

1. Sachverhalt¹

Die Staatsanwaltschaft leitet nach einem Hinweis einer Vertrauensperson ein Ermittlungsverfahren wegen Drogenhandels u.a. gegen A und B ein. Die Ermittler erfahren im Laufe einer Telekommunikationsüberwachung des B, dass A demnächst Drogen von den Niederlanden nach Deutschland einführen soll. Bevor das Geschäft stattfindet, reist B vorübergehend nach Marokko. Am Tattag erhalten die Polizeibeamten Kenntnis davon, dass A aus den Niederlanden in Richtung Deutschland losfährt. Die Ermittler wollen verhindern, dass die Drogen in Umlauf geraten. Darüber hinaus wollen sie vermeiden, dass A durch einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss über das laufende Ermittlungsverfahren informiert wird. Sie befürchten, dass A den B andernfalls warnen und sich der B dadurch den Ermittlungen entziehen könnte. Daher wollen sie das Fahrzeug des A in Deutschland im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle durchsuchen.

Den Verkehrsbeamten wird das Kennzeichen des A durchgegeben, mit dem Hinweis, dass es wünschenswert sei, wenn sich ein Anlass für eine Verkehrskontrolle bei A fände. Als A in einem Baustellenbereich 10 km/h zu schnell fährt, halten die Verkehrsbeamten ihn an. Sie durchsuchen den Wagen und finden acht Kilogramm Kokain.

September 2017

Legendierte Polizeikontrolle-Fall

Doppelfunktionale Maßnahme / Beweisverwertungsverbot / fair-trial-Prinzip / Täuschung des Beschuldigten

§§ 102, 105, 161 Abs. 2 S. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK

famos-Leitsätze:

1. Es gibt weder einen generellen Anwendungsvorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt.
2. Bei legendierten Kontrollen ist die Verwendbarkeit der präventiv-polizeilich erlangten Beweismittel im Strafprozess nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO zu bestimmen.

BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16; veröffentlicht in BeckRS 2017, 118214.

A wird durch den Polizeibeamten P belehrt und als Beschuldigter vernommen. Über das laufende Ermittlungsverfahren wird er nicht informiert. Außer der Aussage, 6,5 kg Kokain mitgeführt zu haben, macht A keine weiteren Angaben.

Die Polizeibeamten fertigen anschließend einen Bericht an, in dem keine Hinweise auf das laufende Ermittlungsverfahren enthalten sind, so dass der Eindruck einer zufälligen Verkehrskontrolle entsteht. Dieser Bericht wird den Ermittlungsakten beigelegt. Aufgrund dieser Aktenlage erlässt der Ermittlungsrichter einen Haftbefehl gegen A.

A widerspricht der Verwertung der durch die Fahrzeugdurchsuchung erlangten Erkenntnisse. Das Landgericht verurteilt A wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten. A legt Revision zum BGH ein.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall wirft in strafprozessualer Hinsicht mehrere spannende Fragen auf. Vorliegend wurde eine sog. **legendierte Kontrolle** durchgeführt.² Hierunter sind Durchsuchungen zu verstehen, die unter einem Vorwand stattfinden (bspw. eine zollamtliche Überwachung oder eine allgemeine Verkehrskontrolle), also „legendiert“ werden. Die Maßnahmen werden auf Gefahrenabwehrrecht gestützt, obwohl gegen den Betroffenen bereits ein Anfangsverdacht im Hinblick auf eine Straftat vorliegt und führen in der Regel zu sog. „**vorgetäuschten Zufallsfunden**“³. Dieses Vorgehen entspringt der kriminaltaktischen Erwägung, dass durch ein strafprozessuales Vorgehen laufende Ermittlungen gefährdet würden.⁴

Dabei erscheint aber erstens fraglich, ob eine solche Fahrzeugdurchsuchung auf Polizeirecht gestützt werden darf, obwohl bereits ein Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO vorliegt. Zweitens muss diskutiert werden, ob die auf polizeirechtlichem Wege erlangten Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden dürfen (sog. Umwidmung⁵). Drittens stellt sich die Frage, ob die nicht vollumfängliche Belehrung des A ein **Beweisverwertungsverbot** nach sich zieht. Viertens muss beleuchtet werden, ob das Vorgehen der Polizei ein Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und das Gebot der Aktenwahrheit sowie der Aktenvollständigkeit darstellt.

Sofern eine Zwangsmaßnahme der Polizei sowohl selbständige präventive als auch repressive Zwecke erfüllt, liegt eine

sog. **doppelfunktionale Maßnahme** vor.⁶ Es ist umstritten, wie diese zu behandeln ist.

