stehen zahlreiche andere wirksame Instrumente zur Verfügung.

Ein Extremfall, in dem die bestehenden Möglichkeiten der Behörden völlig unzureichend sind, sodass ausnahmsweise eine gesetzgeberische *Pflicht* besteht, eine bestimmte Maßnahme in Form der Legendierten Kontrolle zu schaffen, ist daher nicht anzunehmen.

2. Internationale und europäische Vorgaben

Daneben ist der deutsche Gesetzgeber durch internationale und europäische Verträge zur Bekämpfung von Suchterkrankungen gebunden. So verpflichtet etwa das Suchtstoffübereinkommen von 1988 zur weitgehenden Pönalisierung des Umgangs mit Drogen.⁴⁸ Auch diesen Anforderungen hat der deutsche Gesetzgeber durch die umfassende Pönalisierung und strafprozessuale Möglichkeiten verdeckter Ermittlungen Genüge getan, ohne dass es einer Normierung der Legendierten Kontrolle bedürfte.⁴⁹

3. Ergebnis

Im Ergebnis besteht daher keine Pflicht des Gesetzgebers, die Legendierte Kontrolle zu normieren.

⁴⁵ BVerfGE 57, 250, 284.

⁴⁶ Dazu, dass die Legendierte Kontrolle womöglich auch nicht die optimale Lösung darstellt, s. bereits 6. Kap. A.I.2.

⁴⁷ S. etwa oben unter 2. Kap. B.III. und IV.

⁴⁸ Dazu *Weber*, BtmG, Einleitung Rn. 209. Als weitere Verträge des internationalen Rechtsrahmens sind etwa das VN-Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll von 1972 geänderten Fassung, das Übereinkommen über psychotrope Stoffe von 1971 sowie die Richtlinie (EU) 2017/2130 vom 15. November 2017 zu nennen.

⁴⁹ S. eingehend unter 2. Kap. B.IV.

Es steht ihm aber grundsätzlich frei, im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative eine rechtmäßige gesetzliche Neuregelung zu schaffen.⁵⁰

III. Interessengerechtigkeit

Da das Recht stets interessen- und zweckbedingt ist,⁵¹ ist freilich nicht nur zu fragen, ob eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda verfassungskonform möglich ist, sondern auch, inwiefern sie ein interessengerechtes Lösungsmodell wäre.

1. Bewertung aus Sicht der Ermittlungsbehörden

Vertreter der Ermittlungsbehörden sprechen sich für die Legendierte Kontrolle als schlagkräftige Waffe bei der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben aus.⁵² Zudem ist sie bereits gängige, teils auch höchstrichterlich bestätigte Praxis.⁵³ Es liegt daher nahe, dass Ermittlungsbehörden in der Normierung der Zwangsmaßnahme nicht nur keinen Mehrwert erkennen, sondern sie im Vergleich zum status quo sogar als Verschlechterung empfinden. Denn nimmt man anders als hier vertreten an, dass die derzeitige Praxis rechtmäßig ist, würde eine Normierung, je nach Ausgestaltung, zu einer ausdrücklichen Beschränkung führen.

Doch diese Sichtweise verfängt nur auf den ersten Blick. Sie verkennt, dass eine neue Ermächtigungsgrundlage die Möglichkeit des Einsatzes Legendierter Kontrollen gerade auf einer rechtmäßigen Basis erhalten bzw. schaffen würde. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellte, die Legendierte Kontrolle lasse sich auf Gefahrenabwehrrecht stützen, bedeutet das Leiturteil des BGH keinen vollumfänglichen Persilschein. „Handlungssicherheit“⁵⁴ für die Polizei bietet die Rechtsauffassung des 2. Senats tatsächlich nicht.⁵⁵

Zwar vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass die in Rede stehenden Durchsuchungen grundsätzlich auch auf Gefahrenabwehrrecht gestützt werden dürften, sodass bei doppelfunktionalen Maßnahmen auch ohne richterlichen Be-

⁵⁰ Zum gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosevorrang BVerfGE 25, 1, 19f.; 77, 84, 106f.; 103, 293, 307; 115, 276, 308.

⁵¹ So auch *Rönnau/Hohn*, StV 2006, 313: Das Recht habe die Aufgabe, Interessenkonflikte gerecht zu lösen.

⁵² Wie bereits erwähnt kann die Wirksamkeit der Legendierten Kontrolle mit guten Gründen bezweifelt, aber auch nicht vollends widerlegt werden, 6. Kap. A.1.2. b).

⁵³ *Köhler* hält die Rechtsprechung angesichts der oben besprochenen Entscheidungen für gefestigt, *Nowroussian* geht gar von ständiger Rechtsprechung aus, s. *Köhler*, in: Meyer-Goßner, StPO, § 105 Rn. 1b; *Nowroussian*, NSTZ 2018, 254.

⁵⁴ So aber *Schiemann*, NSTZ 2017, 651, 658; vgl. auch *Kochheim*, KriPoZ 2017, 316, 319: noch keine vollständige Lösung, aber ein richtungsweisender Rahmen.

⁵⁵ Ebenso *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 566, 576.

schluss rechtmäßig Beweise erhoben und dann in ein späteres Strafverfahren eingeführt werden könnten. Dagegen erlaubt sie keinesfalls Legendierte Kontrollen einzig zu strafprozessualen Zwecken ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss.

Ob eine Durchsuchung mindestens gleichberechtigt präventiven Zwecken gedient hat, kann im Einzelfall durchaus zweifelhaft erscheinen und setzt die so erlangten Beweise vor Gericht stets einer erheblichen Unsicherheit aus. Die zahlreichen Indizien, die im Einzelfall gegen eine präventive Natur der Maßnahme sprechen können, wurden bereits erörtert.⁵⁶ Sofern das erkennende Gericht zu dem Schluss gelangt, es handele sich tatsächlich nicht um eine rein oder wenigstens im Schwerpunkt gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme, führt der willkürliche Verstoß gegen den Richtervorbehalt aus §§ 102, 105 StPO zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot.⁵⁷ Da sich an dieser Stelle die Möglichkeit bietet, die schwerwiegendsten belastenden Beweise gegen den Betroffenen, auf denen das Verfahren maßgeblich aufbaut, auszuschließen, wird eine entsprechende Argumentation immer der erste und vielversprechendste Ansatzpunkt für die Verteidigung sein. Im Erfolgsfall wird eine Verurteilung des Betroffenen deutlich unwahrscheinlicher und auch die Verhandlungsmasse ihm gegenüber entfele. „Rechtlich unbestritten“ ist die Legendierte Kontrolle auch nach dem Leiturteil keinesfalls.⁵⁸

In der Lebenswirklichkeit ist den Behörden vordringlich daran gelegen, nicht den Kurier, sondern die oberen Ebenen krimineller Organisationen zu stellen.⁵⁹ Wenn keine stichhaltigen Beweise mehr gegen den Kurier vorliegen, wäre dessen Befragung nach weiteren Drahtziehern erst recht aussichtslos. Die Schaffung einer klaren Ermächtigungsgrundlage und die daraus resultierende Rechtssicherheit liegt folglich bei genauerer Betrachtung auch im Interesse der Ermittlungsbehörden.

Eine Spezialermächtigung muss nicht nur begrenzend wirken, sondern kann die Operationsmöglichkeiten der Ermittlungsbehörden massiv erweitern, wenn dadurch Legendierte Kontrollen auch für ausschließlich strafprozessuale Zwecke zulässig würden – nach hier vertretener Auffassung tritt die Erweiterung der rechtmäßigen Handlungsoptionen freilich bereits durch die gesetzliche Legalisierung Legendierter Kontrollen ein.

⁵⁶ S. oben unter 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (2) (b) (aa).

⁵⁷ 4. Kap. B. II. 2.

⁵⁸ So aber *Nowroussian*, *Kriminalistik* 2018, 320. Angesichts der sogar vom 2. Strafsenat selbst obiter aufgeworfenen Punkte erstaunt es, dass nun für die Praxis „eindeutig und jenseits jeder Diskussion“ geklärt sein soll, dass Legendierte Kontrollen (ohne Differenzierung) erlaubt seien, *Nowroussian*, *Kriminalistik* 2018, 320, 321.

⁵⁹ *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110 Rn. 30a f.; vgl. *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, § 136 Rn. 35; *Kempf*, in: FS Fischer, S. 673; *Lenk*, StV 2017, 692, 693; *Krehl*, *StraFo* 2018, 265; *Nowroussian*, *Kriminalistik* 2018, 320.

Insgesamt wäre eine Spezialermächtigung aus Sicht der Ermittlungsbehörden daher wegen der erweiterten Handlungsoptionen und der resultierenden Rechtssicherheit interessengerecht.

2. Bewertung aus Sicht der Betroffenen

Jede Zwangsmaßnahme wirkt sich für ihre Adressaten per Definition nachteilig aus.⁶⁰ Da die Legendierte Kontrolle aktuell als rechtswidrig zu bewerten ist, würde die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigung eine weitere Zementierung der Eingriffe herbeiführen. Es gibt dennoch Argumente, die auch aus Sicht der Betroffenen für eine gesetzliche Standardmaßnahme sprechen können:

a) Auswirkungen des Grundsatzes der Klarheit und Bestimmtheit

Auch wenn man der Ansicht folgt, das Gefahrenabwehrrecht genüge in der Regel als Rechtsgrundlage für Legendierte Kontrollen, könnte man erwägen, ob nicht der Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit⁶¹ dennoch für eine Spezialermächtigung spricht. Danach müssen alle Gesetze inhaltlich klar und verständlich sein, damit sich der Bürger ein eigenes Bild von der Rechtslage machen kann⁶² und rechtliche Entscheidungen für ihn vorhersehbar sind. So wird vermieden, dass er zum bloßen Objekt staatlicher Willkür wird.⁶³ Grundsätzlich wird eine Norm dem Rechtsanwender immer verständlicher, je konkreter sie gefasst ist. Durch eine spezielle Regelung für Legendierte Kontrollen würde dem Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit somit womöglich besser Genüge getan, als es bei den allgemeineren landesrechtlichen Durchsuchungs-Ermächtigungen zu belassen.

Gleichwohl handelt es sich dabei nicht um ein zwingendes Argument für eine Spezialregelung, denn für den Gesetzgeber ist es nicht praktikabel, jeden einzelnen Lebenssachverhalt im Detail zu regeln. Insofern darf er selbstverständlich mit Generalklauseln arbeiten.⁶⁴ Er unterliegt auch keinem Optimierungsgebot; lediglich gewisse Mindestanforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit einer Norm müssen gewahrt sein.⁶⁵ Zwar ist das Gefahrenabwehrrecht als Rechts-

⁶⁰ Vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 1: „Eingriffe in die Individualsphäre“.

⁶¹ Teils wird auch von mehreren Grundsätzen ausgegangen, die sich allerdings inhaltlich überschneiden und nicht klar voneinander abzugrenzen sind, vgl. *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 VII. Rn. 50.

⁶² *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 VII. Rn. 53; BVerfGE 21, 73, 79; 21, 245, 261; 31, 255, 264.

⁶³ Vgl. BVerfGE 14, 13, 16; 17, 306, 314; 47, 239, 247; 99, 216, 243; 103, 21, 33.

⁶⁴ Vgl. *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 VII. Rn. 59.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 107, 104, 120.

grundlage der Legendierten Kontrolle mangels eröffneten Anwendungsbereichs abzulehnen, nicht aber, weil es zu unbestimmt wäre. Dass eine auf den Spezialfall zugeschnittene Regel den Bürgern verständlicher erscheinen mag als eine Generalklausel, ist allenfalls ein schwaches Argument für die Schaffung einer Neuregelung.

b) Erhöhung des Schutzniveaus durch eingrenzende Voraussetzungen

Für eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda spricht hingegen, dass sie die staatlichen Kräfte einhegen und somit letztlich zu einer Begrenzung der Eingriffe führen könnte.

Den Grundrechten der Betroffenen käme das höchste Schutzniveau zu, wenn die Legendierte Kontrolle allgemein für unzulässig befunden würde, und entsprechende Durchsuchungen entweder unterbleiben oder durch einen richterlichen Beschluss gem. § 105 StPO gestattet und als solche offengelegt werden müssten. Da das den vorgetragenen Bedürfnissen der Praxis bei der Kriminalitätsbekämpfung widerspricht und die Rechtsprechung sich zuletzt bereits anders positioniert hat, ist dieses Szenario aber unwahrscheinlich.

Würde die Legendierte Kontrolle durch formelle und materielle Vorgaben eingegrenzt, könnte dies das Schutzniveau für die Betroffenen immerhin faktisch anheben. So wäre es möglich, die Beschuldigtenrechte angemessen zu berücksichtigen und eventuelle Verschärfungen der Rechtsprechung zu vermeiden. Dies würde einer schrittweisen Ausweitung der Legendierten Kontrolle zu Lasten der Beschuldigten entgegenwirken. Auch Verfechter des Ansatzes der Rechtsprechung müssen schließlich zugeben, dass nach jetzigem Stand ein erhebliches Missbrauchspotenzial oder jedenfalls Rechtsunsicherheit besteht, was ein Spezialgesetz reduzieren könnte.

Eine spezialgesetzliche verhältnismäßige Normierung der Legendierten Kontrolle kann, je nach Ausgestaltung, als Mittel des Interessenschutzes wirken.

3. Bewertung aus Sicht der Gesamtrechtspflege

a) Rechtsstaatliche Gesichtspunkte (ratio legis)

Der Schutz von Beschuldigtenrechten sowie die effektive Strafverfolgung aus dem Gewaltmonopol des Staats sind jeweils Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.⁶⁶ Eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda könnte beide Ziele in einen angemessenen Ausgleich bringen.⁶⁷

⁶⁶ Näher bereits 6. Kap. A.II.1. Zur Bedeutung der rechtlichen Bekämpfung von Organisierter Drogenkriminalität s. 2. Kap. A.III.

⁶⁷ Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 265.

b) *Ökonomische Gesichtspunkte*

Wie gesehen wird die präzise Abgrenzung zwischen strafprozessualen Zweck und Prävention oft ausgesprochen schwierig, wenn nicht unmöglich sein. Bei der Legierten Kontrolle ist es der Regelfall, dass der Schlüsselfaktor – das Eingreifen von polizeirechtlichem oder strafrechtlichem Regime – einerseits so unklar ist und andererseits das Ergebnis – die (Nicht-)Zulassung der Beweise – entscheidenden Einfluss auf den weiteren Prozess und einen möglichen Schuldspruch hat. Gleichzeitig wird die Legierte Kontrolle von Praktikern offenbar massenhaft zum Einsatz gebracht, sodass sich das Problem der Rechtmäßigkeit entsprechend häufig stellen wird.⁶⁸

Die Kosten einer missglückten, weil unzulässigen Legierten Kontrolle sind nicht ohne weiteres quantifizierbar. Sie beinhalten jedenfalls die für die Ermittlungen eingesetzten Kosten. Im Extremfall und je nach Umfang des Verfahrens werden bei Gefährdung des Gesamtermittlungserfolges gar Ermittlungen torpediert, die bereits Jahre andauern. Angesichts der eingesetzten umfangreichen personellen und technischen Ressourcen summieren sich hier regelmäßig hohe Beträge. Dazu addieren sich die Gerichtskosten, wenn das Verfahren mangels verwertbarer Beweise aus der Legierten Kontrolle insgesamt scheitert oder sich zumindest Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Verwertbarkeit stellen.

Eine Normierung, die die Beweisgewinnung auf eine verlässliche Rechtsgrundlage stellt, könnte dieses Problem auflösen, sodass dann in erheblichem Maße Ressourcen der Rechtspflege geschont würden.

4. Zusammenfassung

Die vorangegangene Untersuchung hat bereits ergeben, dass Legierte Kontrollen derzeit regelmäßig von keiner passenden Ermächtigungsgrundlage gestützt werden und demnach rechtswidrig sind. Sollen sie weiterhin zugunsten der Strafverfolgung eingesetzt werden, ist es *zwingend*, eine spezielle Ermächtigungsgrundlage zu schaffen.

Gegner dieser Ansicht, die das Gefahrenabwehrrecht als ausreichende Legitimation ansehen, werden eine solche spezielle Ermächtigungsgrundlage zwar nicht als notwendig erachten. Sie wäre dennoch auch von diesem Standpunkt aus gesehen abstrakt vorteilhaft für alle Beteiligten. Insbesondere könnten Abgrenzungsschwierigkeiten aufgelöst werden, was sich nicht nur für die Betroffenen, sondern auch auf die Ermittlungen positiv auswirken mag. Eine spezialgesetzliche, strafprozessuale Ermächtigung böte Rechtssicherheit insofern, als dass aus

⁶⁸ S. bereits unter 1. Kap. A.; vgl. auch *Altwater*, in: FS Schlothauer, S. 3, 4; *Albrecht*, HRRS 2017, 706: „in der Strafverfolgungspraxis mittlerweile üblich“; *Nowrouzian*, Kriminalistik 2011, 370, 372; *ders.*, Kriminalistik 2018, 320.

Legendierten Kontrollen gewonnene Erkenntnisse unter Einhaltung der Voraussetzungen in einem Strafverfahren verwendet werden dürften.

Jedoch stellen sich aus kriminalistischer Sicht erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der Legendierten Kontrolle ebenso wie an der einer Maßnahme de lege ferenda. Dabei ist zuzugeben, dass aktuell weder die Wirksamkeit einer Legendierten Kontrolle noch das Gegenteil bewiesen werden kann. Somit unterfällt es der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative, eine eigene Analyse vorzunehmen.

B. Zur Ausgestaltung einer rechtmäßigen Legendierten Kontrolle

Die Untersuchung der derzeit praktizierten Legendierten Kontrolle hat mehrere Fehlerquellen aufgezeigt, die dazu führen, dass die Maßnahme nicht rechtmäßig ist. Nach hier vertretener Auffassung ist eine Legendierte Kontrolle (de lege ferenda) bereits aus kriminalistischer Sicht fragwürdig. Nichtsdestotrotz ist zuzugeben, dass sowohl von Seiten der Ermittlungsbehörden als auch von Seiten der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein großer Wille zum Einsatz der Legendierten Kontrollen besteht und eine verfassungskonforme Lösung der derzeitigen rechtswidrigen Praxis vorzugswürdig ist. Daher soll geprüft werden, ob es eine Möglichkeit gibt, die bestehenden Mängel zu adressieren und zu beheben.

I. Bisher vorgetragene Ideen

In der Debatte um Legendierten Kontrollen haben sich bereits einige Stimmen zu Wort gemeldet, die einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf postulieren.⁶⁹ In diesem Zusammenhang wurden auch mehr oder weniger konkrete Vorschläge für eine gesetzliche Ausgestaltung der Legendierten Kontrolle präsentiert.

1. Vorschlag von Lange-Bertalot und Aßmann

Lange-Bertalot und Aßmann plädieren für eine Erweiterung des § 102 StPO: „Bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat oder der Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist, kann eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und auch ohne sein Wissen der ihm gehörenden Sachen sowohl zum Zweck seiner Ergrei-

⁶⁹ Wohlers/Jäger, in: SK-StPO, § 105 Rn. 5c; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, § 110a Rn. 30e; Gercke, in: HK-StPO, § 105 Rn. 6; Paeffgen, in: SK-StPO, Vorbem. vor §§ 112 ff. Rn. 37s; vgl. Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, 42; Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, 572, 576; Müller/Römer, NStZ 2012, 543, 547; Löffelmann, JR 2017, 596, 600; Schefer, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 263 ff.; Brodowski, JZ 2017, 1124, 1128.

fung als auch dann vorgenommen werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.“⁷⁰

2. Vorschlag von Krehl

In eine ähnliche Richtung stößt *Krehl*, der eine gesetzliche Grundlage für die Legierte Kontrolle „etwa durch Ausgestaltung einer Durchsuchung als verdeckte Maßnahme“ erwägt.⁷¹

3. Vorschlag von Löffelmann

Löffelmann hat eine Regelung angeregt, „die, analog zu § 147 Abs. 2 S. 1 StPO, das Nichtoffenlegen der (wahren) Gründe für eine Maßnahme erlaubt, wenn andernfalls der weitere Gang der Ermittlungen gefährdet würde“.⁷²

4. Vorschlag von Brodowski

Brodowski zieht eine „einheitliche Regelung gemischt-präventiver und repressiver (operativer) Ermittlungen“ in Erwägung; befindet dieses Ziel jedoch für unerreichbar. Hilfsweise regt er daher eine Konvergenz der Eingriffsgrundlagen an, etwa indem auch die polizeirechtliche Durchsuchung einem präventiven Richtervorbehalt unterworfen würde.⁷³

5. Vorschlag von Jäger

Jäger überlegt, „ob man die Erfordernisse eines präventiven Vorgehens einerseits und eines repressiven Vorgehens andererseits nicht in der Weise in praktische Konkordanz bringen könnte, dass zwar nach außen ein Vorgehen nach dem ZollVG bzw. nach präventivem Polizeirecht zugelassen, dass aber im Innenverhältnis die Einholung eines Durchsuchungsbefehls gefordert wird, dessen Offenlegung zum Schutz des Ermittlungsverfahrens ausnahmsweise verneint wird“.⁷⁴

6. Vorschlag von Schefer

Den bislang umfassendsten Formulierungsvorschlag hat *Schefer* vorgelegt, der der Legierten Kontrolle eine eigene Norm widmen will:

⁷⁰ *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 576 (Hervorhebung im Original).

⁷¹ *Krehl*, StraFo 2018, 265, 269 f.

⁷² *Löffelmann*, JR 2017, 596, 600.

⁷³ *Brodowski*, JZ 2017, 1124, 1128.

⁷⁴ *Jäger*, JA 2018, 551, 553.

„§ 110d StPO [Legendierte Kontrolle]⁷⁵

(1) ¹Wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
3. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist, darf eine Personen- oder Sachdurchsuchung im Sinne des § 102 nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze durchgeführt werden. ²Das Vorgehen ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) ¹Die Durchsuchung darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. ²§ 35 ist nicht anwendbar.

3) ¹Dem Beschuldigten dürfen die wahren Hintergründe des Zugriffs verheimlicht werden, wenn anderenfalls der Ermittlungserfolg gefährdet wäre. ²Die Befugnis aus Satz 1 umfasst die Fingierung einer allgemeinen Kontrolle sowie das Nichtaufklären über den aktuellen Ermittlungsstand.

(4) Absatz 3 gilt entsprechend für die Aktenführung.