Nach einer Ansicht⁷ ist ein Rückgriff auf die Normen des Gefahrenabwehrrechts regelmäßig ausgeschlossen, wenn gegen den Betroffenen bereits ein strafprozessualer Anfangsverdacht vorliegt. Dies wird damit begründet, dass ansonsten die spezielleren Voraussetzungen des Strafprozessrechts umgangen würden.

Nach der sog. Schwerpunkttheorie⁸ wird eine Zwangsmaßnahme hingegen danach zugeordnet, ob ihr Schwerpunkt präventiv (dann Gefahrenabwehrrecht) oder repressiv (dann Strafprozessrecht) ist.

Eine weitere Ansicht⁹ stimmt dahingehend mit der Schwerpunkttheorie überein, dass ein Anfangsverdacht nicht automatisch die Anwendung von Gefahrenabwehrrecht ausschließt. Vielmehr seien beide Bereiche gleichrangig und könnten gleichzeitig vorliegen. Dabei wird jedoch teilweise vertreten, dass den Polizeibeamten grundsätzlich ein Wahlrecht zusteht, ob sie die Zwangsmaßnahme auf Gefahrenabwehrrecht oder Strafprozessrecht stützen wollen, wobei im Zweifelsfall dem Gefahrenabwehrrecht Vorrang einzuräumen sei.¹⁰

Daraus resultierend wird darüber diskutiert, ob die im Rahmen dieser polizeirechtli-

² Vgl. *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 708; *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Auflage 2017, § 105 Rn. 1a.

³ *Nowroussian*, Kriminalistik 2011, 370, 370; *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn. 1b.

⁴ Vgl. *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 544; *Nowroussian*, Kriminalistik 2011, 370, 372.

⁵ Vgl. *Ziegler/Vordermayer*, in SSW-StPO, 2. Auflage 2016, § 161 Rn. 27.

⁶ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737, 738; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage 2016, § 2 Rn. 11; *Schoch*, JURA 2013, 1115, 1116.

⁷ *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543, 546; ähnlich auch *Mosbacher*, JuS 2016, 706, 709, der allerdings zumindest eine Beschuldigtenstellung des Betroffenen voraussetzt.

⁸ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737, 749 f.; *Koehl*, VR 2016, 186, 192; *Sodan*, in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 40 Rn. 617.

⁹ *Nowroussian*, Kriminalistik 2013, 105 ff.; *ders.*, NSTZ 2015, 625 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 12.

¹⁰ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 12.

chen Maßnahmen erlangten Beweismittel im Strafverfahren **verwertet** werden dürfen.

Die bisherige Rechtsprechung¹¹ bejaht dies, sofern die Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO vorliegen. In der Literatur wird jedoch vertreten¹², dass die Umwidmung nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO in der vorliegenden Konstellation eine unzulässige Umgehung darstelle. Dies wird damit begründet, dass die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nur noch anhand der Voraussetzungen der Strafprozessordnung zu bewerten sei, sofern bereits ein Anfangsverdacht vorliegt. Insoweit sei dann ein polizeirechtliches Vorgehen zur Beweiserlangung grundsätzlich rechtsmissbräuchlich.¹³

Zudem ist fraglich, welche Konsequenzen daraus folgen, dass A **nicht** über das laufende Ermittlungsverfahren **belehrt** wurde. Grundsätzlich ist nach § 163a Abs. 4 S.1 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten bei der ersten Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird. Hierbei ist ausreichend, wenn dem Beschuldigten eine sachgerechte Verteidigung ermöglicht wird.¹⁴ Dafür ist erforderlich, dass ihm der Tatvorwurf zumindest in den wesentlichen Aspekten dargelegt wird.¹⁵ Es ist hingegen nicht erforderlich, dass ihm alle Einzelheiten genannt werden, wenn dadurch die **Effektivität der Strafverfolgung**

beeinträchtigt wird.¹⁶ Ob aus dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht ein Beweisverwertungsverbot erfolgt, ist anhand einer Einzelfallabwägung zu ermitteln.¹⁷

Aus dem **Recht auf ein faires Verfahren** (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und dem Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO) folgt ferner der **Grundsatz der Aktenvollständigkeit und -wahrheit**, der die Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren sicherstellen soll.¹⁸ Den Akten muss man zweifelsfrei entnehmen können, welche Ermittlungshandlungen bisher erfolgt sind und zu welchen Ergebnissen diese geführt haben.¹⁹ Insoweit ist unstreitig, dass die unrichtige Darstellung von Sachverhalten in den Ermittlungsakten unzulässig ist.²⁰ Das gesamte Strafverfahren hat den Maßstab des Rechtsstaatsprinzips zu genügen, weshalb bereits der Eindruck der Verschleierung von tatsächlichen Begebenheiten vermieden werden muss.²¹ Lediglich bis zum Abschluss der Ermittlungen gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO ist es erlaubt, dem Verteidiger (ganz oder teilweise) die Akteneinsicht zu verweigern, soweit diese den Untersuchungszweck gefährden kann.

Welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Gebot auf Aktenvollständigkeit im Ermittlungsverfahren nach sich zieht, ist abhängig

¹¹ BGH NJW 2009, 3448 ff; BGH NSTz-RR 2016, 176 ff.

¹² Müller/Römer, NSTz 2012, 543, 546 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, § 24 Rn. 54a.

¹³ Vgl. auch Mosbacher, JuS 2016, 706, 708 f., der nicht kategorisch die Anwendung des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO ablehnt, aber zumindest die rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts für problematisch erachtet.

¹⁴ Diemer, in KK-StPO, 7. Auflage 2013, § 136 Rn. 8; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 6.

¹⁵ Pfeiffer, StPO, 5. Auflage 2005, § 136 Rn. 3; Rogall, in SK-StPO, 5. Auflage 2015, § 136 Rn. 38.

¹⁶ Diemer, in KK-StPO, § 136 Rn. 8; Rogall, in SK-StPO, § 136 Rn. 69; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. BGH NSTz 2012, 581; Böhm/Werner, in MüKo-StPO, § 114b Rn. 26; Heinrich/Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, 2. Auflage 2017, § 26 Rn. 21.

¹⁸ Vgl. Schlothauer in MAH-Strafverteidigung, 2. Auflage 2014, § 3 Rn. 35; Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, 1. Auflage 2014, § 147 Rn. 11 ff; Wohlers, in SK-StPO, § 147 Rn. 1.

¹⁹ BGH NJW 1991, 435 ff.; Pfeiffer, StPO, § 147 Rn. 3; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14; Wohlers, in SK-StPO, § 147 Rn. 1.

²⁰ BGH NSTz 2010, 294.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14.

vom Einzelfall.²² Sofern der Verteidiger dadurch an der Einlegung oder der Begründung eines Rechtsmittels gehindert ist, kommt eine Einsetzung in den vorherigen Stand gem. § 33a StPO in Betracht.²³ In Extremfällen können Verstöße gegen die Aktenvollständigkeit und -wahrheit aufgrund einer unheilbaren Verletzung des fair-trial-Prinzips sogar zu einem Verfahrenshindernis führen.²⁴

Zusätzlich erscheint im Hinblick auf das fair-trial-Prinzip problematisch, ob das Vorgehen der Polizeibeamten eine (unzulässige) **Täuschung des Beschuldigten** darstellt. Dieser wird durch die legendierte Polizeikontrolle über die wahren Hintergründe der Zwangsmaßnahme im Unklaren gelassen.

Nach einer Ansicht²⁵ sind Täuschungen des Beschuldigten über die Hintergründe polizeilicher Maßnahmen unzulässig. Dies folge aus dem Prinzip des fairen Verfahrens.

Nach anderer Ansicht²⁶ ist ein solches Vorgehen zulässig. Ein prinzipielles Täuschungsverbot lasse sich der Strafprozessordnung nicht entnehmen. Insbesondere sei § 136a StPO nur auf Vernehmungen anwendbar und lasse sich nicht verallgemeinern. Auch die Zulässigkeit des Einsatzes von verdeckten Ermittlern spreche gegen eine generelle Unzulässigkeit von Täuschungen im Strafverfahren. Ab wann eine Täuschung sich so intensiv auswirke, dass sie als unzulässig einzustufen sei, bedürfe einer Einzelfallentscheidung.

²² Vgl. *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, § 5 Rn. 9; *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²³ *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²⁴ LG Berlin StV 1991, 371; *Schlothauer*, in *MAH-Strafverteidigung*, § 3 Rn. 35; *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²⁵ *Müller/Römer*, *NStZ* 2012, 543, 545.

²⁶ *Nowrouzian*, *Kriminalistik* 2011, 370, 372.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A, da er die im Rahmen der legendierten Fahrzeugdurchsuchung erlangten Beweise im vorliegenden Fall für verwertbar hält.