(5) ¹Die Verheimlichung nach den Absätzen 3 und 4 darf nur so lange aufrechterhalten werden, wie dies erforderlich ist, höchstens jedoch bis zur Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Absatz 1). ²Ist der zulässige Verheimlichungszeitraum nach Satz 1 abgelaufen, müssen dem Beschuldigten die wahren Hintergründe des Zugriffs unverzüglich durch die zuständige Behörde mitgeteilt werden. ³Die Pflicht aus Satz 2 ist von Amts wegen zu erfüllen. ⁴Sie umfasst sämtliches Beweismaterial und sämtliche Informationen, die geeignet sind, eine gleichberechtigte Position des Beschuldigten zu gewährleisten.“⁷⁶

II. Eigene Erwägungen

1. Mögliche Ausgestaltung

a) Ermächtigungsgrundlage

Das grundlegende Problem, an dem die Legendierte Kontrolle de lege lata krankt, ist der Mangel einer Ermächtigungsgrundlage, auf die sich ihre Grundele-

⁷⁵ Anm.: Zum Zeitpunkt von *Schefers* Veröffentlichung war § 110d StPO nicht besetzt.

⁷⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 286 f.

mente (Durchsuchung und Täuschung) stützen lassen.⁷⁷ Zum einen erlaubt § 102 StPO nur offene Durchsuchungen, zum anderen handelt es sich bei der Legendierung um keine „leichte“ Täuschung, sodass sie nicht von der Ermittlungsgeneralklausel gedeckt ist. Dieses Problem adressieren alle vorgebrachten Ideen.

aa) Angleichung der polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen

Würde man wie von *Brodowski* vorgeschlagen das Schutzniveau der landesrechtlichen Durchsuchungsbefugnisse durch die Aufnahme eines Richtervorbehalts heraufsetzen und so ein Umgehen der präventiven Kontrolle ausschließen, würde das zu einem verbesserten Schutz der Beschuldigten bzw. Störer führen. Doch auch vorausgesetzt, alle 16 Länder würden diese Anpassung vornehmen, löst der Vorschlag nicht das Problem, dass die Täuschung als zweites notwendiges Kernelement einer Legendierten Kontrolle nach wie vor ohne Rechtsgrundlage und damit rechtswidrig bliebe.

bb) Modifikation des § 102 StPO?

Lange-Bertalot und *Aßmann* wollen durch die Modifikation der bestehenden strafprozessualen Norm Abhilfe schaffen, indem sie § 102 StPO so erweitern, dass er künftig Durchsuchungen von Sachen auch ohne das Wissen des Betroffenen gestattet.

Beizupflichten ist den Autoren insofern, als sie die Erweiterung nicht pauschal für jede Durchsuchung einführen wollen. Mit Blick auf die Wohnungsdurchsuchung wäre das auch verfehlt, denn eine Legendierte Kontrolle kann nur bei der Personen- und Sachdurchsuchung funktionieren. Es fragt sich aber, wieso die Erweiterung nicht auch für Personendurchsuchungen gelten soll. Zu recht ist insofern bemängelt worden, dass der Kurier das gesuchte Rauschgift durchaus auch am Körper tragen könnte.⁷⁸ Auch wenn Legendierte Kontrollen des Anscheins einer Verkehrskontrolle wegen mit der Durchsuchung des Wagens beginnen, vervollständigt eine Personendurchsuchung regelmäßig die Legendierte Kontrolle. Dieses Versehen wäre auch nicht durch eine Verschiebung des Passus „ohne sein Wissen“ zu beheben (sodass es heißen würde: „... kann eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie auch ohne sein Wissen seiner Person und der ihm gehörenden Sachen (...) vorgenommen werden ...“), denn eine Personendurchsuchung ist ohne Wissen der Person freilich nicht ohne weiteres möglich.

In anderer Hinsicht gerät der Vorschlag hingegen viel zu weit, wenn er fortan *jede* (Personen- und) Sachdurchsuchung, also nicht nur im Bereich Organisierter

⁷⁷ Eingehend oben unter 4. Kap. B. I.

⁷⁸ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 276.

Kriminalität, ohne Wissen der Betroffenen zulassen will.⁷⁹ Ein solch beiläufiges Verwerfen ihrer Natur als offene Maßnahme verkennt die Eingriffsschwere der Durchsuchung, welche durch Heimlichkeit sogar noch gesteigert wird. § 102 StPO ist nicht als verdeckte Maßnahme konzipiert und sieht keine dementsprechenden Sicherungsmechanismen zum Schutz der Beschuldigtenrechte vor, wie es andere verdeckte Maßnahmen tun. Eine Modifikation führt zu weitreichenden Konsequenzen, die nicht ohne weiteres zu rechtfertigen wären. Eine „Auslagerung“ der Legendierten Kontrolle de lege ferenda in eine neue Norm erscheint daher nicht nur der Übersichtlichkeit halber sinnvoll, sondern ist auch systematisch geboten.

cc) Repressives Standardzwangsmittel

Stattdessen liegt die Schaffung einer eigenen Standard-Zwangsmaßnahme nahe, wie *Schefer* sie vorschlägt, um dadurch dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge zu tun.⁸⁰ Aufgrund der repressiven Natur der Legendierten Kontrolle⁸¹ wäre die in Rede stehende Norm in der StPO anzusiedeln.⁸² Angesichts der bereits bestehenden extensiven verdeckten und täuschenden Ermittlungsmethoden⁸³ würde sie sich auch in das aktuell herrschende System einfügen und, je nach Ausgestaltung, keinen offensichtlichen Fremdkörper darstellen.

Als Strafverfahrensnorm, die gem. Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 GG der Bundeskompetenz unterfällt, vermag eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda nicht, das jeweilige Gefahrenabwehrrecht der Länder zu sperren. Das Problem der Gemengelage wird durch die Normierung de lege ferenda folglich nicht gelöst. Die Beamten könnten nach wie vor doppelfunktional handeln, sodass eine Norm de lege ferenda keine Abgrenzungsprobleme beheben würde. Jedoch behebt eine Spezialnorm den Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes und führt – sofern sie die Kontrolle ohne Aufdeckung der Hintergrundermittlungen ermöglicht – dazu, dass die Beamten nicht ergebnisorientiert auf Gefahrenabwehrrecht ausweichen.

⁷⁹ Ebenfalls krit. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 276.

⁸⁰ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 287; vgl. auch *Wohlers/Greco*, in: SK-StPO, Vorbem. vor §§ 94 ff. Rn. 2.

⁸¹ S. dazu ausführlich 4. Kap. B.I.5.b). Die Legendierte Kontrolle dient namentlich der Ermittlung, Sicherung von Beweisen und Verhütung weiterer Straftaten. Näher zu den strafprozessualen Funktionen und Zwecken *Schröder*, JZ 1985, 1028, 1029 ff.; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 2.

⁸² Ebenso *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572, 576; vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 277.

⁸³ Zur Notwendigkeit eines (auch) verdeckten Vorgehens im Bereich der Organisierten Betäubungsmittelkriminalität s. insbesondere BVerfGE 57, 250, 284; ferner *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 190; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 266 m.w.N.

*b) Eingriffsvoraussetzungen**aa) Vorausgesetzter Verdachtsgrad*

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Legendierte Kontrolle de lege ferenda wie jede andere strafprozessuale Zwangsmaßnahme aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unter der Voraussetzung eines strafprozessualen Verdachts stehen muss. Dabei ist die niedrigste Schwelle der Anfangsverdacht, der zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat voraussetzt.⁸⁴ Es bedarf auf bestimmten Tatsachen beruhender Indizien; in Abgrenzung zu bloßen Vermutungen.⁸⁵ Der Anfangsverdacht muss eine gewisse Konkretisierung erfahren haben,⁸⁶ ist aber unterhalb des hinreichenden oder gar dringenden Tatverdachts anzusiedeln. Wohl in Orientierung an anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen wählt *Schefer* „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ als Eingriffsschwelle de lege ferenda.

Angesichts der besonderen Eingriffsschwere einer Legendierten Kontrolle de lege ferenda, bei der die Ermittlungsbehörden nicht „nur“ ohne das Wissen des Beschuldigten vorgehen, sondern ihn sogar aktiv täuschen, erscheint es jedoch sachgerechter, höhere Anforderungen zu stellen. Der Eingriff sollte daher erst bei einer überwiegenden Verurteilungswahrscheinlichkeit bei vorläufiger Tatbewertung gestattet sein (sog. hinreichender Tatverdacht).⁸⁷

bb) Beschränkung auf bestimmte Kriminalitätsformen

Zu betonen ist außerdem, dass der Einsatz der Legendierten Kontrolle in manchen Kriminalitätsbereichen nicht erforderlich und damit von vorneherein unverhältnismäßig ist.⁸⁸ Dies müsste eine gesetzliche Regelung berücksichtigen, indem sie eine Begrenzung auf schwerste Kriminalität vornimmt, etwa durch einen abschließenden Katalog von Anlassstraftaten. *Schefer* regt überzeugend an, den Katalog des § 110a StPO zu übernehmen, der bereits auf den Bereich Organisierter Kriminalität zugeschnitten ist.⁸⁹

⁸⁴ So die Auslegung bei § 98a Abs. 1 S. 1 (Rasterfahndung); § 110a Abs. 1 S. 1 (Verdeckte Ermittler); § 163e Abs. 1 S. 1 (Ausschreibung zur Beobachtung bei polizeilichen Kontrollen); § 163f Abs. 1 S. 1 (Längerfristige Observation); vgl. auch § 152 Abs. 2 (Legalitätsgrundsatz).

⁸⁵ Näher *Mavany*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 152 Rn. 32 m.w.N.

⁸⁶ *Günther*, in: MüKo StPO, § 110a Rn. 7 m.w.N.

⁸⁷ *Volk*, StPO, § 8 Rn. 3; vgl. § 203 StPO.

⁸⁸ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 284; vgl. *Nowrouzian*, NSTz 2018, 254, 259.

⁸⁹ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 285 unter Verweis auf BT-Drs. 12/989, S. 41. Die Verwendung von „Organisierter Kriminalität“ als Tatbestandsmerkmal bietet sich mangels eindeutiger Definition hingegen nicht an, s. dazu bereits 2. Kap. A.I.

Zum einen reicht es für die Wahrung der Verhältnismäßigkeit nicht aus, dass eine Norm faktisch nur in bestimmten verhältnismäßigen Konstellationen angewendet wird. Zum anderen gibt es durchaus Erfahrungsberichte zu Fällen, die sich von dem klassischen Feld Organisierter Kriminalität unterscheiden. So wird etwa von Legendierten Kontrollen im Vorfeld von Musik-Festivals berichtet. Hintergrund sei, dass es der kriminalistischen Erfahrung entspreche, dass dort Drogen gehandelt und konsumiert würden.⁹⁰ Es lässt sich bereits darüber streiten, ob es sich definitorisch tatsächlich um Legendierte Kontrollen handelt, wenn zu Beginn der Kontrolle kein konkreter Straftatverdacht im Raum steht. Jedenfalls würde diesen Tendenzen aber durch einen abschließenden Katalog von Anlass-straftaten Einhalt geboten.

cc) Zweckbindung und Subsidiarität

Zustimmung verdient *Löffelmanns* und *Schefers* Vorschlag, ein explizites Subsidiaritätserfordernis sowie eine Zweckbindung der Maßnahme einzubauen. Denn bei einer Legendierten Kontrolle handelt es sich um ein besonders eingriffsintensives Instrument, sodass eine Begrenzung auf Fälle, in denen mildere Eingriffe weitere Ermittlungen gefährden würden, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten ist. Der grundsätzlich offene Charakter der Durchsuchung gem. § 102 StPO wird anerkannt⁹¹ und entsprechend berücksichtigt, indem er nur in bestimmten Konstellationen entfallen soll. Zuzugeben ist aber, dass die Täuschung in den eingängigen Konstellationen des Organisierten Betäubungsmittelschmuggels nahezu immer erforderlich sein wird.

dd) Anordnungscompetenz

(1) *Notwendigkeit des Richtervorbehalts de lege ferenda*

Der Umgang mit dem Richtervorbehalt stellt das Kernproblem der Legendierten Kontrollen dar, dieser ist aber aufgrund seiner Rechtsschutzfunktion unverzichtbar.⁹²

Zwar schreibt ihn die Verfassung nur bei Wohnungsdurchsuchungen vor, so dass z. B. das Gefahrenabwehrrecht Personen- und Sachdurchsuchungen auch ohne richterlichen Beschluss zulässt. Jedoch hat der Gesetzgeber bereits durch die Regelung des § 105 Abs. 1 StPO verdeutlicht, dass strafprozessuale Durchsuchungen stets von solcher Schwere sind, dass ein Richtervorbehalt im Ausgangs-

⁹⁰ Zum Ganzen *Herzog*, in: FS Schlothauer, S. 37 unter Nennung mehrerer konkreter Beispiele.

⁹¹ Vgl. *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 275.

⁹² Dass der Richtervorbehalt in der Durchsuchung eine zusätzliche Kontrolle zugunsten der Beschuldigtenrechte sicherstellen soll, wurde bereits dargelegt, 4. Kap. B. II. 2. a) bb) (2).

punkt zwingend ist. Der Eingriff im Rahmen der Legierten Kontrolle ist nicht nur vergleichbar mit klassischen Durchsuchungen,⁹³ sondern stellt sich als noch intensiver dar: In der Legierten Kontrolle findet die Durchsuchung lediglich „halb offen“ – bzw. „halb verdeckt“ – statt.⁹⁴ Es ist weithin anerkannt, dass Heimlichkeit einen Eingriff durch die Herabsetzung von Rechtsschutzmöglichkeiten intensiviert.⁹⁵ Wird die nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen zurückgestellt, kompensiert die richterliche Kontrolle die fehlende Möglichkeit zur persönlichen Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen.⁹⁶

Zusätzlich kommt in der Legierten Kontrolle die Täuschung als eigener Eingriff hinzu. Das bedeutet, dass der Richtervorbehalt als Eingriffsschwelle der Durchsuchung gem. § 102 StPO nicht nur übernommen werden muss, sondern per argumentum a fortiori einen Mindeststandard für die Legierte Kontrolle setzt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob gleichwohl eine subsidiäre Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und Polizei vorgesehen, oder ob angesichts des verschärften Eingriffs die Anordnungsbefugnis de lege ferenda restriktiver gehandhabt werden sollte.

(2) Möglichkeit einer Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden

Einerseits ist bei der Legierten Kontrolle angesichts der noch größeren Beeinträchtigung der Beschuldigtenrechte die richterliche Absicherung von noch höherer Bedeutung. Andererseits geht es gerade in diesen Fällen auch um schwerwiegende Delikte, weshalb gleichsam der effektiven Strafverfolgung ein höherer Stellenwert beizumessen ist. Da die Interessen vergleichsweise auf beiden Seiten an Bedeutung gewinnen, halten sie sich die Waage. Ein schonender Ausgleich ist daher auch bei Legierten Kontrollen am ehesten durch eine subsidiäre Eilkompetenz zu erreichen. Letztere ist deswegen gut vertretbar, weil sie durch die restriktive Rechtsprechung zu Gefahr im Verzug eingehegt wird.⁹⁷ Die

⁹³ So *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 277 f.

⁹⁴ 4. Kap. B.I. 5. b) bb) (2) (b) (bb).

⁹⁵ BVerfGE 107, 299, 321; 115, 166, 194; 115, 320, 353; BVerfG, NJW 2008, 1505, 1508 m.w.N.: Der vorherige Rechtsschutz werde dem Betroffenen faktisch verwehrt und der nachträgliche tendenziell erschwert. Zudem habe die Heimlichkeit Einfluss auf die Gesellschaft insgesamt, vgl. dazu auch BVerfGE 93, 181, 188; 100, 313, 381; 109, 279, 354.

⁹⁶ BVerfGE 129, 208, 239 m.w.N.; vgl. BVerfGE 109, 279, 367 f.; s. bereits 4. Kap. B. II. 2. a) bb) (2).

⁹⁷ Richtungsweisend zur Auslegung der Gefahr im Verzug BVerfGE 103, 142, 153 ff.; s. auch BVerfG, NJW 2003, 2303, 2304; BVerfG, NJW 2005, 1637, 1638; BGH, NSTZ 2012, 104 f.; *Gusy*, JZ 2001, 1033, 1035; *ders.*, NSTZ 2010, 353, 356; *Rabe von Kühlewein*, GA 2002, 637, 655; *Krehl*, JR 2003, 302, 303; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 2; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 83; *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063, 1066.

Ermittlungsbehörden dürfen beispielsweise nicht Gefahr im Verzug dadurch herbeiführen, dass sie mit der Antragstellung auf richterlichen Beschluss absichtlich abwarten.⁹⁸ Es kommt bereits auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder die Polizei die Durchsuchung für erforderlich hält.⁹⁹ Ebenso müssen sie die nachträgliche richterliche Kontrolle durch umfassende Dokumentation ermöglichen und herbeiführen.¹⁰⁰

Gerade in Fällen Legendierter Kontrollen wird Gefahr im Verzug nur in Ausnahmefällen eintreten, denn hier finden groß angelegte Ermittlungen statt, sodass die Behörden seltener überraschend unter Handlungsdruck geraten. Zu bedenken ist insbesondere auch, dass der richterliche Beschluss lediglich als eine Gestattung, nicht als Pflicht wirkt, die Maßnahme durchzuführen. Ob und wann eine Legendierte Kontrolle durchgeführt wird, bliebe im Sinne der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft überlassen. In Zusammenspiel mit den tendenziell frühen Erkenntnissen, die durch andere verdeckte Maßnahmen erworben werden können, kann der richterliche Beschluss praxistauglich im Voraus eingeholt werden, bevor ein Verlust der Beweismittel droht. Sollte im Einzelfall doch einmal Gefahr im Verzug eintreten und die Staatsanwaltschaft von ihrer Eilkompetenz Gebrauch machen, wäre die nachträgliche richterliche Bestätigung alsbald nachzuholen.

(3) Vorübergehende Suspendierung der Bekanntmachung gem. § 35 StPO

Setzt man wie hier vertreten den richterlichen Beschluss als zwingend voraus, ist dessen Bekanntmachung gem. § 35 StPO vorübergehend auszusetzen, wenn die Legendierte Kontrolle nicht ad absurdum geführt werden soll.

Dies würde eine erhebliche Einschränkung der Beschuldigtenrechte bedeuten, zumal die Bekanntmachung als Mittel der Gewährung und der Kontrolle des rechtlichen Gehörs dient.¹⁰¹ Das rechtliche Gehör ist insbesondere geboten, wenn die Kenntnis der Entscheidung für den Betroffenen im Hinblick auf sein weiteres Verhalten im Verfahren wichtig ist.¹⁰² Es versteht sich von selbst, dass

⁹⁸ BVerfGE 139, 245, 270; 103, 142, 155; BVerfG, NJW 2005, 1637, 1638; *Brüning*, Richtervorbehalt, S. 180; *Rabe von Kühlewein*, GA 2002, 637, 655; vgl. *Burhoff*, StraFo 2005, 140, 142 m.w.N.; vgl. *Rogall*, in: SK-StPO, § 81a Rn. 81; zur dogmatischen Begründung *Nelles*, Kompetenzen, S. 152 ff.; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 105 Rn. 85; s. auch bereits 4. Kap. B. I. 5. b) bb) (2) (b) (aa).

⁹⁹ BGH, NStZ 2012, 104, 105.

¹⁰⁰ BVerfG, NJW 2005, 1637, 1638.

¹⁰¹ BVerfGE 36, 85 m.w.N.; BGHSt 27, 85, 88; BGH, NJW 1978, 1858 unter Verweis auf Art. 103 Abs. 1 GG; *Bosbach*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 35 Rn. 9; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 35 Rn. 10; *Dürrig*, in: Maunz-Dürrig, GG, Art. 103 Rn. 78 ff. m.w.N.

¹⁰² *Bosbach*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StPO, § 35 Rn. 9; *Maul*, in: KK-StPO, § 35 Rn. 17.

hier die Kenntnis über den wahren Anlass und die Natur der Legierten Kontrolle für den Betroffenen von größter Bedeutung und für sein weiteres Verhalten im Verfahren relevant wäre. Die richterliche Kontrolle kann die fehlende Bekanntmachung nicht rechtfertigen, denn ausweislich des § 35 StPO geht der Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass die Bekanntmachung zusätzlich zur richterlichen Entscheidung notwendig ist.

Die Aussetzung der Bekanntmachung eines richterlichen Beschlusses ist der StPO indes nicht fremd; sondern bei verdeckten Maßnahmen aus praktischen Gründen zwingend. Es wäre schließlich kaum erfolgsversprechend, zum Beispiel einem Verdächtigen zunächst mitzuteilen, sein Telefon werde abgehört, um dann auf weitere Erkenntnisse aus dessen Gesprächen zu hoffen. Ebenso verhält es sich bei der Legierten Kontrolle: Würde der richterliche Beschluss dem Beschuldigten alsbald bekanntgemacht, würde ihr Zweck verfehlt. Das bloße Aussetzen der Begründung gem. § 34 StPO würde ebenfalls aufdecken, dass es einen richterlichen Beschluss, also wohl auch strafrechtliche Vorgänge gibt.¹⁰³

Daher sieht sich *Löffelmanns* Ansatz der Kritik ausgesetzt, dass er nicht das Problem der Ermittlungsbehörden löse, den richterlichen Durchsuchungsbeschluss samt Begründung gem. § 35 StPO bekanntmachen zu müssen.¹⁰⁴ Auch die anderen vorgestellten Vorschläge, mit Ausnahme von *Schefer*, adressieren diese Problematik nicht.

Es bleibt festzuhalten, dass die Suspendierung des § 35 StPO im Ergebnis dazu führt, dass der Betroffene nicht effektiv Rechtsschutz per sofortiger Beschwerde ersuchen kann. Der Schutz des Richtervorbehaltes wird dadurch teilweise entwertet. Es handelt sich damit um einen schweren, aber wie gesehen grundsätzlich möglichen Eingriff. In Fällen besonders schwerer Kriminalität erscheint dieser aber gerechtfertigt, zumal sich bei der Legierten Kontrolle auch kein milderer gleich geeigneter Weg finden ließe.¹⁰⁵

c) Rechtsfolgen

aa) Durchsuchungselement

Auf Rechtsfolgenseite muss die Legierte Kontrolle de lege ferenda die – „halboffene“ – Personen- und Sachdurchsuchung erlauben. *Schefer* verweist dazu in seinem Vorschlag auf den Durchsuchungsbegriff des § 102 StPO, da die Durchsuchung in der Legierten Kontrolle diesem entspreche.¹⁰⁶

¹⁰³ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 278 f.; vgl. zur möglichen Einschränkung der Offenlegung des Durchsuchungsbeschlusses *Jäger*, JA 2018, 551, 553; ebenfalls für eine verdeckte Ausgestaltung *Krehl*, StraFo 2018, 265, 269 f.