Zunächst stellt er fest, dass die Fahrzeugdurchsuchung, also die Beweiserhebung, rechtsfehlerfrei auf Polizeirecht gestützt werden durfte. Dies begründet er damit, dass **keine Anhaltspunkte für einen generellen Anwendungsvorrang** der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht existierten. Zum einen habe sich der Gesetzgeber in § 10 Abs. 3 ZollVG ausdrücklich dafür entschieden, auch bei Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts die Möglichkeit der Anwendung der Gefahrenabwehrregelungen weiterhin bestehen zu lassen. Zum anderen lasse auch das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) ein solches Vorgehen mit der Einschränkung zu, dass die Strafverfolgung lediglich zeitlich aufgeschoben und nicht gänzlich unterlassen wird. Darüber hinaus sei auch nicht zu befürchten, dass spezielle Anordnungsvoraussetzungen des Strafverfahrensrechts umgangen würden. Solche rechtsmissbräuchlichen Verstöße seien erst im Rahmen der Beweisverwertung relevant.

Die **Umwidmung** von nicht strafprozessual-erlangten Beweismitteln richte sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO, den der BGH auch bei doppelunktionalen Maßnahmen für einschlägig hält. Hierbei sei dann im Wege einer **sog. hypothetischen Betrachtung** danach zu fragen, ob ein Ermittlungsrichter zweifelsfrei eine entsprechende strafprozessuale richterliche Anordnung erlassen hätte (**Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs**). Eine hypothetische Betrachtung sei allerdings ausgeschlossen, wenn die Anwendung des Gefahrenabwehrrechts nur dem Zweck diene, die strengeren Voraussetzungen der Strafprozessordnung rechtsmissbräuchlich zu umgehen. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall.

Der Senat musste die Frage nicht entscheiden, ob die unvollständige Belehrung des A ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, da auszuschließen sei, dass das Urteil auf der Aussage des A beruhe.

Der Senat sieht keinen Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und das Gebot der Aktenvollständigkeit und -wahrheit, da die Akten zumindest mehrere Wochen vor Anklageerhebung vollständig waren und somit die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten nicht beschnitten wurden.

Als Fazit ist dieser Entscheidung zu entnehmen, dass im Rahmen von sog. legendierten Kontrollen ein Rückgriff auf Gefahrenabwehrrecht nach dem BGH zulässig ist.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Bisher musste sich der BGH selten mit dem Phänomen der legendierten Kontrolle befassen.²⁷ Durch das vorliegende Urteil wurde zum einen für die Praxis die prinzipielle Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise durch die Polizei bestätigt. Zum anderen stellen sich aber einige Probleme, die in der juristischen Ausbildung gerne geprüft werden.

Das Strafprozessrecht gehört erfahrungsgemäß nicht zu den beliebtesten Bereichen der Studierenden. Gleichwohl kann man sich im Examen durch Kenntnis der strafprozessualen „Problemklassiker“ schnell positiv abgrenzen. Die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln hat nicht nur erhebliche Praxisrelevanz, sondern ist auch ein beliebtes Prüfungsthema im Studium und Examen.

Der BGH verdeutlicht, dass die Beweiserhebung und die Beweisverwertung sauber zu trennen sind. Die Studierenden sollten in der Prüfungssituation herausarbeiten, ob bereits Fehler bei der Beweiserhebung erfolgt sind. Anschließend sollte beachtet werden, dass eine fehlerhafte Beweiserhebung

nicht automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Vielmehr bedarf es nach h.M. einer Abwägung im Einzelfall. In diesem Zweier-Schritt sollten die Studierenden auch bei einem Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip vorgehen. In einem ersten Schritt ist dazulegen, worin der Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens im konkreten Sachverhalt zu sehen ist. Sodann ist in einem zweiten Schritt mittels einer Abwägung zu beurteilen, welche Rechtsfolgen der Verstoß nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass nur äußerst gravierende Verstöße zu einem Verfahrenshindernis führen können. Allgemein empfiehlt sich ein strukturiertes Vorgehen bei strafprozessualen Zusatzfragen. Etwaige Verfahrensverstöße sind häufig im Rahmen einer Abwägung den Rechten des Beschuldigten gegenüberzustellen, wodurch sich deren Konsequenzen stets nach dem konkreten Einzelfall richten.