¹⁰⁴ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 275.

¹⁰⁵ Zu den gleichlautenden Erwägungen hinsichtlich der Beschlagnahme *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 227 Fn. 1176.

¹⁰⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 277.

Da § 102 StPO keine Legaldefinition enthält, ist wohl die Erläuterung des BVerfG gemeint, laut dem eine Durchsuchung die ziel- und zweckgerichtete Suche nach etwas meint, das der Adressat der Durchsuchung von sich aus nicht herausgeben oder offenlegen will.¹⁰⁷ Allerdings bezogen sich jene Ausführungen des Gerichts explizit auf die Wohnungsdurchsuchung.¹⁰⁸ Eine Übertragung dieser Formel auf die Personen- und Sachdurchsuchung ist zwar möglich, es ist aber fraglich, inwiefern sich daraus ein Mehrwert ergibt. Denn der Wortsinn von „Durchsuchung“ ist weithin selbsterklärend. Einer näheren Erläuterung bedurfte es lediglich im Rahmen der Wohnungsdurchsuchung in Abgrenzung zur bloßen behördlichen Betretung von Räumen.¹⁰⁹ Solche Abgrenzungsschwierigkeiten stellen sich im Rahmen der Legendierten Kontrolle, bei der naturgemäß nur eine Durchsuchung von Personen oder Sachen möglich ist, gerade nicht. Eine Unterscheidung ist hier höchstens zu allgemeinen Verkehrskontrollen vorzunehmen, wozu es der Verweisung auf § 102 StPO jedoch nicht bedarf.¹¹⁰

Einen Zweck mag man in der Anknüpfung an § 102 StPO darin sehen, dass sie mittelbar zu den Verfahrensregeln des § 105 StPO für Durchsuchungen führt. Jedoch bedürfte es dafür erstens keines Verweises auf § 102 StPO, da § 105 StPO lediglich allgemein von „Durchsuchungen“ spricht. Zweitens sind bei der Legendierten Kontrolle Modifikationen der klassischen Verfahrensregeln, namentlich des begründeten und bekanntzugebenden richterlichen Beschlusses, in der Legendierten Kontrolle vonnöten, um die Hintergrundermittlungen nicht aufzudecken. Folgerichtig stellt *Schefer* in seinem Vorschlag einer Legendierten Kontrolle de lege ferenda dann auch eigene Verfahrensregeln auf.

Der Mehrwert der Rückkopplung an § 102 StPO als Grundnorm läge somit wohl ausschließlich in dessen prozessualer Funktion: Eine Durchsuchung nach § 102 StPO und somit auch nach dem Entwurf darf (nur) zum Zweck der Ergreifung sowie zur Auffindung von Beweismitteln und nur bei Beschuldigten durchgeführt werden.¹¹¹

¹⁰⁷ BVerfGE 75, 318, 327; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 102 Rn. 6 m.w.N.; ähnlich *Kingreen/Poscher*, POR, § 17 Rn. 12.

¹⁰⁸ So heißt es in BVerfGE 75, 318, 327: „Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG“; „Aufspüren dessen ..., was der *Wohnungseigentümer* von sich aus nicht herausgeben ... will“; „verfassungsrechtlicher Begriff der Durchsuchung“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 75, 318, 327; BVerfG, NJW 2000, 943, 944; BVerfG, wistra 2008, 463, 464; BVerwG, NJW 2006, 2504 f. m.w.N.; BVerwGE 47, 31, 35 ff.; *Weiler*, in: GS Meurer, S. 395, 398; *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 102 Rn. 6; zuvor noch offengelassen in BVerfGE 32, 54, 73.

¹¹⁰ Zu den Gründen, aus denen die Rechtsgrundlage der allgemeinen Verkehrskontrolle vorliegend eindeutig nicht einschlägig ist, s. oben unter 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (1).

¹¹¹ Zur Differenzierung von Zwangsmitteln nach ihrer strafprozessualen Funktion *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 6. Kapitel § 29 Rn. 2; *Schroeder*, JZ 1985, 1028, 1029 ff.

Es erscheint jedoch sachdienlicher, diese Kautelen in eine etwaige neue Norm aufzunehmen. Denn die Inbezugnahme des § 102 StPO ist nicht nur weitgehend überflüssig, sie führt auch zu Widersprüchen, da die Durchsuchung der Legendierten Kontrolle gerade nicht der offenen Maßnahme des § 102 StPO entsprechen soll.¹¹²

bb) Täuschungselement

(1) Benennung als Täuschung

Eine Täuschung ist das zweite Kernstück der Legendierten Kontrolle und muss angesichts ihrer Eingriffsqualität ebenfalls durch die Rechtsgrundlage gestattet werden. Konkret bedarf es potenziell der folgenden Handlungen bzw. Unterlassungen: (i) das mündliche Nennen eines falschen Grundes für die Kontrolle und die Durchsuchung, (ii) der Verzicht auf das Ausstellen einer Durchsuchungsbescheinigung gem. § 107 StPO und (iii) das Ausstellen einer inhaltlich falschen Durchsuchungsbescheinigung.

Der Entwurf *Lange-Bertalots* und *Aßmanns* geht insofern nicht weit genug, wenn der Wortlaut „ohne sein Wissen“ eine bloße Heimlichkeit erlaubt, aber kein positives Kommunizieren falscher Tatsachen.

Ebenso verhält es sich bei *Löffelmanns* Anregung, analog zu § 147 Abs. 2 S. 1 StPO das Nichtoffenlegen der (wahren) Gründe für eine Maßnahme zu erlauben. Sowohl die Formulierung als auch die Analogie zu einer Norm, die gerade keine Täuschung erlaubt, belegen, dass die Problematik der Legendierten Kontrolle hierdurch nicht aufgelöst werden kann.

Schefers Entwurf sieht in Abs. 3 eine Täuschungsbefugnis vor, die jedoch sprachlich ungenau nicht als solche benannt wird. Stattdessen ist von Verheimlichen die Rede, welches aber ein Fingieren beinhalten soll.¹¹³ Dem Gebot der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit¹¹⁴ entsprechend sollte die Täuschung stattdessen als solche benannt werden.

(2) Begrenzung der Täuschung

Wie bereits erörtert ist eine Täuschung bei Zwangsmaßnahmen nicht per se unzulässig, sie muss aber besonders restriktiv gehandhabt werden.¹¹⁵ Es kommt

¹¹² S. dazu bereits 4. Kap. B.I.5.b)bb)(2)(b); vgl. auch *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 108 Rn. 7 m.w.N.: „Da es sich bei legendierten Kontrollen nicht um offene Ermittlungsmaßnahmen handelt, können diese grds. nicht auf §§ 102, 103, 105 gestützt werden.“

¹¹³ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 282 f. Zu den Unterschieden zwischen Heimlichkeit und Täuschung aus hiesiger Sicht s. 1. Kap. C.; ebenfalls differenzierend *Soiné/Weyhrich*, Kriminalistik 2020, 172, 175.

¹¹⁴ *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 289 m.w.N. aus der Rspr.

¹¹⁵ 3. Kap. A. sowie 6. Kap. A.I.1.

darauf an, ob eine verhältnismäßige Form möglich ist, die den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht verletzt.

Bei der Legendierten Kontrolle intensiviert die Täuschung den Durchsuchungseingriff und beeinträchtigt das rechtliche Gehör des Betroffenen. Auch ohne die Täuschung erhielte der Betroffene zwar keine Gelegenheit zur Stellungnahme vor Anordnung der Durchsuchung. Ihm wird im Folgenden aber auch nicht eröffnet, welche Objekte gesucht werden, sodass er nicht die Möglichkeit erhält, diese von sich aus herauszugeben. Diese Eingriffe sind zwar unumkehrbar, der Betroffene kann aber wenigstens Rechtsschutz in Form der sofortigen Beschwerde ersuchen, wenn er ausreichend Kenntnis von den Hintergründen erlangt.¹¹⁶ Seine Rechtsschutzmöglichkeiten sind durch die Täuschung in jedem Fall eingeschränkt. Ebenso verhält es sich mit den Rechten des Betroffenen während des Ermittlungsverfahrens. Solange er nicht nur im Unklaren über die Geschehnisse ist, sondern ihm sogar ein falscher Sachverhalt präsentiert wird, können der Betroffene und seine Verteidigung kaum sinnvoll auf das Verfahren einwirken. Zudem benötigen sie ausreichend Vorbereitungszeit, um während des Hauptverfahrens die Verteidigungsrechte angemessen wahrnehmen zu können.

Zu fragen ist nunmehr, ob diese täuschungsbedingten Einschränkungen so kompensiert werden können, dass dennoch insgesamt von einem fairen Verfahren auszugehen ist.

(a) Inhaltliche Begrenzung

Eine erste Einhegung kann dadurch erreicht werden, dass die Täuschung nicht pauschal, sondern nur zweckgebunden erfolgen darf. Unverhältnismäßigen Szenarien wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, in dem die Beamten vorgetäuscht hatten, der Angeklagte ähnele der Täterbeschreibung eines angeblichen Raubüberfalls,¹¹⁷ darf kein Vorschub geleistet werden.

Auf den ersten Blick ist *Scheifers* Begrenzung auf das Fingieren einer allgemeinen Verkehrskontrolle daher wünschenswert. Doch bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass die Täuschungsbefugnis, soll die Legendierte Kontrolle effektiv zum Auffinden der Beweismittel führen, dort nicht weit genug reicht: Wie bereits angesprochen umfasst die Allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO keine Befugnis zu einer so eingehenden Untersuchung wie eine Sachdurchsuchung nach Landespolizeirecht.¹¹⁸ Präziser wäre es daher, die Täuschung (nur) dahingehend zuzulassen, dass der Ursprung der Kontrolle verkehrstechnisch bedingt sei.

¹¹⁶ Grundlegend BVerfGE 96, 27; zust. *Park*, Durchsuchung, § 2 Rn. 321; a. A. (wegen „prozessualer Überholung“) noch BVerfGE 49, 329, 337; differenzierend BGHSt 28, 57, 58; 28, 206, 208; BGH, NJW 1995, 3397.

¹¹⁷ BGH, NStZ-RR 2018, 146.

¹¹⁸ S. bereits 4. Kap. B. I. 5. b) aa) (1).

Dabei muss diese Täuschung dem Adressaten gegenüber im Einzelfall auch schriftlich ausgestellt werden dürfen. Laut *Schefer* dient zwar bereits das Fehlen eines Durchsuchungsbeschlusses aus Sicht des Beschuldigten als überzeugender Anhaltspunkt für ein Vorgehen nach Gefahrenabwehrrecht.¹¹⁹ Diese Überlegung übersieht jedoch, dass auch die landesrechtlichen Normen auf Verlangen des Adressaten eine schriftliche Begründung vorsehen.¹²⁰ Soll die Täuschung nicht auffliegen, muss sie so weit gehen, auf Verlangen schriftlich eine falsche Ermächtigungsgrundlage und einen falschen Durchsuchungsgrund zu dokumentieren. Eine Ermächtigungsgrundlage de lege ferenda müsste dies also zulassen.

Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle auch erwähnt sein, dass eine Legendierte Kontrolle de lege ferenda keinen Verstoß gegen § 136a StPO legitimieren könnte. Eine Befragung in der Kontrollsituation muss daher unterbleiben. Wie praktikabel diese Vorgabe wäre, ist jedoch zweifelhaft, zählt doch etwa die Frage nach etwaigen verbotenen Gegenständen an Bord zum Standardprozedere der Polizei. Sollten daher dennoch auf diese Weise Erkenntnisse gewonnen werden, unterlägen sie nach wie vor einem Beweisverwertungsverbot.

(b) Zeitliche Begrenzung

Eine weitere Möglichkeit, den Eingriff durch die Täuschung zu begrenzen, liegt in ihrer Befristung. *Schefer* will die Täuschung solange zulassen, wie sie für das ermittlungstaktische Bestreben erforderlich ist, höchstens aber bis zur Klageerhebung.¹²¹ Wann aber ist die Täuschung für das ermittlungstaktische Bestreben erforderlich? Grundsätzlich wollen die Behörden ihre Aktivitäten bei insgesamt umfangreichen Ermittlungen stets möglichst spät aufdecken, um parallel zu dem Kurier möglichst viele Beweise gegen weitere Beteiligte zusammenzutragen. Ausgehend davon, dass die Information betreffend die Hintergrundermittlungen über den Kurier auch an die Organisation weitergeleitet würde, ist dessen Täuschung immer erforderlich, bis die Ermittlungen gegen die anderen Verdächtigen oder Beschuldigten abgeschlossen sind. Angesichts des Beschleunigungsgebots gegenüber dem oftmals inhaftierten Kurier einerseits und den teils jahrelangen Ermittlungen gegen die Köpfe Organisierter Kriminalität andererseits wird dieser Zeitpunkt jedoch regelmäßig nach der Klageerhebung gegen den Kurier liegen.

Die StPO bewertet dagegen bereits den Abschluss der Ermittlungen als Zäsur. Während im Ermittlungsverfahren noch der Ausschluss des Beschuldigten von Informationen zugunsten des Ermittlungserfolgs möglich ist, verbietet sich dies

¹¹⁹ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 287f.

¹²⁰ Vgl. exemplarisch § 15 Abs. 2 S. 2 HmbSOG: „Dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist auf Verlangen eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund zu erteilen.“

¹²¹ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 287.

im Anschluss als Ausdruck der Waffengleichheit.¹²² Zudem ist ein Aufrechterhalten der Täuschung bei vollumfänglicher Akteneinsicht unmöglich. Will man § 147 StPO (zu recht) nicht infrage stellen, markiert bereits der Abschluss der Ermittlungen eine faktische Höchstgrenze, woran sich auch eine Neuregelung orientieren sollte.

Da die Voraussetzung der „Erforderlichkeit“ nach lebensnaher Voraussicht nicht zu einer zusätzlichen zeitlichen Eingrenzung der Täuschung führen wird, bietet eine Befristung mit Verlängerungsmöglichkeit das höhere Schutzniveau.¹²³

(c) Aufklärungserfordernis

Das BVerfG erkennt einen Benachrichtigungsanspruch bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen als wesentliches Erfordernis eines effektiven Grundrechtsschutzes im Bereich sowohl des behördlichen als auch des gerichtlichen Verfahrens an.¹²⁴

Angelehnt an das Verfahren bei verdeckten Maßnahmen (§ 101 Abs. 5 StPO) kann eine Benachrichtigungspflicht über den wahren Anlass der Legendierten Kontrolle gegenüber den Betroffenen erwogen werden, um die Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem wieder herzustellen. Dieser Effekt würde freilich nur ex nunc eintreten.

cc) Legendierte Aktenführung de lege ferenda

Wie bereits festgestellt bedarf es aus praktischer Sicht Legendierter Aktenführung, soll die Legendierte Kontrolle nicht alsbald aufgedeckt werden. Doch auch der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit darf nicht einfach ausgesetzt werden; die Legendierte Aktenführung bedürfte ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage. *Lange-Bertalots* und *Aßmanns* Entwurf klammert diesen Topos komplett aus und ist bereits aus diesem Grund nicht praktikabel.

Auch *Löffelmanns* – zugegeben eher abstrakter – Vorschlag einer Norm, die analog zu § 147 Abs. 2 S. 1 StPO das Nichtoffenlegen der (wahren) Gründe für eine Maßnahme erlaubt, bietet keine zufriedenstellende Lösung an. Zwar kann die Formulierung grundsätzlich so weit verstanden werden, dass nicht nur die Kontrolle selbst, sondern auch die Aktenführung legendiert erfolgen solle. Ihm ist aber entgegenzuhalten, dass § 147 Abs. 2 S. 1 StPO, dem der Gedanke entlehnt ist, keine Täuschungsbefugnis enthält.¹²⁵ Ein bloßes Nichtoffenlegen (von dem konsequenterweise die Rede ist), reicht gerade nicht, um die Legendierte

¹²² S. bereits 5. Kap. C. II. 1. b) aa).

¹²³ Vgl. etwa § 100e Abs. 1 S. 4, 5 StPO.

¹²⁴ BVerfGE 129, 208; vgl. auch BVerfGE 100, 313, 361.

¹²⁵ S. dazu bereits 5. Kap. C. II. b) bb) (1).

Kontrolle sinnvoll einzusetzen. Zu dem bloßen Verschweigen der wahren Gründe muss ein Mehr hinzukommen; den Betroffenen muss eine plausible alternative Erklärung für den Vorgang angeboten werden. Dasselbe gilt bei der Versagung der Akteneinsicht.

Da § 147 StPO keine passende Rechtsgrundlage enthält, böte es sich an, eine Regelung zur Legendierten Aktenführung mit in eine Norm *de lege ferenda* zu integrieren. So sieht *Schefer*s Entwurf vor, dass eine Täuschungsbefugnis *de lege ferenda* entsprechend für die Aktenführung gelten solle. Der Zeitpunkt der Anklageerhebung soll dabei „äußerste Grenze“ sein.¹²⁶

(1) Offene Probleme

(a) Konflikt mit dem Fairnessprinzip und dem Recht auf effektive Verteidigung

Auch eine Rechtsgrundlage für die Legendierte Aktenführung hilft nicht über den stets bestehenden Konflikt mit dem Fairnessprinzip und dem Recht auf effektive Verteidigung hinweg. Zwar wird eine Abwägung zu dem ebenfalls bedeutenden Ziel einer effektiven Strafverfolgung getroffen, bei der es unmöglich ist, allen Interessen zur vollen Geltung zu verhelfen. Der Vorschlag, spätestens bei Anklageerhebung die Legendierung aufzulösen, mildert zudem den Eingriff ab. Auch wird der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit nicht absolut gewährt; es bestehen bereits nach geltendem Recht Einschränkungen.

Doch es ist ein grundlegender Unterschied, ob die Akteneinsicht lediglich verwehrt wird oder gezielt falsche Informationen fabriziert und an den Beschuldigten bzw. dessen Verteidigung herausgegeben werden. Ein solches Vorgehen stellt einen Dammbruch dar. Das erhebliche Fehlerpotenzial und Missbrauchsrisiko sind angesichts der bestenfalls ungewissen Wirksamkeit der Legendierten Kontrolle unverhältnismäßig. Schließlich wäre eine Legitimierung der Legendierten Aktenführung auch fatal für das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat.¹²⁷

(b) Offenlegung bei Untersuchungshaft

Im Rahmen der Untersuchungshaft oder der vorläufigen Festnahme sind der Verteidigung die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO zu gewähren. Eine Legendierte Aktenführung verbietet sich demnach jedenfalls dann, wenn sich die strafrechtlichen Hintergrundermittlungen wesentlich auswirken. Wie gesehen ist

¹²⁶ *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 283, vgl. auch S. 284.

¹²⁷ Ähnlich *Börner*, StraFo 2018, 1, der auf das Erfordernis einer glaubwürdigen und integren Strafjustiz hinweist.

das nicht der Fall, wenn sie ausschließlich belastend wirken und der Betäubungsmittel-Fund bereits für sich genommen zur Rechtfertigung der vorläufigen Festnahme oder Haft ausreicht – vorausgesetzt, der Ermittlungsrichter wird dementsprechend nicht von den Hintergrundermittlungen unterrichtet und kann sie folglich nicht in seine Entscheidung einfließen lassen. Weiß der Richter hingegen von den Hintergrundermittlungen, muss er sie dem Beschuldigten wegen dessen Anspruchs auf rechtliches Gehör offenlegen.

Angesichts der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung und des Grundrechts auf Freiheit der Person handelt es sich bei der Untersuchungshaft um einen Eingriff, wie er intensiver kaum möglich wäre. Die Möglichkeit, diesen unmittelbar auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, darf daher keinesfalls beschnitten werden. Eine Befugnis zur Legendierten Aktenführung de lege ferenda könnte somit nichts an dem Sicherungsmechanismus, den § 147 Abs. 2 S. 2 StPO zur Verfügung stellt, ändern.

Eine Befugnis zur Legendierten Aktenführung hilft daher den Ermittlungsbehörden über die Problemstellung bei der Haftprüfung nicht hinweg. Das gilt erst recht, wenn die Hintergrundermittlungen im Einzelfall auch entlastende Beweise zutage fördern. Jene sind stets relevant für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haft.¹²⁸

(c) Konflikt mit dem Gewaltenteilungsprinzip und dem Anspruch auf rechtliches Gehör

In keiner Weise adressieren die bisherigen Vorschläge die Frage, ob die Legendierte Aktenführung auch gegenüber einem Ermittlungsrichter praktiziert werden soll. Dies stellt wie gesehen den Grundsatz der Gewaltenteilung in Frage und wäre daher hoch problematisch. Werden dem Ermittlungsrichter hingegen die tatsächlichen Hintergründe offengelegt, müsste er sie bei der Haftprüfung dem Beschuldigten mitteilen, um nicht gegen Art. 103 GG und § 136 Abs. 1 und 2 StPO zu verstoßen.

Somit stellt sich auch insofern das Dilemma, dass die Legendierte Aktenführung entweder mit Verfassungsrecht in Konflikt gerät oder aber in der Praxis ihre gewünschte Wirkung verfehlt.

(2) Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass eine Legendierte Aktenführung (de lege ferenda) mindestens in Fällen der Untersuchungshaft aus verfassungsrechtlichen Gründen nur eingeschränkt möglich ist. In der Praxis wird das einen Großteil der Fälle

¹²⁸ S. zu all dem bereits 5. Kap. C.II. 1. b) aa) (3).

ausmachen. Aber auch wenn keine unmittelbare Freiheitsentziehung geprüft wird, sprechen die überzeugenderen Gründe dafür, eine Abwägung zugunsten der Beschuldigtenrechte zu treffen.

d) Eigener Formulierungsvorschlag

Somit könnte eine konkrete Regelung de lege ferenda wie folgt lauten:

§ 110 e StPO [Legendierte Kontrolle]

(1) ¹Liegen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,

2. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder

3. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist, darf bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer hinreichend verdächtig ist, eine Personen- oder Sachdurchsuchung auch ohne Offenlegung der wahren Hintergründe und unter Vortäuschung einer verkehrsbedingten Ursache durchgeführt werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde und andernfalls der Gesamtermittlungserfolg gefährdet wäre. ²Die Maßnahme ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) ¹Die Durchsuchung darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. ²§ 35 ist suspendiert.

(3) ¹Die Gründe der Anordnung der Legendierten Kontrolle sind schriftlich zu dokumentieren. ²Eine Legendierte Aktenführung findet unbeschadet des § 147 Absatz 2 nicht statt.

(4) ¹Die Legendierung nach Absatz 1 darf nur so lange aufrechterhalten werden, wie dies zur Sicherung des Gesamtermittlungserfolgs erforderlich ist, höchstens aber bis zum Abschluss der Ermittlungen. ²Dem Beschuldigten sind anschließend die wahren Hintergründe des Zugriffs unverzüglich durch die zuständige Behörde mitzuteilen. ³Plant die Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Absatz 1), räumt sie dem Beschuldigten noch vor Abschluss der Ermittlungen einen angemessenen Zeitraum zur Verteidigung ein.

2. Gesamtergebnis

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Die Schaffung einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme, die Legendierte Kontrollen im Sinne einer gezielten Kombination aus Durchsuchung und Täuschung gestattet, ist grundsätzlich denkbar. Eine solche Maßnahme würde schwerwiegende Eingriffe ermöglichen, sodass es zahlreicher Sicherungsmechanismen bedürfte, um dennoch ein faires Verfahren zu gewährleisten.

Anders verhält es sich mit der Legendierten Aktenführung, die der Legendierten Kontrolle notwendigerweise nachfolgen müsste, um deren Täuschung aufrechtzuerhalten. Die Legendierte Aktenführung begegnet tiefgreifenden Bedenken angesichts ihres erheblichen Fehler- und Missbrauchspotenzials. Sie widerspricht diametral dem Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit und damit auch dem Fairness- und Rechtsstaatsprinzip. In manchen Fällen wäre auch der Grundsatz der Gewaltenteilung berührt.

Die Ablehnung der Legendierten Aktenführung reduziert zugleich jede Wirksamkeit der Legendierten Kontrolle (an der nach hier vertretener Auffassung ohnehin schon massive Zweifel bestehen) auf den Zeitraum von der Kontrolle bis zur Haftprüfung oder Akteneinsichtnahme.

III. Zusammenfassung des 6. Kapitels

Die Regelung einer Legendierten Kontrolle de lege ferenda ist somit grundsätzlich in verfassungskonformer Weise möglich. Es handelt sich dabei um einen intensiven Eingriff in die Rechte der Betroffenen, der durch verschiedene Sicherungsmechanismen begrenzt werden müsste, sodass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bliebe.

Wenngleich keine diesbezügliche Pflicht besteht, steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, die Legendierte Kontrolle gesetzlich zu regeln.

Hingegen würde durch die Gestattung Legendierter Aktenführung eine rote Linie überschritten, die es im Rechtsstaat zu bewahren gilt. Auch die bereits vortragenen Ideen bieten insofern keine (überzeugenden) Lösungen an. Eine täuschende Aktenführung kann daher nicht Teil eines Gesetzesvorhabens sein. Die Ermittlungsbehörden sind insofern weiterhin darauf verwiesen, bei Vorliegen der Voraussetzungen die Akteneinsicht vorübergehend verweigern zu dürfen.

7. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit

Die wesentlichen Erkenntnisse und Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. „Legendierte Kontrolle“ beschreibt die polizeiliche Vorgehensweise, Kurieren von Betäubungsmitteln und von anderen illegalen Gegenständen eine allgemeine, zufällige Verkehrskontrolle vorzuspiegeln, obwohl die Ermittlungsbehörden den Fahrer tatsächlich deswegen stoppen, weil sie bereits Kenntnis von dem Schmuggel haben. Die Praxis entspringt dem Zielkonflikt der Ermittlungsbehörden, einerseits die belastenden Beweise sichern und keine gefährlichen Gegenstände in den deutschen Markt einlassen, und andererseits aus ökonomischen Erwägungen heraus aufwändige verdeckte Ermittlungen gegen ein gesamtes kriminelles Netzwerk nicht vorzeitig offenlegen zu wollen. Es ist anzunehmen, wenngleich nicht statistisch belegbar, dass das Instrument inzwischen massenhaft eingesetzt wird.
2. Seit geraumer Zeit herrscht ein klarer Trend zur sukzessiven Ausweitung der verdeckten und täuschenden Methoden sowohl im Bereich der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung. Dies ist vor dem Hintergrund erklärbar, dass die Verfolgung Organisierter Drogenkriminalität selten an Strafbarkeitslücken, sondern vielmehr an Beweisfragen scheitert. Organisierte Kriminalität, die schwerwiegende Gefahren für Individualrechtsgüter, aber auch für gesamtgesellschaftliche Interessen birgt, wirkt daher als Treiber insbesondere der verfahrensrechtlichen Maßnahmen. Dies gilt für Polizei- und Strafprozessrecht gleichermaßen, da sich die rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität häufig an der Schnittstelle von Prävention und Repression bewegt. Dementsprechend bestehen oftmals parallele Ermächtigungsgrundlagen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, die dieselben Maßnahmen gestatten, aber nicht immer denselben Voraussetzungen unterliegen.
3. Bezweckt eine Maßnahme im Einzelfall sowohl Prävention als auch Repression, handelt es sich um eine doppel funktionale Maßnahme. Besteht sowohl eine polizeirechtliche als auch eine strafprozessuale Rechtsgrundlage, ist die Natur nach dem Schwerpunkt der Maßnahme zu bestimmen. Eine einseitige gesetzgeberische Klarstellung des Bundes- oder der Landesgesetzgeber schei-

det mangels ausreichender Kompetenzen aus, sofern nicht der jeweils eigene Anwendungsbereich beschnitten werden soll. Daher empfiehlt es sich für die Rechtsprechung, klare und konsistente Indizien herauszuarbeiten, anhand derer im Streitfall die Natur einer Maßnahme zu bestimmen ist, um so der Rechtssicherheit zu größtmöglicher Geltung zu verhelfen. Es sollte eine widerlegliche Vermutung aufgestellt werden, dass sich die ursprüngliche Rechtsnatur einer Maßnahme so lange fortsetzt, bis die äußeren Umstände eine Neubewertung der Situation erfordern und ein anderer Zweck die Oberhand gewinnt.

4. Der 2. Strafsenat des BGH hat die Legendierte Kontrolle wiederholt für grundsätzlich zulässig erachtet. Kern der Argumentation ist, dass die Legendierte Kontrolle eine doppel funktionale Maßnahme sei und daher auch auf landesrechtliche Durchsuchungs-Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden dürfe. Ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss sei daher nicht erforderlich. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden; vielmehr ist die Legendierte Kontrolle *de lege lata* aufgrund mehrerer Faktoren unzulässig.
5. Die Legendierte Kontrolle besteht aus einer Kombination verschiedener rechtlicher Maßnahmen. Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der vorangegangenen verdeckten Hintergrundermittlungen bestehen keine grundlegenden Bedenken. Auch eine (längerfristige) Observation des Kuriers und die Feststellung seiner Identität, sofern sie noch nicht bekannt ist, werden in der Regel rechtmäßig sein.
6. Anders verhält es sich mit der Legendierten Durchsuchung, für die keine Ermächtigungsgrundlage besteht, deren Voraussetzungen auch erfüllt werden. Die Rechtsgrundlage der allgemeinen Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO scheidet mangels verkehrsbedingten Zwecks und mangels passender Rechtsfolge, Gestattung einer *vollumfänglichen* Durchsuchung, aus. Die Legendierte Durchsuchung kann auch nicht auf Gefahrenabwehrrecht gestützt werden, da der Gesamtkontext, die handelnden Akteure und die zugrundeliegenden kriminaltaktischen Erwägungen einen (mindestens) weit überwiegenden strafprozessualen Zweck belegen. Es handelt sich daher nicht um eine doppel funktionale Maßnahme. Selbst unter der Annahme einer doppel funktionalen Natur wäre ein etwaiges Wahlrecht der Ermittlungsbehörden als rechtsmissbräuchlich auszuschließen, da seine Ausübung allein der Umgehung von strengeren Voraussetzungen des strafprozessualen Regimes dient. Als Rechtsgrundlage der Durchsuchung kommen daher nur §§ 102, 105 StPO in Betracht. Danach wäre eine Durchsuchung verhältnismäßig, jedoch verstoßen die involvierten Beamten gegen den Richtervorbehalt, indem sie die Maßnahme ohne das Vorliegen von Gefahr im Verzug selbst anordnen. Zudem zeichnet sich das Wesen der Legendierten Kontrolle gerade durch die Kombination aus repressiver Durchsuchung und Täuschung aus. Die „halb-

offene Durchsuchung“ verleiht der Maßnahme eine eigene, neue Qualität, die nicht beachtet, dass die strafprozessuale Durchsuchung als offene Maßnahme konzipiert ist. Auch eine Einwilligung des Fahrers kann diese Fehler nicht heilen, da sie irrtumsbedingt unwirksam ist.

7. Die rechtswidrig aus der Legendierte Durchsuchung gewonnenen Beweise lassen sich nicht gem. § 161 Abs. 3 StPO im Strafprozess verwerten. Vielmehr unterliegen die aufgefundenen Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot: Der Schutzzweck des Richtervorbehalts kann nicht nachträglich erreicht werden. Zudem sind ermittlungstaktische Erwägungen ein sachfremder Grund, sich auf eine bestimmte Rechtsgrundlage zu berufen, wenn dadurch prozessuale Sicherungsmechanismen zugunsten der Beschuldigtenrechte unterlaufen werden sollen. Somit handelt es sich um einen willkürlichen und systematischen Verstoß. Ein hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff ist nicht zu berücksichtigen.
8. Der Beschuldigte kann gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog die gerichtliche Entscheidung über die Maßnahme beantragen und die Verfahrensverstöße rügen.
9. Wehrt sich der Kurier körperlich gegen die Legendierte Durchsuchung, setzt er sich – obwohl sie unzulässig ist – u. a. dem Strafbarkeitsrisiko wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte aus. Denn aufgrund der eigenständigen Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs in § 113 Abs. 3 StGB kann die Legendierte Durchsuchung je nach Einzelfall eine rechtmäßige Diensthandlung i. S. d. § 113 StGB sein, wenn der handelnde Beamte einer bindenden Anweisung folgt und über die Rechtmäßigkeit irrt. Ein Notwehrrecht des Kuriers besteht spiegelbildlich nur bei einer nicht rechtmäßigen Diensthandlung.
10. Die Legendierte Kommunikation, die mit dem Beschuldigten stattfindet, ist eine neben der Durchsuchung eigenständige, ebenfalls repressive Maßnahme. Auch der Legendierten Kommunikation mangelt es an einer Rechtsgrundlage. Zwar berührt eine hoheitliche Täuschung grundsätzlich nicht die Menschenwürde des Betroffenen, sie kann aber im Einzelfall mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens (insbesondere mit dem grundrechtlich garantierten Gebot der Waffengleichheit und der Selbstbelastungsfreiheit) konfliktieren. Darüber hinaus kann der Anspruch auf rechtliches Gehör betroffen sein. Somit besteht zwar kein Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns. Ein Grundsatz der Zulässigkeit oder gar Gebotenheit staatlicher Täuschungen lässt sich dem Strafverfahrensrecht jedoch ebenso wenig entnehmen. Somit bedarf eine Täuschung, die in Grundrechte eingreift, angesichts des Vorbehalts des Gesetzes mindestens einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Die Generalermittlungsklausel der StPO vermag nur „leichte“ Täuschungen zu stützen, und greift daher nicht für Legendierte Kommunikation, sodass es auch hierfür an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt. Wird der Kurier zudem befragt, handelt es

sich um eine Vernehmung, die gegen das Täuschungsverbot des § 136a StPO verstößt. Folglich zieht auch die Legendierte Kommunikation ein (absolutes) Beweisverwertungsverbot betreffend etwaige Aussagen des Beschuldigten nach sich.

11. Um die Täuschung über eine allgemeine Verkehrskontrolle trotz Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten bzw. dessen Verteidigung aufrechtzuerhalten, werden die wahren Hintergründe der Kontrolle oftmals auch in den Akten nicht offengelegt (Legendierte Aktenführung). Verschiedene Täuschungsmethoden sind geschicktes Formulieren und explizit unwahre Berichte. Das gekennzeichnete Auslassen bestimmter Informationen ist nicht praxistauglich, da dies für den Beschuldigten bereits auf strafrechtliche Ermittlungen hindeutet. Daher ziehen sich die Behörden stattdessen teils darauf zurück, dass eine Akte aktuell nicht verfügbar sei.

Legendierte Aktenführung widerspricht dem nicht explizit normierten, aber verfassungsimmanenten Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit. Der Grundsatz dient der Sicherstellung der Verfahrenszwecke des Strafprozesses, aber auch des fairen Verfahrens und dem Gewaltenteilungsprinzip.

Es besteht auch keine Rechtsgrundlage, die davon eine Ausnahme für Legendierte Aktenführung machen würde. Die Staatsanwaltschaft darf somit lediglich gem. § 147 Abs. 2 StPO die Akteneinsicht vor Abschluss der Ermittlungen ablehnen, soweit der Ermittlungserfolg – auch in separaten Strafverfahren gegen andere Mitglieder des kriminellen Netzwerkes – gefährdet werden könnte. Eine Täuschungsbefugnis beinhaltet § 147 Abs. 2 StPO hingegen nicht. Auch vor Abschluss der Ermittlungen sind dem Beschuldigten im Falle seiner Verhaftung gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO für die Haftentscheidung wesentliche Informationen offengelegt werden; im Falle Legendierter Kontrollen also insbesondere auch entlastende Umstände.

12. Die Zurückhaltung von Informationen durch den Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten kommt angesichts ihres besonderen Vertrauensverhältnisses und dem Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung nicht in Betracht.
13. Wird die Akteneinsicht zu Unrecht nicht oder nur legendiert gewährt, verstößt dies gegenüber dem Beschuldigten gegen das Fairnessprinzip. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens ergibt sich zwar nicht aus § 31 BtMG, aber aus der Missachtung des Gebots der Waffengleichheit. Wird die Legendierung gegenüber der Staatsanwaltschaft und/oder dem Gericht aufrechterhalten, verstößt das gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und auf einfachgesetzlicher Ebene gegen § 168b StPO bzw. § 199 Abs. 2 StPO.

14. Ein Beweisverwertungsverbot entsteht insofern nicht. Der Betroffene kann lediglich Rechtsschutz in Form einer Dienstaufsichtsbeschwerde in Anspruch nehmen. Führt die Legendierte Aktenführung jedoch dazu, dass mehrere Strafverfahren eingeleitet werden, kann bezüglich des zweiten Verfahrens ein Verfahrenshindernis wegen Verstoßes gegen das Doppelverfolgungsverbot entstehen.
15. Die Manipulation des Akteninhalts birgt Strafbarkeitsrisiken für Hoheitsträger. Im Einzelfall können insbesondere der Tatbestand der Urkundenfälschung, der Urkundenunterdrückung, des Verwahrungsbruchs im Amt, der Rechtsbeugung sowie der Strafvereitelung im Amt erfüllt sein.
16. Eine spezialgesetzliche Regelung der Legendierten Kontrolle durch den Gesetzgeber wäre grundsätzlich zulässig. Gemessen an der momentanen Praxis könnte eine Norm *de lege ferenda* je nach Ausgestaltung auch mehr Rechtssicherheit bieten und Beschuldigtenrechte besser wahren. Die Regelung wäre im Strafprozessrecht anzusiedeln und müsste verschiedene Kautelen zur Sicherung von Verfahrensrechten vorsehen.

B. Abschließende Thesen und Ausblick

Abschließend sollen einige Thesen zur Zukunft der Legendierten Kontrolle aufgestellt werden:

1. *Das Leiturteil des 2. BGH-Strafsenats hat Legendierte Kontrollen nicht vollumfänglich für zulässig befunden. Es herrscht auch in Zukunft keine Rechtssicherheit beim Einsatz des Instruments.*

Die Abgrenzung von Prävention und Repression fällt umso schwerer, seit der BGH die Einordnung als Gefahrenabwehr trotz zahlreicher entgegenstehender Indizien zulässt, sie aber bei „rechtsmissbräuchlicher Umgehung“ ablehnt. Auch die Frage, ob nicht bereits in der Kontrollsituation belehrt werden müsste, bleibt weiterhin unklar. Angesichts ihrer weitreichenden Konsequenzen sollte die Legendierte Kontrolle nicht (ähnlich dem Einsatz von Vertrauensleuten und Lockspitzeln) in der aktuellen rechtlichen Grauzone verbleiben.

2. *Die Einordnung von Legendierten Kontrollen und anderen (vermeintlich) doppelunktionalen Maßnahmen sollte um eine Zweifelsregelung ergänzt werden, um eine missbräuchliche Umgehung von Eingriffsvoraussetzungen auszuschließen.*

Das enge Nebeneinander von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch sich überschneidende Anwendungsbereiche und parallele hoheitliche Befugnisse wird auch in Zukunft insbesondere in bestimmten Kriminalitätsberei-

chen wie der Organisierten Kriminalität weiter bestehen bleiben, sodass sich schwierige Abgrenzungsfragen stellen.

3. *Im Kontext Legendierter Kontrollen ist neben der systematischen Umgehung von Beschuldigtenrechten ein Kontrollverlust der Staatsanwaltschaft zu besorgen.*

Das besprochene Leiturteil lässt nicht nur das eigenmächtige Handeln der Polizei ohne Einbeziehung bzw. nachträgliche Informierung der Staatsanwaltschaft zu, sondern setzt sogar einen Anreiz dazu. Die strafprozessuale Funktion der Staatsanwaltschaft wird, ebenso wie die des Ermittlungsrichters, untergraben. Es erscheint aus Sicht der Staatsanwaltschaft zur weiteren Sensibilisierung sachgerecht, eine allgemeine Anordnung dahingehend zu erlassen, in Fällen, die auf eine Legendierte Kontrolle hinauslaufen, stets umgehend und umfassend informiert zu werden.

4. *Anstelle eines nicht regulierten Einsatzes sollte eine Einhegung de lege ferenda stattfinden.*

Aus kriminalistischer Sicht stellen sich Zweifel an der Wirksamkeit Legendierter Kontrollen, sodass ein gesetzgeberisches Tätigwerden nicht uneingeschränkt gefordert werden kann. Da aber eine Abkehr der Praxis von der Legendierten Kontrolle nach dem Leiturteil aus 2017 unwahrscheinlich scheint, wäre eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung de lege ferenda gegenüber der Fortsetzung der bisherigen Praxis vorzugswürdig.

5. *Eine Legendierte Aktenführung bleibt hingegen indiskutabel.*

Jede Form Legendierter Aktenführung führt zu einem massiven Vertrauensverlust in das rechtsstaatliche Verfahren und birgt Missbrauchs- und Fehlerpotenzial. Insbesondere mit dem Recht auf effektive Verteidigung ist ein solches Instrument auch künftig unvereinbar. Die weitere Entwicklung in diesem Bereich verspricht interessant zu werden: Mit flächendeckender Einführung der elektronischen Akte werden sich die Staatsanwälte künftig nicht länger darauf zurückziehen können, dass die betreffende Akte derzeit versandt sei. Es erscheint gut möglich, dass es auch außerhalb der Legendierten Kontrolle weitere Bestrebungen geben wird, eine Legendierte Aktenführung einzuführen, weil sie ermittlungstaktisch günstiger erscheint als die bloße Verweigerung der Akteneinsicht.

6. *Es bleibt abzuwarten, ob die Legendierte Kontrolle vor dem Hintergrund der Europäisierung des Strafverfahrens, etwa im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung, strategisch über Ländergrenzen hinweg von ausländischen Ermittlungsbehörden genutzt werden wird.*

Im Ausland wird die Legendierten Kontrolle bzw. eine vergleichbare Praxis jedenfalls – soweit ersichtlich – derzeit nicht ähnlich kontrovers diskutiert.

C. Praxishinweise

Aus hiesiger Sicht sollte die Legendierte Kontrolle de lege lata als unzulässig unterlassen werden, sodass die nachfolgenden Hinweise keinen Best-practice-Ansatz, sondern den Mindeststandard abbilden sollen:

- Eine Legendierte Kontrolle muss jedenfalls unterbleiben, wenn keine gefährlichen Gegenstände an Bord des Fahrzeugs oder beim Fahrer vermutet werden.
 - Es darf keine Befragung des unbelehrten Fahrers während der Durchsuchung stattfinden.
 - Der vollständige Sachverhalt ist durch die Polizei der Staatsanwaltschaft unverzüglich mitzuteilen.
 - Akten sind vollständig und wahrheitsgemäß zu führen.
 - Die Akteneinsicht darf im Rahmen des § 147 Abs. 2 StPO vor Abschluss der Ermittlungen verweigert werden, soweit sonst der Untersuchungszweck (auch in einem anderen Verfahren) gefährdet wäre.
 - Die Akteneinsicht ist frühestmöglich, mindestens aber mit ausreichend Vorlauf vor der Anklageerhebung (nicht erst im Zwischenverfahren oder gar nach Eröffnung des Hauptverfahrens) auf Antrag zu gewähren.
 - Hat eine Täuschung stattgefunden, ist dem Beschuldigten der Sachverhalt gesondert mitzuteilen (Benachrichtigungspflicht).
 - Er ist ggf. (qualifiziert) zu belehren.
 - Keinesfalls darf bewusst ein unvollständiger Sachverhalt angeklagt werden.
- Die Legendierte Kontrolle bleibt nach alledem auch in Zukunft brisant.