5. Kritik

Lobenswert an dem Urteil des 2. Strafsenats ist, dass er bezüglich der Rechtmäßigkeit legendierter Kontrollen deutlich Stellung bezieht. Es bestehe bei doppeifunktionalen Maßnahmen kein genereller Anwendungsvorrang der Strafprozessordnung, so dass ein gefahrenabwehrrechtliches Vorgehen der Polizei auch bei bestehendem Anfangsverdacht zulässig sei. Er erklärt legendierte Kontrollen für zulässig und beendet dadurch eine seit dem Urteil des 4. Strafsenats²⁸ geführte Debatte²⁹ über deren Rechtmäßigkeit.

²⁷ BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 – 4 StR 436/09; teilweise veröffentlicht in NSTZ 2010, 294.

²⁸ BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 – 4 StR 436/09; teilweise veröffentlicht in NSTZ 2010, 294.

²⁹ So geht *Nowroussian*, Kriminalistik 2011, 370, 372 von der Zulässigkeit eines solches Vorgehens aus, während bspw. *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543 ff. und *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 54a von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit legendierter Kontrollen ausgehen; hingegen fordert *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1b zumindest

Die Ausführungen des 2. Strafsenats hinsichtlich des fair-trial-Prinzips geraten jedoch zu kurz. Vor allem vor dem Hintergrund, dass der Senat das Vorgehen der Ermittlungsbehörden selbst für „nicht unbedenklich“ erklärt. Zwar beschäftigt er sich mit der Frage, ob das Unterbreiten eines unvollständigen Akteninhalts an den Ermittlungsrichter einen Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und gegen das Prinzip der Aktenvollständigkeit darstellt. Diese Grundsätze gelten auch im Vorverfahren, um dem Ermittlungsrichter eine vollumfängliche Erfassung der bisherigen Ermittlungen zu ermöglichen.³⁰ Die Argumentation des BGH, dass das Vorgehen der Ermittlungsbehörden keinerlei negative Auswirkungen auf die Beschuldigtenposition habe, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. So ist nicht ausgeschlossen, dass dem Verteidiger durch die Unvollständigkeit der Akten ein Vorgehen bspw. gegen den Haftbefehl des Ermittlungsrichters erschwert wird. Insbesondere die etwaigen Hintergründe polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen sind für den Verteidiger von entscheidender Relevanz. Nur so kann der Verteidiger im Ermittlungsverfahren nachvollziehen, ob die Erlangung der Beweismittel nach Polizeirecht rechtmäßig war. Dies ist eine Grundvoraussetzung für eine Umwidmung der Beweismittel gem. § 161 Abs. 2 S. 1 StPO. Zudem bezieht sich der Senat im Rahmen seiner Ausführungen auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts³¹, in dem es heißt: *„Es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren jedenfalls schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen.“*³²

Insofern ist es bedauerlich, dass sich der Senat nicht damit beschäftigt, ob nicht eine

zeitlich begrenzte Aktenunvollständigkeit bereits geeignet ist, zumindest einen solchen Anschein zu erwecken.

Darüber hinaus hätte man sich im Hinblick auf das fair-trial-Prinzip auch fragen können, ob das Vorgehen der Polizeibeamten nicht eine Täuschung des Beschuldigten darstellt. Ausführungen hierzu macht der BGH leider nicht.

Bedenklich erscheint die Auffassung, dass es keiner gesonderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für ein solches Vorgehen bedarf. Somit umgehen die Polizeibeamten durch ein gefahrenabwehrrechtliches Vorgehen faktisch den Richtervorbehalt für Durchsuchungen beim Beschuldigten gem. §§ 102, 105 StPO. Der Gesetzgeber hat einen solchen aber gerade in der Strafprozessordnung normiert, um die Subjektstellung des Beschuldigten zu wahren. Die Entscheidungskompetenz soll nicht den ausführenden Polizeibeamten obliegen. Vielmehr soll ein unabhängiger Richter im Einzelfall über die Wahrung der verfassungsrechtlich statuierten Rechte des Beschuldigten wachen. Insofern stellen Ermittlungsmaßnahmen, die unter einem Richtervorbehalt stehen, auch einen Ausfluss der Gewaltenteilung dar. Es ist nicht zu leugnen, dass ein solches Vorgehen – insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität – im Hinblick auf eine effektive Strafverfolgung sinnvoll ist. Allerdings obliegt die Entscheidung, ob und unter welchen Bedingungen ein solches Vorgehen möglich sein sollte, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und nicht dem BGH.

(Carolin Coenen/Lukas Hambel)

die Schaffung einer speziellen Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber.

³⁰ Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, § 147 Rn. 8.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14.

³² BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, Rn. 21.