Literaturverzeichnis

- Achenbach*, Hans: Vorläufige Festnahme, Identifizierung und Kontrollstelle im Strafprozeß, in: JA 1981, S. 660–666
- Achenbach*, Hans/*Ransiek*, Andreas/*Rönnau*, Thomas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. WiStra, Kap. Rn.)
- Adam*, Jürgen/*Schmidt*, Karsten/*Schumacher*, Jörg: Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, in: NStZ 2017, S. 7–13
- Ahlens*, Henrik: Grenzbereich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, Frankfurt am Main 1998 (zit.: *Ahlens*, Grenzbereich, S.)
- Albers*, Marion: Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001 (zit.: *Albers*, Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge, S.)
- Albrecht*, Peter-Alexis: Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren – Bemerkungen zum Strafverfahrensänderungsgesetz vom 01.11.2000, in: StV 2001, S. 416–420
- Altwater*, Gerhard: Legendierte Kontrollen, in: Barton, Stephan et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, München 2018, S. 1–15 (zit.: *Altwater*, in: FS Schlothauer, S.)
- Ambos*, Kai: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, in: ZStW 115 (2003), S. 583–637
- Amelung*, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1972 (zit.: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S.)
- Amelung*, Knut: Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin 1976 (zit.: *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S.)
- Amelung*, Knut: Anmerkung zu BGH, in: NJW 1978, S. 1013–1014
- Amelung*, Knut: Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: StV 1985, S. 257–263
- Amelung*, Knut: Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, in: JuS 1986, S. 329–337
- Amelung*, Knut: Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweisichernden Haus-suchungen im Strafverfahren, in: NJW 1991, S. 2533–2540
- Amelung*, Knut: Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i. S. des Art. 13 II GG, in: NStZ 2001, S. 337–343
- Amelung*, Knut: Der strafprozessuale Eingriff in ein Grundrecht als Staatsakt, in: Brenner, Michael et al. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität im Wandel.

- Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 3–23 (zit.: *Amelung*, in: FS Badura, S.)
- Arloth*, Frank: Verfahrenshindernis und Revisionsrecht, in: NJW 1985, S. 417–418
- Asbrock*, Bernd: Der Richtervorbehalt – prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster?, in: ZRP 1998, S. 17–20
- Bäcker*, Carsten: Gerechtigkeit im Rechtsstaat: das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen 2015 (zit.: *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S.)
- Bäcker*, Matthias: Kriminalpräventionsrecht. Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht, Tübingen 2015 (zit.: *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, S.)
- Bäcker*, Matthias/*Denninger*, Erhard/*Graulich*, Kurt (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hdb. Polizeirecht, Teil Rn.)
- Backes*, Otto/*Gusy*, Christoph: Dokumentation – Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? Eine empirische Untersuchung von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen, in: StV 2003, S. 249–252
- Backes*, Otto/*Ransiek*, Andreas: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, in: JuS 1989, S. 624–629
- Baer*, Martin Sebastian: Gefahrenabwehrrechtliche Denkfiguren im Straf- und Maßregelvollzugsrecht, in: NSTz 2009, S. 529–538
- Bär*, Wolfgang: Polizeilicher Zugriff auf kriminelle Mailboxen, in: CR 1995, S. 489–500
- Barczak*, Tristan: Habeas Corpus auf deutschen Straßen: Verfassungswidrigkeit freiheitsbeschränkender Verkehrskontrollen nach § 36 V StVO, in: NZV 2010, S. 598–602
- Bauer*, Wolfram: Ist die Kritik an der „Rechtskreistheorie“ (methodisch) noch zu halten? Ein Plädoyer für die Rechtskreistheorie – zugleich eine Erwiderung auf Hauf, NSTz 1993, 457, in: NJW 1994, S. 2530–2531
- Baumann*, Jürgen: Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage, in: GA 1959, S. 33–44
- Becker*, Christian: Konkludente Täuschung beim Betrug, in: JuS 2014, S. 307–312
- Becker*, Nicolas: StA Osnabrück, Entscheidung v. 19.02.2013 – NZS 123 Js 9111/12, in: StraFo 2013, S. 435–436
- Beichel*, Stephan/*Kieninger*, Jörg: „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters?, in: NSTz 2003, S. 10–13
- Beling*, Ernst: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Breslau 1903 (zit.: *Beling*, Beweisverbote, S.)
- Beling*, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin 1928 (zit.: *Beling*, Reichsstrafprozessrecht, S.)

- Benz*, Markus: Selbstbelastungen in außerstrafrechtlichen Zwangslagen, Mannheim 2004 (zit.: *Benz*, Selbstbelastungen, S.)
- Bertram*, Konstantin: Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren – Rechtsfragen im Kontext bereichsübergreifender Zweckänderungen vor dem Hintergrund eines informationellen Persönlichkeitsschutzes, Baden-Baden 2009 (zit.: *Bertram*, Präventiv-polizeiliche Erkenntnisse, S.)
- Beukelmann*, Stephan: Die Unschuldsvermutung, in: NJW-Spezial 2016, S. 696
- Beukelmann*, Stephan: Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ, in: NJW-Spezial 2017, S. 440
- Beukelmann*, Stephan: Neues zur StPO – Nach der Reform ist vor der Reform, in: NJW-Spezial 2019, S. 440–441
- Beulke*, Werner: Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt am Main 1980 (zit.: *Beulke*, Der Verteidiger, S.)
- Beulke*, Werner: Das Einsichtsrecht des Strafverteidigers in die polizeilichen Spurenakten, in: Hanack, Ernst-Walter/Rieß, Peter/Wendisch, Günter (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Berlin 1982, S. 285–299 (zit.: *Beulke*, in: FS Dünnebier, S.)
- Beulke*, Werner: Die Vernehmung des Beschuldigten – Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft, in: StV 1990, S. 180–184
- Beulke*, Werner: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, in: ZStW 103 (1991), S. 657–680
- Beulke*, Werner/*Satzger*, Helmut: Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen – BGHSt 42, 191, in: JuS 1997, S. 1072–1080
- Beulke*, Werner/*Witzigmann*, Tobias: Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Fällen der Untersuchungshaft, in: NSTZ 2011, S. 254–261
- Beulke*, Werner/*Witzigmann*, Tobias: Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.05.2012 – Ws 146/12, in: StV 2013, S. 75–78
- Bickenbach*, Christian: Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers, Tübingen 2014 (zit.: *Bickenbach*, Einschätzungsprerogative, S.)
- Bohnert*, Joachim: Das Tatbestandsmerkmal der „List“ im Strafgesetzbuch, in: GA 1978, S. 353–364
- Böllinger*, Lorenz: Grenzenloses symbolisches Strafrecht. Zum Cannabis-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, in: KJ 1994, S. 405–420
- Börner*, René: Anmerkung zu KG, Beschl. v. 06.07.2011 – 4 Ws 57/11, in: StV 2012, S. 361–363
- Börner*, René: Das Ende legendierter Polizeikontrollen, in: StraFo 2018, S. 1–6
- Bosch*, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipse accusare“, Berlin 1998 (zit.: *Bosch*, Nemo-tenetur-Prinzip, S.)

- Bosch*, Nikolaus: Der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) – Grundfälle und Reformansätze, in: Jura 2011, S. 268–275
- Botke*, Wilfried: Rechtsbehelfe im Ermittlungsverfahren – eine Systematisierung, in: StV 1986, S. 120–125
- Botke*, Wilfried: Anfertigung und Verwertung heimlicher Wort- und Stimmaufzeichnungen auf Tonträger außerhalb des Fernmeldeverkehrs – BGH v. 09.04.86 – 3 StR 551/85, in: Jura 1987, S. 356–367
- Brandner*, Hans Erich: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, in: JZ 1983, S. 689–696
- Bräutigam*, Margarete: Probleme der Sachleitungsbefugnis des Staatsanwaltes, in: DRiZ 1992, S. 214–217
- Brocke*, Holger/*Herb*, Gregor: Richtervorbehalt und Gefahr im Verzug bei Blutentnahmen gem. § 81a StPO – Zugleich eine Erwiderung auf Fickenscher/Dingelstadt, NSTz 2009, 124 ff., in: NSTz 2009, S. 671–677
- Brockhaus*, Matthias: Die Urkundenfälschung und die Strafflosigkeit der „schriftlichen Lüge“. Ein Erklärungsversuch aus historischer Sicht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871, in: ZIS 2008, S. 556–564
- Brodowski*, Dominik: Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, Tübingen 2016 (zit.: *Brodowski*, Verdeckte Überwachungsmaßnahmen, S.)
- Brodowski*, Dominik: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, in: JZ 2017, S. 1124–1128
- Brüning*, Janique: Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Baden-Baden 2005 (zit.: *Brüning*, Richtervorbehalt, S.)
- Brüning*, Janique: Der Richtervorbehalt – ein zahnlöser Tiger? Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis, in: ZIS 2006, S. 29–35
- Brüning*, Janique: OLG Hamm, Urt. v. 18.08.2009 – 3 Ss 293/08 (Verstoß gegen den Richtervorbehalt – Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit), in: ZJS 2010, S. 129–134
- Buermeyer*, Ulf/*Gaede*, Karsten: Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR. Besprechung der Urteile EGMR HRRS 2008 Nr. 200 und EGMR HRRS 2008 Nr. 500 zu den Rechtsfolgen einer unzulässigen Tatprovokation und zu den Anforderungen an die Feststellung und die Verwerfung einer behaupteten Tatprovokation, in: HRRS 2008, S. 279–287
- Burhoff*, Detlef: Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers nach § 147 StPO, in: HRRS 2003, S. 182–191
- Burhoff*, Detlef: Durchsuchung und Beschlagnahme. Bestandsaufnahme zur obergerichtlichen Rechtsprechung, in: StraFo 2005, S. 140–147
- Burmman*, Michael et al. (Hrsg.): Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, § Rn.)

- Cancio Meliá*, Manuel: Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung, in: Pawlik, Michael/Zaczyk, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, München 2007, S. 27–52 (zit.: *Cancio Meliá*, in: FS Jakobs, S.)
- Christoph*, Stephan: Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch: die Ermittlungshilfe gemäß § 46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive, Baden-Baden 2019 (zit.: *Christoph*, Kronzeuge im StGB, S.)
- Cierniak*, Jürgen/*Niehaus*, Holger: Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht – 1. Teil, in: NSTZ-RR 2018, S. 129–131
- Cierniak*, Jürgen/*Niehaus*, Holger: Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht – 2. Teil, in: NSTZ-RR 2018, S. 166–169
- Cierniak*, Jürgen/*Niehaus*, Holger: Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht – 3. Teil, in: NSTZ-RR 2018, S. 193–199
- Czarnecki*, Hartmut: Doppelfunktionale polizeiliche Maßnahmen, in: Kriminalistik 1996, S. 143–148
- Dahle*, Ekke: Noch erlaubt oder schon verboten? Die Abgrenzung von erlaubter List und verbotener Täuschung im Ermittlungsverfahren, in: Kriminalistik 1990, S. 431–437
- Dallmeyer*, Jens: Rechtsbeugung durch Beweisführung in der Bundesrepublik Deutschland, in: GA 2004, S. 540–552
- Dallmeyer*, Jens: Wiedergeburt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“? Zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG vom 2. Juli 2009 (2 BvR 2225/08 – BVerfG HRRS 2009, Nr. 648), in: HRRS 2009, S. 429–433
- Danne*, Marius: Doppelfunktionale Maßnahmen in der öffentlich-rechtlichen Klausur, JuS 2018, S. 434–438
- Dearing*, Albin: Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege. Versuch einer Bestimmung des Verhältnisses zweier benachbarter Rechtsgebiete, in: Fuchs, Helmut/Brandstetter, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Winfried Platzgummer zum 65. Geburtstag, Wien 1995, S. 225–252 (zit.: *Dearing*, in: FS Platzgummer, S.)
- Degenhart*, Christoph: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, in: JuS 1992, S. 361–368
- Dencker*, Friedrich: Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren – Anmerkung aus Anlaß zweier Entscheidungen des BGH, in: StV 1994, S. 667–683
- Denninger*, Erhard: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und innere Sicherheit, in: KJ 1985, S. 215–244
- Dessecker*, Axel: Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht, in: NSTZ 2009, S. 184–189
- Detterbeck*, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl., München 2020 (zit.: *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, Kap. § Rn.)
- Diehm*, Dirk: Der subjektive Anspruch auf effektive Strafverfolgung, in: Scheffczyk, Fabian/Wolter, Kathleen (Hrsg.), Band 4 Linien der Rechtsprechung des Bundesver-

- fassungsgerichts, Berlin 2017, S. 223–246 (zit.: *Diehm*, in: Rechtsprechung des BVerfG, S.)
- Dierlamm*, Alfred: Geldwäsche und Steuerhinterziehung als Vortat – die Quadratur des Kreises, in: Hiebl, Stefan/Kassebohm, Nils (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, Baden-Baden 2009, S. 177–181 (zit.: *Dierlamm*, in: FS Mehle, S.)
- Dierlamm*, Alfred: Zur Akteneinsicht in Untersuchungsberichte über interne Untersuchungen, in: Barton, Stephan et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, München 2018, S. 205–212 (zit.: *Dierlamm*, in: FS Schlothauer, S.)
- Disselkamp*, Theresa Regina: Der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme gemäß § 81a Abs. 2 StPO, Baden-Baden 2019 (zit.: *Disselkamp*, Richtervorbehalt, S.)
- Dölling*, Dieter/*Duttge*, Gunnar/*König*, Stefan/*Rössner*, Dieter (Hrsg.): Nomos Kommentar. Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § Rn.)
- Donath*, Annekatrin/*Mehle*, Bastian: Akteneinsichtsrecht und Unterrichtung des Mandanten durch den Verteidiger, in: NJW 2009, S. 1399–1400
- Dörr*, Dieter: Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverfahren, in: NJW 1984, S. 2258–2262
- Dose*, Catharina: Übermittlung und verfahrensübergreifende Verwendung von Zufallserkenntnissen, Berlin 2013 (zit.: *Dose*, Verwendung von Zufallserkenntnissen, S.)
- Dreher*, Eduard: Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, in: NJW 1970, S. 1153–1161
- Dreier*, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Band I, Art. 1–19, Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG, Art. Rn.)
- Dreier*, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Band II, Art. 20–82, Tübingen 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG, Art. Rn.)
- Dreier*, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Band III, Art. 83–146, Tübingen 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG, Art. Rn.)
- Dreier*, Ralf: Recht – Staat – Vernunft: Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt am Main 1991 (zit.: *Dreier*, Recht – Staat – Vernunft, S.)
- Dürig*, Günter: Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, in: Maunz, Theodor et al. (Hrsg.), Staat und Bürger. Festschrift für Wilibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München/Berlin 1958 (zit.: *Dürig*, in: FS Apelt, S.)
- Ehlers*, Dirk/*Fehling*, Michael/*Pünder*, Herrmann (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht. Band 3. Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes, 4. Aufl., Heidelberg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, § Rn.)
- Ehmann*, Horst: Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: JuS 1997, S. 193–203
- Ehrenberg*, Wolfgang/*Frohne*, Wilfried: Doppelfunktionale Maßnahmen der Vollzugs-polizei. Problematik der rechtlichen Einordnung, in: Kriminalistik 2003, S. 737–750

- Einhagl*, Matthias: Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen, in: NJW 2001, S. 1393–1396
- Eisele*, Jörg: Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das deutsche Strafverfahren, in: JA 2005, S. 390–395
- Eisenberg*, Ulrich: Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: NJW 1991, S. 1257–1263
- Eisenberg*, Ulrich: Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 10. Aufl., München 2017 (zit.: *Eisenberg*, StPO, Rn.)
- Eisenberg*, Ulrich/*Conen*, Stefan: § 152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, in: NJW 1998, S. 2241–2249
- El-Ghazi*, Mohamad/*Laustetter*, Christian: Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche – Ein Überblick über die wichtigsten Änderungen beim Straftatbestand des § 261 StGB und bei der selbständigen Einziehung nach § 76 a Abs. 4 StGB, in: NZWiSt 2021, 209–216
- Elisath*, Dennis: Der geplante „Zufallsfund“. Ein notwendiges Einsatzmittel in Strukturermittlungsverfahren ohne gesetzliche Normierung?, in: Kriminalistik 2018, S. 339–343
- Ellbogen*, Klaus: Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip, in: Kriminalistik 2006, S. 544–548
- Emmerig*, Ernst: Die Doppelfunktion der Polizei, in: DVBl. 1958, S. 338–344
- Endriß*, Rainer: § 31 BtMG – ein bewährtes Instrument in der Strafverfolgungspraxis?, in: StraFo 2004, S. 151–156
- Engländer*, Armin: Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittlungen. Eine Besprechung von BGH 3 StR 104/07, in: ZIS 2008, S. 163–167
- Epping*, Volker/*Hillgruber*, Christian: BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand: 15.02.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG, Art. Rn.)
- Erb*, Volker: Notwehr gegen rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern, in: Dölling, Dieter/*Erb*, Volker (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S. 217–233 (zit.: *Erb*, in: FS Gössel, S.)
- Erb*, Volker: Notwehr als Menschenrecht. Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“, in: NStZ 2005, S. 593–602
- Erb*, Volker: Zur Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 09.06.2015 – 1 StR 606/14, in: JR 2016, S. 29–33
- Erb*, Volker/*Schäfer*, Jürgen: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo StGB, § Rn.)
- Erber-Schropp*, Julia Maria: Schuld und Strafe: eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, Tübingen 2016 (zit.: *Erber-Schropp*, Schuld und Strafe, S.)
- Erichsen*, Hans-Uwe: Polizeiliche Standardmaßnahmen, in: Jura 1993, S. 45–49

- Eser*, Albin: Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa. Orientierung an polizeilicher Effektivität oder an rechtsstaatlichen Grundsätzen?, in: ZStW 108 (1996), S. 86–127
- Felix*, Dagmar: Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998 (zit.: *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S.)
- Fezer*, Gerhard: Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft vor Anklageerhebung?, in: Stree, Walter et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, S. 407–423 (zit.: *Fezer*, in: GS Schröder, S.)
- Fezer*, Gerhard: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28. April 1987 – 5 StR 666/86, in: JZ 1987, S. 937–939
- Fezer*, Gerhard: Verstoß gegen Grundsatz der Öffentlichkeit durch Fernsehaufnahmen, rechtliche Mängel einer Durchsuchung. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.02.1989 – 2 StR 402/88, in: StV 1989, S. 290–295
- Fezer*, Gerhard: Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995 (zit.: *Fezer*, Beweisverwertungsverbote, S.)
- Fezer*, Gerhard: Verwertung eines von der Polizei veranlaßten Telefongesprächs. Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluß vom 20.12.1995 – 5 StR 680/94, in: NSTZ 1996, S. 289–290
- Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch. Kommentar, 69. Aufl., München 2022 (zit.: *Fischer*, StGB, § Rn.)
- Frahm*, Lorenz Nicolai: Die allgemeine Kronzeugenregelung. Dogmatische Probleme und Rechtspraxis des § 46b StGB, Berlin 2014 (zit.: *Frahm*, Allgemeine Kronzeugenregelung, S.)
- Francuski*, Ramona: Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, Baden-Baden 2014 (zit.: *Francuski*, Prozeduralisierung, S.)
- Frohn*, Hansgeorg: Strafverteidigung und rechtliches Gehör – Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Strafverfahrensreform, in: GA 1984, S. 554–571
- Gaede*, Karsten: Bandendelikte. Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 15.01.2002 – 4 StR 499/01, in: StV 2003, S. 78–80
- Gaede*, Karsten: Menschenrechtliche Fragezeichen hinter der Zurückhaltung von Beweismitteln im deutschen Strafverfahren, in: HRRS 2004, S. 44–54
- Gaede*, Karsten: Beweisverbote zur Wahrnehmung des fairen Verfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen – Meinungsstand und Perspektiven nach dem neuen leading case Bykov vs. Russland unter Berücksichtigung des § 136a StPO, in: JR 2009, S. 493–502
- Gaede*, Karsten: Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK. Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand, Berlin 2010 (zit.: *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S.)

- Gaede*, Karsten: Die objektive Täuschungseignung als Ausprägung der objektiven Zurechnung beim Betrug, in: Heinrich, Manfred et al. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Band 2*, Berlin 2011, S. 967–988 (zit.: *Gaede*, in: FS Roxin, S.)
- Gaede*, Karsten: Das Erwachen der Macht? Die europäisierte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, in: *wistra* 2016, S. 89–97
- Gaede*, Karsten: Der Verteidigungswille – konstitutive Voraussetzung bei Notwehr und Notwehrexzess?, in: Hecker, Bernd et al. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, München 2018, S. 27–38 (zit.: *Gaede*, in: FS Rengier, S.)
- Gazeas*, Nikolaos: Das neue Geldwäsche-Strafrecht: Weitreichende Folgen für die Praxis, in: *NJW* 2021, S. 1041–1046
- Geerds*, Friedrich: Strafprozessuale Personenidentifizierung. Juristische und kriminalistische Probleme der §§ 81b, 163b, 163c StPO, in: *Jura* 1986, S. 7–19
- Gentz*, Manfred: Die Unverletzlichkeit der Wohnung. Artikel 13 des Grundgesetzes, Berlin 1968 (zit.: *Gentz*, *Unverletzlichkeit der Wohnung*, S.)
- Geppert*, Klaus: Zum „fair-trail-Prinzip“ nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Jura* 1992, S. 597–604
- Gercke*, Björn: Grenzen zulässiger Strafverteidigung aus anwaltlicher Sicht, in: *StV* 2020, S. 201–206
- Gercke*, Björn/*Julius*, Karl-Peter/*Temming*, Dieter/*Zöller*, Mark A. (Hrsg.): *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl., Heidelberg 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: HK-StPO, § Rn.)
- Gössel*, Karl Heinz: Die Beweisverwertungsverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: *GA* 1991, S. 483–511
- Götz*, Heinrich: Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, in: *NJW* 2005, S. 953–957
- Graf*, Jürgen: Internet: Straftaten und Strafverfolgung, in: *DRiZ* 1999, S. 281–286
- Graf*, Jürgen (Hrsg.): *BeckOK OWiG*, 33. Ed. Stand: 01.01.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *BeckOK OWiG*, § Rn.)
- Graf*, Jürgen (Hrsg.): *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, 43. Ed., Stand: 01.04. 2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *BeckOK StPO*, § Rn.)
- Graf*, Walther: *Rasterfahndung und organisierte Kriminalität*, Bonn 1997 (zit.: *Graf*, *Rasterfahndung*, S.)
- Graulich*, Kurt: Strafverfolgungsvorsorge. Gegenstand und rechtliche Verortung, in: *NVwZ* 2014, S. 685–691
- Greco*, Luís: Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: *GA* 2006, S. 96–113
- Groh*, Martin: Zum Recht des Strafverteidigers auf Einsichtnahme in staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten, in: *DRiZ* 1985, S. 52–54
- Grünwald*, Gerald: Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, in: *JZ* 1966, S. 489–501

- Grünwald, Gerald*: Unzulässige Vernehmungsmethoden, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten. Anm. zu BGH, Urteil vom 28.04.1987 – 5 StR 666/86, in: StV 1987, S. 470–473
- Grünwald, Gerald*: Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993 (zit.: *Grünwald, Beweisrecht*, S.)
- Gubitz, Michael*: Praxiskommentar zu LG Münster, Beschl. v. 01.09.2014 – 9 Qs-220 Js 66/14-41/14, in: NStZ 2016, S. 128
- Gusy, Christoph*: Freiheitsentziehung und Grundgesetz, in: NJW 1992, S. 457–463
- Gusy, Christoph*: Verfassungsfragen vorbeugenden Rechtsschutzes, in: JZ 1998, S. 167–174
- Gusy, Christoph*: Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, in: JZ 2001, S. 1033–1036
- Gusy, Christoph*: Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO, in: GA 2003, S. 672–692
- Gusy, Christoph*: Lauschangriff und Grundgesetz, in: JuS 2004, S. 457–462
- Gusy, Christoph*: Grundgesetzliche Anforderungen an Durchsuchungsbeschlüsse i. S. d. Art. 13 II GG, in: NStZ 2010, S. 353–362
- Haas, Stephanie*: Der Schutz der öffentlichen Gesundheit durch das Betäubungsmittelrecht: eine Analyse des Rechtsguts der Volksgesundheit, Regensburg 2001 (zit.: *Haas, Volksgesundheit*, S.)
- Hannich, Rolf* (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: KK-StPO, § Rn.)
- Harms, Sven*: Warum eine mündliche Durchsuchungsanordnung des Richters rechtswidrig ist und welche Konsequenzen eine lediglich mündliche Anordnung für das weitere Verfahren hat, in: StV 2006, S. 215–219
- Harris, Kenneth*: Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht, in: StV 1991, S. 313–322
- Hassemer, Winfried*: Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, in: StV 1982, S. 275–280
- Hassemer, Winfried*: Alternativen zum Schuldprinzip?, in: Baumgartner, Hans Michael/Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung: philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns, Tübingen 1983, S. 89–108 (zit.: *Hassemer*, in: Schuld und Verantwortung, S.)
- Hassemer, Winfried*: Rauschgiftbekämpfung durch Rauschgift? – BGH, NJW 1991, 2359, S. 110–114
- Hassemer, Winfried*: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG). Anhörung im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am 22. Januar 1992, in: KJ 1992, S. 64–80

- Hassemer*, Winfried: Sicherheit durch Strafrecht. Eröffnungsvortrag Strafverteidigertag 24.03.2006, Frankfurt am Main, Paulskirche, in: StV 2006, S. 321–332
- Haus*, Klaus-Ludwig/*Krumm*, Carsten/*Quarch*, Matthias (Hrsg.): Gesamtes Verkehrsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, § Rn.)
- Hefendehl*, Roland: Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, in: StV 2001, S. 700–706
- Hefendehl*, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002 (zit.: *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S.)
- Hefendehl*, Roland: Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Die Rechtsgutstheorie. Legitimation des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Baden-Baden 2003, S. 119–132 (zit.: *Hefendehl*, in: Rechtsgutstheorie, S.)
- Heimeshoff*, Erich: Die Stellung von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verbrechensbekämpfung, in: DRiZ 1972, S. 164–166
- Heise*, Gerd/*Riegel*, Reinhard: Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl., Berlin 2006 (zit.: *Heise/Riegel*, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, S.)
- Held*, Jürgen: Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Berlin 1984 (zit.: *Held*, Grundrechtsbezug, S.)
- Herzog*, Felix: Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention – Zur Kritik des BVerfG-Urteils zum erweiterten Verfall (§ 73 d StGB), in: JR 2004, S. 494–498
- Herzog*, Felix: „Allgemeine Verkehrskontrollen“ als getarnte Ermittlungen, in: Barton, Stephan et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, München 2018, S. 37–42 (zit.: *Herzog*, in: FS Schlothauer, S.)
- Hilger*, Hans: Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren, in: Geppert, Klaus/Dehnicke, Diether (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, S. 209–225 (zit.: *Hilger*, in: GS Meyer, S.)
- Hilger*, Hans: Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) – 1. Teil, in: NStZ 2000, S. 561–565
- Hillenkamp*, Thomas: Verfahrenshindernisse von Verfassungen wegen, in: NJW 1989, S. 2841–2849
- Hirsch*, Hans Joachim: Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Lüttger, Hans (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, Berlin 1977, S. 211–233 (zit.: *Hirsch*, in: FS Dreher, S.)
- Hofmann*, Manfred: Die Online-Durchsuchung – staatliches „Hacken“ oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?, in: NStZ 2005, S. 121–125
- Höft*, Kersten: § 76a Abs. 4 StGB – Ein neues und verfassungswidriges Instrument im deutschen Vermögensabschöpfungsrecht, in: HRRS 2018, S. 196–204

- Hoppe*, Corinne: Vorfeldermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung Organisierter Kriminalität, Frankfurt am Main 1999 (zit.: *Hoppe*, Vorfeldermittlungen, S.)
- Hörnle*, Tatjana: Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“, in: GA 2006, S. 80–95
- Hornung*, Gerrit: Ermächtigungsgrundlage für die „Online-Durchsuchung“? Verfassungsrechtliche Anforderungen an und Grenzen für den heimlichen Zugriff auf IT-Systeme im Ermittlungsverfahren, in: DuD 2007, S. 575–580
- Hoven*, Elisa/*Kubiciel*, Michael (Hrsg.): Korruption im Sport. Tagungen und Kolloquien, Baden-Baden 2018 (zit.: *Verfasser*, in: Korruption im Sport, S.)
- Ignor*, Alexander: Über „die höchste Aufgabe der Gesetzgebung in Bezug auf den peinlichen Proceß“. Erinnerung an die Leitidee des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, in: Jura 1994, S. 238–241
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul: Handbuch Staatsrecht. Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, § Rn.)
- Jaeger*, Michael: Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, Berlin 1986 (zit.: *Jaeger*, Der Kronzeuge, S.)
- Jäger*, Christian: Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, München 2003 (zit.: *Jäger*, Beweisverwertungsverbote, S.)
- Jäger*, Christian: Legendierte Kontrollen – Die Suche nach scheinbaren Zufallsfunden, in: JA 2018, S. 551–553
- Jahn*, Matthias: Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG – Unter besonderer Berücksichtigung der in BVerfGK 1–5 veröffentlichten Entscheidungen, in: NSTZ 2007, S. 255–265
- Jahn*, Matthias: Verstoß gegen Selbstbelastungsfreiheit durch Verdeckten Ermittler. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07, in: JuS 2007, S. 1146–1148
- Jahn*, Matthias: Strafrecht BT: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte. Rechtmäßigkeit der polizeilichen Diensthandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung, in: JuS 2013, S. 268–270
- Jahn*, Matthias: Zur Frage einer Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Drittbeschaffung kinderpornographischer Schriften im Rahmen seiner Berufsausübung. Die Vorgeschichte des BGH-Urteils vom 19.03.2014 – 2 StR 445/13 = NSTZ 14, 541, in: Fahl, Christan et al. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 801–818 (zit.: *Jahn*, in: FS Beulke, S.)
- Jakobs*, Günther: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), S. 751–785
- Jakobs*, Günther: Das Schuldprinzip, Opladen 1993 (zit.: *Jakobs*, Schuldprinzip, S.)
- Jakobs*, Günther: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 2004, S. 88–95

- Jakobs*, Günther: Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, in: HRRS 2006, S. 289–297
- Janiszewski*, Horst: Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen, in: NSTz 1987, S. 112–117
- Jarass*, Hans D.: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in: NJW 1989, S. 857–861
- Jarass*, Hans/*Pieroth*, Bodo (Begr.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 16. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. Rn.)
- Jeßberger*, Florian: Kooperation und Strafzumessung. Der Kronzeuge im deutschen und amerikanischen Strafrecht, Berlin 1999 (zit.: *Jeßberger*, Kooperation und Strafzumessung, S.)
- Jung*, Heike: Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa, in: GA 2002, S. 65–81
- Jungbauer*, Markus Stefan: Die Verwendung des Begriffs der „Gerechtigkeit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Hamburg 2002 (zit.: *Jungbauer*, Begriff der Gerechtigkeit, S.)
- Kahlo*, Michael: Soll es dem Staat im Strafprozeß rechtlich erlaubt sein, Verdachtsklärung durch Täuschungshandlungen zu unternehmen?, in: Zaczek, Rainer et al. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 01.10.1998, S. 153–188 (zit.: *Kahlo*, in: FS Wolff, S.)
- Kaiser*, Günther: Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und Gewinnabschöpfung, in: wistra 2000, S. 121–130
- Kasiske*, Peter: Die Selbstbelastungsfreiheit bei verdeckten Befragungen des Beschuldigten, in: StV 2014, S. 423–430
- Kasiske*, Peter: Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, in: JuS 2014, S. 15–20
- Kelker*, Brigitte: Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht, in: Paeffgen, Hans-Ullrich et al. (Hrsg), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1673–1690 (zit.: *Kelker*, in: FS Puppe, S.)
- Keller*, Christoph: Der praktische Fall, in: Kriminalistik 2002, S. 135–138
- Keller*, Horst/*Böhm*, Walter: Staatsfeind organisiertes Verbrechen, Bonn 1994 (zit.: *Keller/Böhm*, Staatsfeind organisiertes Verbrechen, S.)
- Keller*, Rainer: Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, in: GA 1983, S. 497–520
- Kempf*, Eberhard: Zur verfassungsrechtlichen Entwicklung des Akteneinsichtsrechts. Anmerkung zu Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 15.01.2004 (2 BvR 1895/03) und vom 05.05.2004 (2 BvR 1012/02), in: StraFo 2004, S. 299–303
- Kempf*, Eberhard: Zur Rechtswidrigkeit so genannter legendierter Kontrollen, in: Barton, Stephan et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 673–688 (zit.: *Kempf*, in: FS Fischer, S.)

- Kilchling*, Michael: Die vermögensbezogene Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Recht und Praxis der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung zwischen Anspruch und Wirklichkeit, in: *wistra* 2000, S. 241–249
- Kindhäuser*, Urs et al. (Hrsg.): *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-StGB, § Rn.)
- Kingreen*, Thorsten/*Poscher*, Ralf: *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl., München 2020 (zit.: *Kingreen/Poscher*, POR, § Rn.)
- Kinzig*, Jörg: Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Berlin 2004 (zit.: *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S.)
- Kinzig*, Jörg: Die Telefonüberwachung in Verfahren organisierter Kriminalität: Fehler bei der richterlichen Anordnung, Mängel des Gesetzes, in: *StV* 2004, S. 560–567
- Kirchhof*, Gregor: Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, in: *NJW* 2006, S. 732–736
- Kleinknecht*, Theodor: Der Vollzug der Untersuchungshaft, in: *JZ* 1953, S. 531–534
- Kleinknecht*, Theodor: Die Handakten der Staatsanwaltschaft, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Lüttger, Hans (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin 1977, S. 721–726 (zit.: *Kleinknecht*, in: FS Dreher, S.)
- Kleinknecht*, Theodor/*Müller*, Hermann/*Reitberger*, Leonhard (Begr.): *KMR StPO – Kommentar zur Strafprozessordnung*, 110. EGL, Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: KMR StPO, § Rn.)
- Knauer*, Christoph et al. (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur StPO*, Band 1, §§ 1–150, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo StPO, § Rn.)
- Kneba*, Nicolas: Die Kronzeugenregelung des § 46b StGB, Berlin 2011 (zit.: *Kneba*, Kronzeugenregelung, S.)
- Knemeyer*, Franz-Ludwig: Staatsanwaltschaft und Polizei – Einige kritische Anmerkungen zur herrschenden Meinung, in: Schlüchter, Ellen/Laubenthal, Klaus (Hrsg.), *Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag*, Köln 1990, S. 471–483 (zit.: *Knemeyer*, in: FS Krause, S.)
- Kniesel*, Michael: Neue Polizeigesetze contra StPO? Zum Regelungsstandort der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und zur Verfassungsmäßigkeit polizeilicher Vorfeldaktivitäten, in: *ZRP* 1987, S. 377–383
- Kniesel*, Michael: Verdeckte Ermittlungen zur Gefahrenabwehr?, in: *Kriminalistik* 1987, S. 315–316
- Kochheim*, Dieter: Gemengelage und die legendierte Kontrolle. Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, in: *KriPoZ* 2017, S. 316–320
- Köhler*, Marcus: Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2. Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis, in: *NStZ* 2017, S. 497–512
- Kohlmann*, Günter: Waffengleichheit im Strafprozess?, in: Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, S. 311–321 (zit.: *Kohlmann*, in: FS Peters, S.)

- König, Stefan*: Wieder da: Die „große“ Kronzeugenregelung, in: NJW 2009, S. 2481–2484
- Körner, Harald Hans* (Begr.): Betäubungsmittelgesetz, 10. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § Rn.)
- Kötter, Matthias*: Pfade des Sicherheitsrechts. Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2008 (zit.: *Kötter*, Sicherheitsrecht, S.)
- Krack, Ralf*: List als Straftatbestandsmerkmal. Zugleich ein Beitrag zu Täuschung und Irrtum beim Betrug, Frankfurt am Main 1994 (zit.: *Krack*, List, S.)
- Krehl, Christoph*: Gefahr im Verzug, in: JR 2001, S. 491–495
- Krehl, Christoph*: Anmerkung zu Beschl. des BayOblG v. 29.10.2002 – 4 St RR 104/2002, in: JR 2003, S. 302–304
- Krehl, Christoph*: Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten, in: NStZ 2003, S. 461–464
- Krehl, Christoph*: Was wird aus den legendierten Kontrollen?, in: StraFo 2018, S. 265–273
- Krekeler, Wilhelm*: Probleme der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, in: wistra 1983, S. 43–49
- Krekeler, Wilhelm*: Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, in: NStZ 1989, S. 146–153
- Krekeler, Wilhelm*: Beweisverwertungsverbote bei fehlerhaften Durchsuchungen, in: NStZ 1993, S. 263–268
- Krell, Paul*: Keine falsche Verdächtigung bei nicht verfolgbaren Taten?, in: NStZ 2011, S. 671–674
- Krell, Paul*: Zur Beweisfunktion der Urkunde, in: GA 2019, S. 325–337
- Krell, Paul*: Zur „Prozessrechtsakzessorietät“ des Betrugs. Gedanken zum tatbestandsmäßigen Verhalten und zur objektiven Zurechnung beim Betrug anlässlich der Deutsche-Bank-Entscheidung des BGH v. 31.10.2019 – 1 StR 219/17, in: JR 2020, S. 355–364
- Kreß, Claus*: Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, in: JA 2005, S. 220–228
- Kudlich, Hans*: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fallen“-Entscheidung des Großen Strafsenats – BGH (GS), NStZ 1996, 502, in: JuS 1997, S. 696–700
- Kuhn, Thomas*: Anmerkung zu LG Dresden, Beschl. v. 24.09.2003 – 5 Qs 86/2003, in: StraFo 2004, S. 94–95
- Kunig, Philip*: Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986 (zit.: *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S.)
- Kunig, Philip*: Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, in: Jura 1993, S. 595–604

- Küpper*, Georg: Anmerkung zu Beschluß des BayObLG v. 29.06.1999 – 4 St RR 133/99, in: JR 2016, S. 257–260
- Kurth*, Hans-J.: Identitätsfeststellung, Kontrollstellen und Gebäudedurchsuchung nach neuem Recht, in: NJW 1979, S. 1377–1384
- Kurzer*, Kristina: Sucht- und Drogenpolitik im internationalen Vergleich. Ein normativer Überblick mit historischen, kulturellen und sozio-ökonomischen Bezügen, Bremen 2005 (zit.: *Kurzer*, Internationale Drogenpolitik, S.)
- Lampe*, Ernst-Joachim: Die sogenannte Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller, in: GA 1964, S. 321–332
- Lampe*, Klaus von: Organisierte Kriminalität unter der Lupe. Netzwerke kriminell nutzbarer Kontakte als konzeptueller Zugang zur OK-Problematik, in: Kriminalistik 2001, S. 465–471
- Lange-Bertalot*, Nils/*Aßmann*, Jörg: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16, in: NZV 2017, S. 572–576
- Laser*, Andrea: Das Rechtsschutzsystem gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, in: NSTZ 2001, S. 120–124
- Laufhütte*, Heinrich Wilhelm et al. (Hrsg.): Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar. 5. Band: §§ 110 bis 145d, 12. Aufl., Berlin 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK StGB, § Rn.)
- Lehmann*, Jens: Der Rechtsbeugungsvorsatz nach den neueren Entscheidungen des BGH, in: NSTZ 2006, S. 127–131
- Leipold*, Klaus/*Beukelmann*, Stephan: Rechtmäßigkeit legendierter Verkehrskontrollen, in: NJW-Spezial 2017, S. 536
- Leipold*, Klaus/*Tsambikakis*, Michael/*Zöller*, Mark (Hrsg.): AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl., Heidelberg 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: AK-StGB, § Rn.)
- Leitmeier*, Lorenz: „Nemo tenetur“ – ein nachteiliges Verfassungsrecht?, in: JR 2014, S. 372–376
- Lenckner*, Theodor: „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, in: GA 1968, S. 1–10
- Lenk*, Maximilian: Vertrauen ist gut, legendierte Kontrollen sind besser, in: StV 2017, S. 692–699
- Lenk*, Maximilian: Läutet der BGH das Ende der Schwerpunkttheorie ein? Zum Urteil des BGH vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16 aus verwaltungsprozessualer Sicht, in: NVwZ 2018, S. 38–41
- Löffelmann*, Markus: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 16.04.2017 – 2 StR 247/16, in: JR 2017, S. 596–602
- Löffler*, Joachim: Künstlersignatur und Kunstfälschung. Zugleich ein Beitrag zur Funktion des § 107 UrhG, in: NJW 1993, S. 1421–1429
- Lohner*, Erwin: Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachts-

- feststellung, Frankfurt am Main 1994 (zit.: *Lohner*, Tatverdacht im Ermittlungsverfahren, S.)
- Lorenz*, Frank Lucien: Absoluter Schutz versus absolute Realität. Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozeß, in: GA 1992, S. 254–279
- Lorenz*, Frank Lucien: „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „institutionelle Kontrolle“, in: JZ 1992, S. 1000 – 1011
- Löwe*, Ewald/*Rosenberg*, Werner (Begr.): Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Aufl., Berlin 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § Rn.)
- Lührs*, Wolfgang: Eingeschränkte Beschlagnahmемöglichkeiten von „Mailbox-Systemen“ aufgrund des Fernmeldegeheimnisses?, in: wistra 1995, S. 19–20
- Lüttger*, Hans: Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht, in: NJW 1951, S. 744–747
- Maiwald*, Manfred: Rechtsbeugung im SED-Staat, in: NJW 1993, S. 1881–1889
- Mangoldt*, Hermann von (Begr.): Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. Rn.)
- Manssen*, Gerrit: Staatsrecht II. Grundrechte, 18. Aufl., München 2021 (zit.: *Manssen*, Staatsrecht, § Rn.)
- Matt*, Holger: Nemo tenetur se ipsum accusare – Europäische Perspektiven, in: GA 2006, S. 323–328
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter (Begr.): Grundgesetz. Kommentar, 95. EL, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. Rn.)
- Mayer*, Mathias (Hrsg.): Kulturen der Lüge, Köln 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kulturen der Lüge, S.)
- Merten*, Karlheinz/*Merten*, Heike: Vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Rechtsweg- und Standortfragen, in: ZRP 1991, S. 213–220
- Meyer*, Frank: Die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB-E, oder: Don’t bring a knife to a gunfight, in: StV 2017, S. 343–354
- Meyer*, Wolfgang: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, in: NJW 1972, S. 1845–1847
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Schmitt*, Bertram: Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 65. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § Rn.)
- Meyer-Mews*, Hans: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07, in: NJW 2007, S. 3142–3143
- Michalke*, Reinhart: Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers – Aktuelle Fragestellungen, in: NJW 2013, S. 2334–2336
- Mitsch*, Wolfgang: Strafverfolgung durch Legendierte Verkehrskontrollen – Präventivpolizeiliches Eingreifen zur Erlangung strafprozessual verwertbarer Erkenntnisse, in: NJW 2017, S. 3124–3127

- Möhn*, Heinz-Josef: Organisierte Kriminalität – Terminologische Klarstellung und Begriffsbestimmung, Hamburg 2008 (zit.: *Möhn*, Organisierte Kriminalität, S.)
- Möller*, Hauke: Verfassungsrechtliche Überlegungen zum „nemo-tenetur“-Grundsatz und zur strafmildernden Berücksichtigung von Geständnissen, in: JR 2005, S. 314–320
- Morguet*, Geraldine Louisa: Feindstrafrecht: eine kritische Analyse, Berlin 2009 (zit.: *Morguet*, Feindstrafrecht, S.)
- Mosbacher*, Andreas: Aktuelles Strafprozessrecht, in: JuS 2016, S. 706–711
- Mosbacher*, Andreas: Aktuelles Strafprozessrecht, in: JuS 2018, S. 767–772
- Möstl*, Markus/*Trurnit*, Christoph (Hrsg.): BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, 24. Ed. Stand 01.03.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK PolR BW, § Rn.)
- Mühlhoff*, Uwe/*Pfeiffer*, Christian: Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaats oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?, in: ZRP 2000, S. 121–127
- Müller*, Egon: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, in: NJW 1976, S. 1063–1067
- Müller*, Egon: Strafverteidigung, in: NJW 1981, S. 1801–1807
- Müller*, Jens: Bekämpfungsstrategien gegen organisierte Kriminalität aus ökonomischer Sicht, MSchrKrim 1998, S. 272–285
- Müller*, Wolfgang/*Römer*, Sebastian: Legendierte Kontrollen. Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, in: NSTz 2012, S. 543–547
- Münch*, Ingo von/*Kunig*, Philip (Begr.): Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG, Art Rn.)
- Nelles*, Ursula: Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung. Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs „Gefahr im Verzug“ im Strafverfahrensrecht, Berlin 1980 (zit.: *Nelles*, Kompetenzen, S.)
- Neuhaus*, Ralf: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, in: NJW 1990, S. 1221–1222
- Neuhaus*, Ralf: Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung – Zugleich Anmerkung zu LG Dortmund NSTz 1997, 356, in: NSTz 1997, S. 312–316
- Niehaus*, Holger/*Achelpöhl*er, Wilhelm: Strafbarkeit des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte trotz Rechtswidrigkeit der Vollstreckungshandlung, in: StV 2008, S. 71–75
- Niemöller*, Martin/*Schuppert*, Gunnar Folke: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, in: AöR 1982, S. 387–498
- Niese*, Werner: Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, in: ZStW 63 (1951), S. 199–228
- Noll*, Peter: Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962 (zit.: *Noll*, Ethische Begründung der Strafe, S.)

- Nolte*, Martin: Doppelfunktionale Maßnahmen in der polizeilichen Praxis, in: *Kriminalistik* 2007, S. 343–348
- Nowroussian*, Bijan: Darf der Staat täuschen, um verdeckte Ermittlungsmaßnahmen geheim zu halten? Anmerkung zur Entscheidung des 4. Strafsenats vom 11.02.2010, BGH 4 StR 436/09 (StraFo 2010, 147–148), in: *Kriminalistik* 2011, S. 370–373
- Nowroussian*, Bijan: Noch einmal zur aktiven Täuschung: Legendierte Kontrollen, in: *Kriminalistik* 2012, S. 174–177
- Nowroussian*, Bijan: Legendierte Kontrollen. Zum Verhältnis von Ermittlungsverfahren und Gefahrenabwehr, in: *Kriminalistik* 2013, S. 105–107
- Nowroussian*, Bijan: Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren: Ermittlungsarbeit zwischen Beschuldigtenrechten und dem Gebot effektiver Strafverfolgung, diskutiert am Beispiel legendierter Kontrollen, Frankfurt am Main 2015 (zit.: *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S.)
- Nowroussian*, Bijan: Das Gebot der effektiven Strafverfolgung als Verfahrensgrundsatz. Erinnerung an ein zu Unrecht vernachlässigtes Prinzip, in: *Kriminalistik* 2016, S. 45–48
- Nowroussian*, Bijan: Legendierte Kontrollen. Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 26. April 2017 – 2 StR 247/16, in: *Kriminalistik* 2018, S. 320–321
- Nowroussian*, Bijan: Repression, Prävention und Rechtsstaat. Zur Zulässigkeit und zu Folgefragen legendierter Kontrollen, in: *NStZ* 2018, S. 254–262
- Oğlakcioğlu*, Mustafa Temmuz: Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts. Zugleich eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982, Berlin 2013 (zit.: *Oğlakcioğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S.)
- Ostendorf*, Heribert: Strafvereitelung durch Strafverteidigung, in: *NJW* 1978, S. 1345–1350
- Ostendorf*, Heribert: Organisierte Kriminalität – eine Herausforderung für die Justiz, in: *JZ* 1991, S. 62–70
- Ostendorf*, Heribert/*Brüning*, Janique: Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen von „Gefahr im Verzug“ – BVerfG, *NJW* 2001, 1121, in: *JuS* 2001, S. 1063–1067
- Otto*, Harro: Grenzen und Tragweite der Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, in: *GA* 1970, S. 289–305
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi*, Berlin 1995, S. 13–47 (zit.: *Paeffgen*, in: Wolter, Strafprozessrecht, S.)
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: Amtsträgerbegriff und die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten. Strafrechtliche Dimensionen und organisationsrechtliche Perspektiven, in: *JZ* 1997, S. 178–189
- Park*, Tido: *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 4. Aufl., München 2018 (zit.: *Park*, *Durchsuchung*, S.)

- Patzak, Jörn/Volkmer, Mathias*: „Legal-High“-Produkte – wirklich legal? Kräutermischungen, Badezusätze und Lufterfrischer aus betäubungs- und arzneimittelrechtlicher Sicht, in: *NStZ* 2011, S. 498–503
- Paul, Tobias*: Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung, in: *NStZ* 2013, S. 489–497
- Peglau, Jens*: Die neue „Kronzeugenregelung“ (§ 46b StGB), in: *wistra* 2009, S. 409–414
- Perron, Walter*: Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?, in: *ZStW* 112 (2000), S. 202–224
- Petry, Horst*: Beweisverbote im Strafprozess, Darmstadt 1971 (zit.: *Petry*, Beweisverbote, S.)
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*: Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., München 2018 (zit.: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, Teil § Rn.)
- Popp, Martin*: Polizeilich veranlaßtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen, in: *NStZ* 1998, S. 95–96
- Prasch, Volker*: Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136 StPO, Köln 2002 (zit.: *Prasch*, List in der Vernehmung, S.)
- Preu, Peter*: Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhundert, Göttingen 1983 (zit.: *Preu*, Polizeibegriff, S.)
- Puppe, Ingeborg*: List im Verhör des Beschuldigten, in: *GA* 1978, S. 289–306
- Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias*: Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 01.01.2008, in: *NJW* 2008, S. 113–119
- Rabe von Kühlewein, Malte*: Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, Frankfurt am Main 2001 (zit.: *Rabe von Kühlewein*, Richtervorbehalt, S.)
- Rabe von Kühlewein, Malte*: Normative Grundlagen der Richtervorbehalte, in: *GA* 2002, S. 637–658
- Ransiek, Andreas*: Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertungsverbot, in: *StV* 2002, S. 565–571
- Ransiek, Andreas*: Anmerkung zu Urt. des BGH v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, in: *JR* 2007, S. 436–438
- Rau, Philipp*: Rechtliches Gehör auf Grund von Akteneinsicht in strafprozessualen Beschwerdeverfahren, in: *StraFo* 2008, S. 9–15
- Rebscher, Erich/Vahlenkamp, Werner*: Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus Sicht der Polizeipraxis, Wiesbaden 1988 (zit.: *Rebscher/Vahlenkamp*, Organisierte Kriminalität, S.)
- Rehbinder, Manfred*: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im § 113 StGB, in: *GA* 1963, S. 33–41

- Reil*, Volker: Die „wesentliche Förmlichkeit“ beim Rechtmäßigkeitsbegriff des § 113 III StGB, in: JA 1998, S. 143–150
- Reinbacher*, Tobias/*Werkmeister*, Andreas: Zufallsfunde im Strafverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Verwendungs- und Verwertungsverboten, in: ZStW 130 (2018), S. 1104–1146
- Rengier*, Rudolf: Praktische Fragen bei Durchsuchungen, insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen, in: NSTZ 1981, S. 372–378
- Renzikowski*, Joachim: Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, in: JZ 1997, S. 710–717
- Renzikowski*, Joachim: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07, in: JR 2008, S. 164–167
- Richter II.*, Christian: Zum Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens – Bestandsaufnahme und Reformtendenzen, in: StV 1985, S. 382–389
- Rieger*, Annette: Die Abgrenzung doppelfunktionaler Maßnahmen der Polizei, Frankfurt am Main 1994 (zit.: *Rieger*, Abgrenzung, S.)
- Riehle*, Eckardt: Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, in: KJ 1980, S. 316–324
- Rieß*, Peter: Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Hassenpflug, Helwig (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer, Berlin 1979, S. 155–221 (zit.: *Rieß*, in: FS Schäfer, S.)
- Rieß*, Peter: Legalitätsprinzip – Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit. Über die Grenzen von Strafverfolgungsverzicht und Strafverfolgungsverschärfung zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens, in: Hanack, Ernst-Walter/*Rieß*, Peter/*Wendisch*, Günter (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Berlin 1982, S. 149–169 (zit.: *Rieß*, in: FS Dünnebier, S.)
- Rieß*, Peter: Hauptverhandlungsreform – Reform des Strafverfahrens? Bemerkungen zum Alternativentwurf einer Novelle zur Strafprozeßordnung – Reform der Hauptverhandlung, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin 1987, S. 965–985 (zit.: *Rieß*, in: FS Lackner, S.)
- Rieß*, Peter/*Thym*, Jörg: Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, in: GA 1985, S. 189–212
- Rogall*, Klaus: Zum gegenwärtigen Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverwertungsverboten, in: ZStW 91 (1979), S. 1–44
- Rogall*, Klaus: Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, in: JZ 1987, S. 847–853
- Rogall*, Klaus: Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, in: NSTZ 1988, S. 385–393
- Rogall*, Klaus: Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, in: JZ 1996, S. 944–955

- Rogall*, Klaus: „Abwägungen“ im Recht der Beweisverbote, in: Ebert, Udo et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin 1999, S. 293–309 (zit.: *Rogall*, in: FS Hanack, S.)
- Rogall*, Klaus: Zur Lehre von den Beweisverwertungsverböten. Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand, in: Samson, Erich et al. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 523–547 (zit.: *Rogall*, in: FS Grünwald, S.)
- Roggan*, Frederik: Auf legalem Weg in den Polizeistaat. Entwicklung des Rechts der Inneren Sicherheit, Bonn 2000 (zit.: *Roggan*, Polizeistaat, S.)
- Roggan*, Frederik: Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen – Oder: Immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, in: NVwZ 2001, S. 134–141
- Roggan*, Frederik: Die Neuregelungen im Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (SOG M-V) von 2020, in: NJ 2020, S. 290–298
- Rönnau*, Thomas: Die Absprache im Strafprozeß, Baden-Baden 1990 (zit.: *Rönnau*, Absprache im Strafprozess, S.)
- Rönnau*, Thomas: Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001 (zit.: *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung, S.)
- Rönnau*, Thomas: Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung – Zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, in: Jura 2002, S. 595–598
- Rönnau*, Thomas: Täuschung, Irrtum und Vermögensschaden beim Submissionsbetrug – BGH, NJW 2001, 3718, in: JuS 2002, S. 545–550
- Rönnau*, Thomas: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, S. 209–211
- Rönnau*, Thomas: (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue, in: ZStW 122 (2010), S. 299–324
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, in: JuS 2012, S. 404–407
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Bandendelikte, in: JuS 2013, S. 594–597
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Agent provocateur, in: JuS 2015, S. 19–22
- Rönnau*, Thomas: Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., München 2015 (zit.: *Rönnau*, Vermögensabschöpfung, S.)
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafprozessrecht: Schöffen, in: JuS 2016, S. 500–504
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Entschuldigender Notstand (§ 35 StGB), in: JuS 2016, S. 786–790
- Rönnau*, Thomas: Schöffen in der deutschen Strafgerichtsbarkeit – ausgewählte Problemfelder und Grundsatzkritik, in: Herzog, Felix et al. (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, Berlin 2016, S. 293–312 (zit.: *Rönnau*, in: GS Weßlau, S.)

- Rönnau, Thomas et al. (Hrsg.): Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar. 2. Band: §§ 32 bis 55, 13. Aufl., Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK StGB, § Rn.)*
- Rönnau, Thomas/Begemeier, Moritz: Die neue erweiterte Einziehung gem. § 73a Abs. 1 StGB-E: mit Kanonen auf Spatzen?, in: NZWiSt 2016, S. 260–264*
- Rönnau, Thomas/Begemeier, Moritz: Staatshaftung bei ungerechtfertigter Sicherstellung? Regress bei unrechtmäßiger Sicherstellung und späterem Ausbleiben des Verfalls, in: JZ 2016, S. 441–449*
- Rönnau, Thomas/Begemeier, Moritz: Grund und Grenzen der Bruttoeinziehung. Zur Gestaltung der Bruttoabschöpfung anlässlich der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in: GA 2017, S. 1–19*
- Rönnau, Thomas/Begemeier, Moritz: Die Vermögensabschöpfung ist keine Strafe!? – Zur Rechtsnatur der §§ 73 ff. StGB anlässlich BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, in: NSTZ 2021, S. 705–708*
- Rönnau, Thomas/Hohn, Kristian: Notwehr gegen Hoheitsträger – ein neues Kapitel in der Geschichte des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs? Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 09.06.2015 – 1 StR606/14, StV 2016, 276, in: StV 2016, S. 313–317*
- Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian: Grundwissen – Strafrecht: Amtsträger, in: JuS 2015, S. 505–509*
- Rosengarten, Carsten/Römer, Sebastian: Der „virtuelle verdeckte Ermittler“ in sozialen Netzwerken und Internetboards, in: NJW 2012, S. 1764–1767*
- Rothkegel, Clemens/Weiß, Heinz: Die ‚Initiative gegen das Einheitliche Polizeigesetz‘. Eine erfolgreiche Zellteilung, in: CILIP 1995, S. 33–36*
- Roxin, Claus: Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts – Versuch einer Bilanz, in: ZStW 93 (1981), S. 64–104*
- Roxin, Claus: Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern – eine überholte Konstruktion, in: Freiherr von Gamm, Otto Friedrich et al. (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1988, S. 45–52 (zit.: *Roxin*, in: FS Pfeiffer, S.)*
- Roxin, Claus: Anwesenheit von Fernsehen und Rundfunk: Durchsuchung ohne richterliche Anordnung. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.02.1989 – 2 StR 402/88: in: NSTZ 1989, S. 375–379*
- Roxin, Claus: Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, in: NSTZ 1995, S. 465–469*
- Roxin, Claus: Aushorchen in der Untersuchungshaft als Überführungsmittel, in: Geisler, Claudius et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin 2011, S. 549–567 (zit.: *Roxin*, in: FS Geppert, S.)*
- Roxin, Claus: Beschuldigtenangaben gegenüber Polizeinformanten in vernehmungsfähnlicher Situation. Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 31.03.2011 – 3 StR 400/10, in: StV 2012, S. 131–133*

- Roxin*, Claus/*Schünemann*, Bernd: Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017 (zit.: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § Rn.)
- Rübenstahl*, Markus: Kriminelle Vereinigungen im Wirtschaftsstrafrecht? – Eine kritische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von Submissionskartellen, in: *wistra* 2014, S. 166–173
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Zum Wesen der Rechtsbeugung, in: *ZStW* 82 (1970), S. 610–632
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozess, in: *MDR* 1970, S. 93–100
- Rühl*, Ulli F. H.: Tatsachen – Interpretationen – Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit, Baden-Baden 1998 (zit.: *Rühl*, Wertungen, S.)
- Rüping*, Hinrich: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976 (zit.: *Rüping*, Rechtliches Gehör, S.)
- Rupperecht*, Reinhard: Die Kunst, Aufgaben sinnvoll zu teilen. Zur Aufklärung von Strukturen Organisierter Kriminalität durch Nachrichtendienste, in: *Kriminalistik* 1993, S. 131–136
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Sachs*, GG, Art. Rn.)
- Salditt*, Franz: Allgemeine Honorierung besonderer Aufklärungshilfe – Anmerkungen zum Entwurf einer dritten Säule des Strafzumessungsrechts (§ 46b E-StGB), in: *StV* 2009, S. 375–379
- Saliger*, Frank: Kann und soll das Recht die Lüge verbieten?, in: *Depenheuer*, Otto (Hrsg.), *Recht und Lüge*, Münster 2005, S. 93–116 (zit.: *Saliger*, in: *Recht und Lüge*, S.)
- Saliger*, Frank: Verbotene Vernehmungsmethoden und Menschenwürde. Überlegungen im Anschluss an den Frankfurter Folter-Fall, in: *Wen schützt das Strafrecht?*, 29. Strafverteidigertag Aachen, 4.–6. März 2005, Berlin 2006, S. 195–216 (zit.: *Saliger*, in: *Strafverteidigertag*, S.)
- Samson*, Erich: Grundprobleme der Urkundenfälschung, in: *JuS* 1970, S. 369–376
- Satzger*, Helmut: Braucht der Strafprozess Reformen?, in: *StraFo* 2006, S. 45–51
- Satzger*, Helmut/*Schluckebier*, Wilhelm (Hrsg.): Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK Kommentar, 5. Aufl., 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *S/S/W*, StPO, § Rn.)
- Schaefer*, Hans Christoph: Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem, in: *NJW* 2001, S. 1396–1397
- Schaefer*, Helmut: Die Grenzen des Rechts auf Akteneinsicht durch den Verteidiger, in: *NStZ* 1984, S. 203–209
- Schäfer*, Gerhard: Die Praxis des Strafverfahrens anhand einer Akte, 6. Aufl., Stuttgart 2000 (zit.: *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rn.)
- Schäfer*, Helmut: Die Grenzen des Rechts auf Akteneinsicht durch den Verteidiger, in: *NStZ* 1984, S. 203–209

- Schäfer*, Herbert: Die Prädominanz der Prävention. Ein Beitrag zu den Grundlagen der theoretischen Kriminalstrategie, in: GA 1986, S. 49–66
- Schefer*, Lukas: Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren. Zur Zulässigkeit sogenannter „legendierter Kontrollen“, Baden-Baden 2019 (zit.: *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S.)
- Schemer*, Silke: Kooperation trotz Statusunterschied? Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft unter dem Blickwinkel arbeits- und sozialpsychologischer Theorien, Wiesbaden 2007 (zit.: *Schemer*, Kooperation trotz Statusunterschied, S.)
- Schenke*, Wolf-Rüdiger: Rechtsschutz gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, in: NJW 2011, S. 2838–2844
- Schenke*, Wolf-Rüdiger: Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2021 (zit.: *Schenke*, POR, § Rn.)
- Schiemann*, Anja: Praxiskommentar zu BGH, Urt. v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, in: NStZ 2017, S. 651–658
- Schilling*, Hellen/*Hübner*, Yannic: „Non-conviction-based confiscation“ – Ein Fremdkörper im neuen Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung?, in: StV 2018, S. 49–56
- Schlegel*, Stephan: Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren, in: HRRS 2004, S. 411–417
- Schlothauer*, Reinhold: Die Bedeutung des materiellen Strafrechts für die Verteidigung in Untersuchungshaftfällen, in: StV 1996, S. 391–396
- Schlothauer*, Reinhold: Zum Rechtsschutz des Beschuldigten nach dem StVÄG 1999 bei Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft, in: StV 2001, S. 192–196
- Schlothauer*, Reinhold: Reform des Ermittlungsverfahrens, in: StV 2016, S. 607–616
- Schlüchter*, Ellen/*Radbruch*, Jochen: V-Mann-Aussage zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 – 1 StR 83/94, in: NStZ 1995, S. 354–355
- Schmidt*, Detlev: Die Entwicklung des Betäubungsmittelstrafrechts bis Mitte 2005, in: NJW 2005, S. 3250–3255
- Schmidt*, Eberhard: Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, in: JZ 1958, S. 596–601
- Schmölzer*, Gabriele: Das Verteidigungsrecht und das Selbstbelastungsverbot im Strafverfahren. Ein Rechtsvergleich zwischen dem österreichischen und dem amerikanischen Recht, Graz 2012 (zit.: *Schmölzer*, Verteidigungsrecht und Selbstbelastungsverbot, S.)
- Schnarr*, Karl Heinz: Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung, in: NStZ 1991, S. 209–216
- Schneider*, Hans Joachim: Neuere kriminologische Forschungen zum organisierten Verbrechen, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 813–831 (zit.: *Schneider*, in: FS Stree/Wessels, S.)

- Schneider*, Hans Joachim: Kriminologie für das 21. Jahrhundert: Schwerpunkte und Fortschritte der internationalen Kriminologie. Überblick und Diskussion, Münster 2001 (zit.: *Schneider*, Kriminologie, S.)
- Schneider*, Hartmut: Grundprobleme des Rechts der Akteneinsicht des Strafverteidigers, in: Jura 1995, S. 337–346
- Schneider*, Hartmut: Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler – Eine Zwischenbilanz, in: NStZ 2004, S. 359–367
- Schneider*, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zur StPO, Band 2, §§ 151–332, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo StPO, § Rn.)
- Schoch*, Friedrich: Rechtsschutz gegen polizeirechtliche Maßnahmen. Eine Problem-skizze zum Grenzbereich von Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsmaßnahmen, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993 (zit.: *Schoch*, Rechtsschutz, S.)
- Schoch*, Friedrich: Rechtsschutz gegen polizeiliche Maßnahmen, in: Jura 2001, S. 628–634
- Schoch*, Friedrich: Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, in: Jura 2013, S. 1115–1123
- Schoch*, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter/*Bier*, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 41. EL Juli 2021, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § Rn.)
- Schönke*, Adolf/*Schröder*, Horst (Begr.): Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB, § Rn.)
- Schoreit*, Armin: Datenverarbeitung im Bereich der Strafverfolgung und „gesamtpolizeilicher Auftrag“, in: DRiZ 1982, S. 401–404
- Schoreit*, Armin: Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz, in: DRiZ 1986, S. 54–56
- Schoreit*, Armin: Bekämpfung der organisierten Kriminalität und anderer neuer Formen von Straftaten aus der Sicht der Polizei und der Staatsanwaltschaft (Strafverfolgung), in: StV 1991, S. 535–540
- Schroeder*, Friedrich-Christian: Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel, in: JZ 1985, S. 1028–1033
- Schroeder*, Friedrich-Christian: Der Geltungsbereich der Menschenrechte in den Stadien des Strafverfahrens. Zugleich zum 40. Jahrestag des Eingangs der Menschenrechte in das deutsche Strafverfahren, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993, S. 205–213 (zit.: *Schroeder*, in: FS Pötz, S.)
- Schroth*, Ulrich: Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und Thesen zu einem umstrittenen Thema, in: JuS 1998, S. 970–980
- Schulz*, Lorenz: Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht, in: StV 1995, S. 206–212

- Schulz*, Lorenz: Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt am Main 2001 (zit.: *Schulz*, Verdacht im Strafverfahren, S.)
- Schumann*, Heribert: Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?, in: JZ 1986, S. 66–72
- Schünemann*, Bernd: Rundum betrachtet, in: JA 1972, S. 703–710
- Schünemann*, Bernd: Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Baden-Baden 2003, S. 133–182 (zit.: *Schünemann*, in: Rechtsgutstheorie, S.)
- Schünemann*, Bernd: Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren, in: ZIS 2009, S. 484–494
- Schwabe*, Jürgen: Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgrenzen, in: Selmer, Peter/Münch, Ingo von (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 419–444 (zit.: *Schwabe*, in: GS Martens, S.)
- Seebode*, Manfred: DDR-Justiz vor Gericht, in: Eser, Albin et al. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 585–617 (zit.: *Seebode*, in: FS Lenckner, S.)
- Seelmann*, Kurt: Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, in: ZStW 95 (1983), S. 797–833.
- Seelmann*, Kurt/*Demko*, Daniela: Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019 (zit.: *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § Rn.)
- Seier*, Jürgen: Die Trennlinie zwischen zulässiger Verteidigungstätigkeit und Strafverteilung – OLG Frankfurt, NSTz 1981, 144, in: JuS 1981, S. 806–809
- Senge*, Lothar: Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur zeitweiligen Beschränkung des Rechtes der Verteidigung auf Akteneinsicht nach § 147 Abs. 2 StPO, in: Beulke, Werner/Müller, Eckhard (Hrsg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006, S. 459–469 (zit.: *Senge*, in: FS Strauda, S.)
- Sieber*, Ulrich: Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“, in: NSTz 2009, S. 353–364
- Slotty*, Martin: Das Betäubungsmittelgesetz 1982 – Kurzbericht für die Strafrechtspraxis, in: NSTz 1981, S. 321–327
- Sodan*, Helge/*Ziekow*, Jan (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-VwGO, § Rn.)
- Soiné*, Michael: Verdeckte Ermittler als Instrument zur Bekämpfung von Kinderpornographie im Internet, in: NSTz 2003, S. 225–230
- Soiné*, Michael: Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren, in: NSTz 2010, S. 596–602
- Soiné*, Michael: Eingriffe in informationstechnische Systeme nach dem Polizeirecht des Bundes und der Länder, in: NVwZ 2012, S. 1585–1589

- Soiné, Michael*: Personale verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren. Ermittlungszwecke und -formen, Einsatz technischer Mittel, grenzüberschreitendes Tätigwerden, in: *Kriminalistik* 2013, S. 507–515
- Soiné, Michael*: Zulässigkeit und Grenzen heimlicher Informationsbeschaffung durch Vertrauensleute der Nachrichtendienste, in: *NStZ* 2013, S. 83–87
- Soiné, Michael*: Die strafprozessuale Online-Durchsuchung, in: *NStZ* 2018, S. 497–504
- Soiné, Michael/Weyhrich, Lisa*: Legendierte Fahrzeugkontrollen in der Reflexion von Recht und Praxis, in: *Kriminalistik* 2020, S. 172–177
- Sowada, Christoph*: Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen nemo-tenetur-Grundsatz und fair-trial-Prinzip, in: Geisler, Claudius et al. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin 2011, S. 689–722 (zit.: *Sowada*, in: *FS Geppert*, S.)
- Soyka, Martin*: Verwertbarkeit von Beweismitteln aus einer legendierten Kontrolle als doppelfunktionale Maßnahme, in: *RÜ* 2017, S. 643–645
- Spaniol, Margret*: Grundrechtsschutz im Ermittlungsverfahren durch qualifizierten Richtervorbehalt und wirksame richterliche Kontrolle, in: Arnold, Jörg et al. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 473–490 (zit.: *Spaniol*, in: *FS Eser*, S.)
- Spendel, Günter*: Rechtsbeugung und BGH – eine Kritik, in: *NJW* 1996, S. 809–812
- Spendel, Günter*: Unzulässiger richterlicher Eingriff in eine Haftsache, in: *JZ* 1998, S. 85–88
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.): *Medizinrecht*, 3. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Spickhoff*, § Rn.)
- Stadler, Thomas*: Der Richtervorbehalt – ein stumpfes Schwert oder ein rechtsstaatlich gebotenes Instrument?, in: *ZRP* 2013, S. 179–180
- Stern, Klaus*: Qualität und Bedeutung der Prozessgrundrechte für die Grundrechtsbindung der Rechtsprechung, in: Blümel, Willi et al. (Hrsg.), *Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Herrmann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Februar 1987*, Köln 1987, S. 359–374 (zit.: *Stern*, in: *FS Ule*, S.)
- Sternberg-Lieben, Detlev*: Die „Hörfalle“ – Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung? – Gedanken zu: BGH – Urt. v. 08.10.1993 – 2 StR 400/93 = BGHSt 39, 335, in: *Jura* 1995, S. 299–310
- Stinner, Julia*: Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme, Baden-Baden 2018 (zit.: *Stinner*, *Staatliche Schutzpflichten*, S.)
- Stümper, Alfred*: Prävention und Repression als überholte Unterscheidung?, in: *Kriminalistik* 1975, S. 49–53
- Sturm, Richard*: Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen – Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August 1976, in: *MDR* 1977, S. 7–10
- Sydow, Fritz*: Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht. Kritik am Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, in: *ZRP* 1977, S. 119–125

- Tettinger*, Peter J.: Fairneß und Waffengleichheit, München 1984 (zit.: *Tettinger*, Fairness, S.)
- Tettinger*, Peter J.: Das Recht auf persönliche Ehre in der Wertung des Grundgesetzes, in: JuS 1997, S. 769–776
- Thiel*, Markus: Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Tübingen 2011 (zit.: *Thiel*, Entgrenzung der Gefahrenabwehr, S.)
- Tondorf*, Günter: Begeht der Strafverteidiger eine Strafvereitelung und verletzt er seine Standespflichten, wenn er den Mandanten benachrichtigt, nachdem er von einem geplanten Haft- oder Durchsuchungsbefehl erfahren hat?, in: StV 1983, S. 257–260
- Tönsgerlemann*, Markus: Zollkontrollen und Strafverfolgung. Präventive Anlasskontrollen aufgrund von Hinweisen aus Strafverfahren, in: AW-Prax 2012, S. 168–171
- Trantas*, Georgios: Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Verwaltungsverfahrenrecht, Berlin 1998 (zit.: *Trantas*, Akteneinsicht im Verwaltungsrecht, S.)
- Travers*, Daniel/*Michaelis*, Marcel: Der neue § 261 StGB – die deutsche Umsetzung der EU-Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, in: NZWiSt 2021, S. 125–132
- Trechsel*, Stefan: Akteneinsicht. Information als Grundlage des fairen Verfahrens, in: Schweizer, Rainer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 993–1008 (zit.: *Trechsel*, in: FS Druey, S.)
- Trüg*, Gerson: Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in: NJW 2017, S. 1913–1918
- Tsambikakis*, Michael: Das „geteilte“ Akteneinsichtsrecht, in: Kempf, Eberhard et al. (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II., Verstehen und Widerstehen, Baden-Baden 2006, S. 529–538 (zit.: *Tsambikakis*, in: FS Richter II, S.)
- Tsambikakis*, Michael: Antrag auf gerichtliche Entscheidung wegen Versagung der Akteneinsicht, Gefährdung des Untersuchungszwecks, in: StV 2012, S. 321–325
- Uhlig*, Sigmar: Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens? Aktuelle Probleme im Verhältnis der Polizei als Mitwirkende bei der Strafverfolgung zur Strafjustiz, in: DRiZ 1982, S. 247–251
- Vahle*, Jürgen: Rechtsschutz gegen Polizeihandeln, in: Kriminalistik 2003, S. 709–712
- Vasilikou*, Thea: Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr. Wo hört die Kundenpflege auf und wo beginnt Korruption?, Baden-Baden 2016 (zit.: *Vasilikou*, Zuwendungen, S.)
- Volk*, Klaus: Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, Ebelsbach 1978 (zit.: *Volk*, Prozessvoraussetzungen, S.)
- Volk*, Klaus: Verfahrensfehler und Verfahrenshindernisse. Zugleich Besprechung von AG Mannheim v. 16.01.1985 – 5 Ls 45/84, in: StV 1986, S. 34–37
- Volk*, Klaus/*Engländer*, Armin: Grundkurs StPO, 10. Aufl., München 2021 (zit.: *Volk/Engländer*, StPO, § Rn.)

- Vollkommer*, Max: Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozess, in: Baltzer, Johannes et al. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, München 1980, S. 195–219 (zit.: *Vollkommer*, in: GS Bruns, S.)
- Wabnitz*, Heinz-Bernd/*Janovsky*, Thomas/*Schmitt*, Lothar (Hrsg.): *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Hdb. WiStra, Kap. Rn.)
- Wagner*, Heinz: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung – OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142, in: JuS 1975, S. 224–228
- Wagner*, Heinz: Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 – Teil 2, in: JZ 1987, S. 658–669
- Walden*, Marcus: Zweckbindung und -änderung präventiv und repressiv erhobener Daten im Bereich der Polizei, Berlin 1996 (zit.: *Walden*, Zweckbindung, S.)
- Walischewski*, Leonard: Das Recht auf Akteneinsicht bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, in: StV 2001, S. 243–248
- Walther*, Susanne: Völkerrechtliche Nachbesserung der Strafprozessordnung – jetzt! Vorschläge zu §§ 136, 338 StPO anlässlich des Urteils des IGH vom 31. März 2004 im Fall Avena u. a. (Mexico v. United States of America) = HRRS 2004, Nr. 342, in: HRRS 2004, S. 126–132
- Wang*, Huang-Yu: Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte, Heidelberg 2003 (zit.: *Wang*, Drogenstraftaten, S.)
- Wasserburg*, Klaus: Das Einsichtsrecht des Anwalts in die kriminalpolizeilichen Spurenakten, in: NJW 1980, S. 2240–2446
- Weber*, Klaus (Hrsg.): *Creifelds Rechtswörterbuch*, 23. Ed. 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Rechtswörterbuch*, Schlagwort)
- Weber*, Klaus/*Kornprobst*, Hans/*Maier*, Stefan (Hrsg.): *Betäubungsmittelgesetz. Kommentar*, 6. Aufl., München 2021 (zit.: *Weber*, BtMG, § Rn.)
- Weigend*, Thomas: *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin 1989 (zit.: *Weigend*, Deliktsoffer, S.)
- Weiler*, Edgar/*Graul*, Eva/*Wolf*, Gerhard (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin 2002, S. 395–420 (zit.: *Weiler*, in: GS Meurer, S.)
- Welp*, Jürgen: Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: ZStW 90 (1978), S. 804–828
- Welp*, Jürgen: Probleme des Akteneinsichtsrechts, in: Wasserburg, Klaus/Haddenhorst, Wilhelm (Hrsg.), *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren. Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg 1984, S. 309–330 (zit.: *Welp*, in: FG Peters, S.)
- Werthebach*, Eckart/*Droste-Lehnen*, Bernadette: Organisierte Kriminalität, in: ZRP 1994, S. 57–65
- Werwigh*, Ulrich: Zur Geltung des Richtervorbehalts bei der Durchsuchung von besetzten Häusern, in: NJW 1983, S. 2366–2368

- Weßlau*, Edda: Vorfelddermittlungen. Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessualer Sicht, Berlin 1989 (zit.: *Weßlau*, Vorfelddermittlungen, S.)
- Weßlau*, Edda: Zustimmung zum Einsatz eines Verdeckten Ermittlers. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.03.1995 – 1 StR 685/94, in: StV 1995, S. 506–509
- Weßlau*, Edda: Prüfungsumfang bei Zustimmung zum Einsatz eines VE. Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 23.03.1996 – 1 StR 685/95, in: StV 1996, S. 578–580
- Weßlau*, Edda: Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. Über die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und deren Grenzen, in: ZStW 110 (1998), S. 1–37
- Whitebread*, Charles H./*Slobogin*, Christopher: Criminal Procedure. An Analysis of Cases and Concepts, 7. Aufl., 2020 (zit.: *Whitebread/Slobogin*, Criminal Procedure, S.)
- Widmaier*, Gunter: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MAH Strafverteidigung, Teil § Rn.)
- Wittkämper*, Gerhard W./*Krevert*, Peter/*Kohl*, Andreas: Europa und die innere Sicherheit. Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf die Kriminalitätsentwicklung und Schlussfolgerungen für die polizeiliche Kriminalitätsbekämpfung, Wiesbaden 1996 (zit.: *Wittkämper/Krevert/Kohl*, Innere Sicherheit, S.)
- Wohlens*, Wolfgang: Deliktstypen des „Präventionsstrafrechts“ – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000 (zit.: *Wohlens*, Präventionsstrafrecht, S.)
- Wohlens*, Wolfgang: Anmerkung zu OLG München, Beschluß vom 27.08.2008 – 2 Ws 763/08, in: StV 2009, S. 539–540
- Wohlens*, Wolfgang/*Gaede*, Karsten: Rechtsbeugung durch Handeln aus sachfremden Erwägungen?, in: GA 2002, S. 483–496
- Wohlens*, Wolfgang/*Schlegel*, Stephan: Zum Umfang des Rechts der Verteidigung auf Akteneinsicht gemäß § 147 I StPO – Zugleich Besprechung von BGH – Urteil vom 18.06.2009 – 3 StR 89/09, in: NStZ 2010, S. 486–492
- Wolf*, Georg: Verbrechensbekämpfung und Rollenverteilung auf die damit befaßten Institutionen, in: Kriminalistik 1975, S. 389–394
- Wollweber*, Harald: Beeinträchtigung der Aussagefreiheit. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.01.1997 – 1 StR 666/96, in: NStZ 1998, S. 311
- Wolter*, Jürgen: Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, in: NStZ 1984, S. 276–278
- Wolter*, Jürgen: Beweisverböte und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines Tatverdächtigen – BGH NJW 1991, 2651, in: Jura 1992, S. 520–533
- Wolter*, Jürgen (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: SK-StGB, § Rn.)
- Wolter*, Jürgen (Hrsg.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: SK-StPO, § Rn.)

- Zachert*, Hans-Ludwig: Organisierte Kriminalität: Strukturen, Bedrohungspotential, Bekämpfungsprobleme. Eine Übersicht, in: *Kriminalistik* 1990, S. 622–625
- Zachert*, Hans-Ludwig: Organisierte Kriminalität, in: Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegschreiber des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden 1995, S. 283–304 (zit.: *Zachert*, in: FS Miyazawa, S.)
- Zöller*, Mark Alexander: Verdachtslose Recherche und Ermittlungen im Internet, in: *GA* 2000, S. 563–577
- Zong*, Yukun: Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren. Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, US-amerikanischen und chinesischen Recht, Berlin 2018 (zit.: *Zong*, Beweisverwertungsverbote, S.)
- Zuck*, Rüdiger: Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.04.2009 – 1 StR 701/08, in: *JR* 2010, S. 17–21

Stichwortverzeichnis

- Abhörmaßnahmen 23, 28, 33, 59 f., 238, 245, 297
- Abwägungslehre 169 f., 182, 280
- Abwägungstheorie *siehe* Abwägungslehre
- Additiver Grundrechtseingriff 167 f.
- Agent provocateur *siehe* Lockspitzel
- Aktenbegriff 216 ff., 221 ff.
- Akteneinsicht 25, 154, 164, 193, 210 ff., 225 ff., 229 ff., 238 ff., 250 ff., 259 ff., 306, 310 ff.
- Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit 105 ff., 212 ff., 220 ff., 227 ff., 232 ff., 251 ff., 270, 302 f., 306, 310
- Allgemeine Handlungsfreiheit 129, 158
- Anspruch auf rechtliches Gehör *siehe* Rechtliches Gehör
- Autobahnpolizei 103, 194, 200
- Beschaffungskriminalität** 40
- Bestimmtheitsgrundsatz 285 f.
- Beweisverwertungsverbot 82, 101, 106, 168 ff., 173 ff., 180 ff., 209, 250, 255 f.
- Bildung krimineller Vereinigungen 35, 42, 52 f.
- Doppelfunktionale Maßnahmen** 64 ff., 104, 134 f., 137 ff., 184, 186, 208, 283, 292, 307 f., 311
- Doppelverfolgungsverbot 229, 259, 311
- Drogenkriminalität 26, 39 ff., 52 ff., 115, 184, 274 f., 278, 282, 307
- Duldungspflicht 193, 198 f.
- Effektive Strafrechtspflege** 143, 164, 197, 244, 251, 275, 279 ff., 286, 295
- Effektive Strafverfolgung *siehe* Effektive Strafrechtspflege
- Effektive Verteidigung 154 f., 217, 225 ff., 252, 258, 303, 312
- Effektiver Rechtsschutz *siehe* Rechtsschutz
- Eigentumsgarantie 118 f., 127 f., 206
- Einschätzungsprärogative 281 ff., 288
- Einwilligung 149 f., 309
- Einzelakt 62 ff.
- Erkennbarkeit staatlichen Handelns *siehe* Offenheit staatlichen Handelns
- Fair trial *siehe* Faires Verfahren**
- Faires Verfahren 88 ff., 94 ff., 102, 154, 161, 170, 190, 216 ff., 227, 234, 237 f., 246, 253, 256 ff., 275, 303 ff., 310
- Fairnessprinzip *siehe* Faires Verfahren
- Falsche uneidliche Aussage 273
- Fernwirkung 189
- Freie Gestaltung des Ermittlungsverfahrens 185, 296
- Freiheit der Person 128 f., 255, 258, 304
- Funktionstüchtige Strafrechtspflege *siehe* Effektive Strafrechtspflege
- Gefährdung des Ermittlungszwecks** 102, 154, 161, 201, 229 ff., 231 f., 239 ff., 253, 260, 270
- Gefährdung des Untersuchungszwecks *siehe* Gefährdung des Ermittlungszwecks
- Gefährdung des Verfahrenszwecks *siehe* Gefährdung des Ermittlungszwecks
- Geldwäsche 53 f., 59
- Gemengelage 68, 71, 134, 187, 292
- Generalermittlungsklausel 59, 99 f., 309
- Gesamtermittlungserfolg 25, 137, 160, 233, 238, 240 f., 244, 287, 305 f., 310

- Gewaltenteilung 95, 178, 185, 218 ff., 255, 281, 304, 306, 310
- Gewaltmonopol 42, 214, 280 f., 286
- Grenzüberschreitende Nacheile 115, 200
- Grundsatz der Offenheit und Erkennbarkeit staatlichen Handelns *siehe* Offenheit staatlichen Handelns
- Grundsatz des fairen Verfahrens *siehe* Faires Verfahren
- Heimlichkeit** 23, 26 ff., 56, 60 f., 98
- Hörfälle 91, 155, 167
- Hypothetischer Ermittlungsverlauf *siehe* Hypothetischer Ersatzeingriff
- Hypothetischer Ersatzeingriff 169, 172 f., 180 ff., 209, 309
- Identitätsfeststellung** 74, 119 ff., 141, 157 ff., 192
- In dubio pro reo *siehe* Unschuldsvermutung
- Informanten *siehe* V-Leute
- Informationelle Selbstbestimmung 50, 112 f., 126 f., 156 ff.
- Informationsanspruch *siehe* Informationsrecht
- Informationspflicht 157
- Informationsrecht 217 ff., 155, 220, 236, 238, 251
- Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung** 219 f.
- Kriminalistische List 30 ff., 166
- Kriminelle Vereinigungen *siehe* Bildung krimineller Vereinigungen
- Kronzeugenregelung 234 ff., 270
- Kumulation von Maßnahmen *siehe* Additiver Grundrechtseingriff
- Legendiert** 24
- Legendierte Aktenführung 210 ff., 302 ff., 310, 312 f.
- Legendierte Durchsuchung 124, 130 f., 134, 138, 141 f., 144, 152 f., 193, 199, 202, 204 f., 209, 251, 308 f.
- Legendierte Identitätsfeststellung 119, 157 f., 161, 192
- Legendierte Kommunikation 153 ff., 162 ff., 212, 309 f.
- Legalitätspflicht 51, 72 f., 77, 117, 189, 222, 271 f., 293
- Legalitätsprinzip *siehe* Legalitätspflicht
- Lockspitzel 24, 58, 85, 155, 186, 257, 311
- Maßnahmenbündel** 64, 159, 212
- Materielle Wahrheit 213
- Menschenwürde 86 ff., 95, 175, 224, 258, 275, 309
- Mittelbare Falschbeurkundung 264
- Ne bis in idem** *siehe* Doppelverfolgungsverbot
- Nemo tenetur *siehe* Selbstbelastungsfreiheit
- Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte 58 f., 99
- Notwehr 197 f., 205 ff., 273, 309
- Observation** 28, 109, 111, 113 ff., 124, 167, 171, 270, 293, 308
- Offenheit der Durchsuchung 145 ff.
- Offenheit staatlichen Handelns 97 f., 309
- Online-Durchsuchung 24, 28, 60 f., 146 f.
- OrgKG 35, 39, 44, 53, 57
- Parlamentarische Kontrolle** 216, 219, 220
- Parlamentarischer Untersuchungsgrundsatz *siehe* Parlamentarische Kontrolle
- Parlamentarisches Untersuchungsrecht *siehe* Parlamentarische Kontrolle
- Pflicht zur Objektivität 213, 223, 248
- Proportionalitätsmaxime 170, 174

- Rechtliches Gehör** 94 ff., 156, 164, 176, 217 f., 222, 225 ff., 238, 247, 255 ff., 304, 309
- Rechtsbeugung** 260, 267 ff., 311
- Rechtskreistheorie** 168
- Rechtsschutz** 49, 69, 73, 77, 80 f., 98, 147 f., 161, 175 f., 180 f., 193, 216, 259 f., 295 ff., 311
- Rechtsstaatsprinzip** 62, 88, 91, 95 f., 169, 213 f., 218, 224, 257, 281, 286, 306
- Richtervorbehalt** 82, 104 ff., 115 f., 135, 142 ff., 171 ff., 180 ff., 186 ff., 201 ff., 209, 279, 284, 294 ff., 308
- Schriftliche Lüge** 261
- Schuldprinzip** 214, 224, 237
- Schutzzwecktheorie** 168
- Schweretheorie** 174 f., 177
- Schwerpunkt der Maßnahme** *siehe* Schwerpunkttheorie
- Schwerpunktformel** *siehe* Schwerpunkttheorie
- Schwerpunkttheorie** 75 f., 83 f.
- Selbstbelastungsfreiheit** 90 ff., 155 f., 163, 309
- Sphärentheorie** 109 f.
- Staatlicher Strafanspruch** 215
- Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff** 196 ff.
- Strafvereitelung im Amt** 221, 272 f., 311
- Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte** 205
- Täuschung** 29 ff.
- Täuschungsverbot** 95, 98 f., 165 ff.
- Umwidmung** 80, 171 ff.
- Unschuldsvermutung** 215, 269, 304
- Untermaßverbot** 281 f.
- Urkundenfälschung** 261 ff., 273, 311
- Urkundenunterdrückung** 264 ff., 273, 311
- Verdeckte Ermittler** 24, 57 f., 98 f., 155, 250, 293
- Verdeckte Ermittlungsmaßnahme** 27 ff.
- Verfahrenshindernis** 256 ff., 273, 311
- Verhinderungsvorsorge** 116
- Verkehrskontrolle** 24, 122, 130 f., 136, 139, 150, 153, 158, 161 ff., 184, 192, 300, 307
- Vermögensabschöpfung** 55 f.
- Vernehmung** 29, 92, 94, 104, 162 ff., 191, 247 f., 310
- Vertrauenspersonen** *siehe* V-Leute
- Verwahrungsbruch im Amt** 266 f., 273, 311
- Verwaltungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff** 198
- Volkszählungsurteil** 50, 112 f.
- Vollstreckungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff** 198 f., 205
- Vorbehalt des Gesetzes** 85, 62, 100, 130, 171, 183, 279, 292
- V-Leute** 24, 50, 58 f., 61, 92, 250, 278
- V-Personen** *siehe* V-Leute
- Waffengleichheit** 89 ff., 94, 154 f., 161, 211 f., 216 f., 237 f., 246 f., 302, 309 f.
- Wahrheitsfindung** 87, 89, 213, 252
- Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte** 195 ff.
- Wirksamkeitstheorie** 198
- Zollkontrolle** 24, 26, 140 f.
- Zufallsfund** 102, 108, 127, 171, 189 f., 192, 212