

## Entscheidungsbesprechung

### Beweisverwertungsverbot bei „legendierten Kontrollen“

**1. Der zollrechtlich zulässigen Durchsuchung eines Gegenstandes steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeuguntersuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte. Es besteht kein Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht, vielmehr stehen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Zielrichtung gleichberechtigt nebeneinander.**

**2. Die Verwendung der aus einer solchen Maßnahme gewonnenen Beweismittel richtet sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO. Ihr steht nicht entgegen, dass die zollrechtliche Kontrolle des Fahrzeugs nach § 10 ZollVG ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss zulässig ist. Entscheidend ist, dass ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss erlassen hätte.**

(Leitsätze der NStZ-Schriftleitung)

StPO §§ 102, 105, 161  
ZollVG § 10

BGH, Urt. v. 15.11.2017 – 2 StR 128/17 (LG Wiesbaden)<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Der Aufgabenbereich der Polizei umfasst sowohl die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten (§ 163 StPO) als auch deren Verhütung im Rahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1 PolG NRW). Diese Bündelung präventiver und repressiver Aufgaben kann im Einzelfall die Frage aufwerfen, ob eine konkrete polizeiliche Maßnahme der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuzuordnen ist. In engem Zusammenhang damit steht die abstrakte Fragestellung, in welchem Verhältnis die Wahrnehmung präventiver und repressiver Aufgaben zueinanderstehen, mit anderen Worten, ob ein Vorrang der strafprozessualen gegenüber den polizeirechtlichen Befugnissen besteht (oder umgekehrt). Sofern man die betreffende Maßnahme als präventiv qualifiziert und dieses Vorgehen für zulässig hält, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die auf diese Weise erlangte Information in einem Strafverfahren verwendet und als Beweismittel verwertet werden darf. Um diese beiden Fragen geht es bei der zu besprechenden Entscheidung. Ausgangspunkt ist dabei indes nicht eine polizeiliche Maßnahme, sondern eine zollrechtliche Kontrolle eines Fahrzeugs, die zur Sicherstellung von Drogen führte; dies macht jedoch für die

vorliegende Fragestellung keinen Unterschied, da auch die Zollbehörden insoweit gleichermaßen präventive (§ 1 Abs. 3 ZollVG) und repressive Aufgaben wahrnehmen (§§ 386, 404 AO i.V.m. § 372 AO i.V.m. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; §§ 24, 25 ZFdG).<sup>2</sup> Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation der „legendierten Kontrollen“ liegt vielmehr darin, dass bei der zollrechtlichen Untersuchung des Fahrzeugs nicht offengelegt wird, dass bereits ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt wird; es stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit dieser Umstand die Zulässigkeit der Maßnahme und die Verwertung des auf diese Weise erlangten Beweismaterials beeinflusst.

### II. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Rahmen eines gegen eine international agierende Rauschgiftbande geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wurde im Zuge einer gegen den späteren Angeklagten A angeordneten Überwachung seines Mobiltelefons bekannt, dass dieser als Kurier für einen Lieferanten aus den Niederlanden tätig war. Als A auf einer Kurierfahrt aus den Niederlanden nach Deutschland zurückkehrte, veranlasste W, der als Beamter des Zollfahndungsdienstes an dem strafprozessualen Ermittlungsverfahren beteiligt war, aufgrund der aus der Telefonüberwachung erlangten Erkenntnisse, dass das Fahrzeug des A auf der Autobahn von den Zollbeamten P und H angehalten und im Rahmen der zollamtlichen Überwachung durchsucht wurde (§ 10 Abs. 1, Abs. 2 ZollVG). Dabei wurden im Luftfiltergehäuse des Motorraums des Fahrzeugs zwei Päckchen Kokain mit einem Gewicht von jeweils 500 g aufgefunden und sichergestellt. In der Hauptverhandlung nahm das Landgericht Wiesbaden in Bezug auf das sichergestellte Kokain ein strafprozessuales Verwertungsverbot an, da mit der Durchsuchung des Fahrzeugs auf der Grundlage der (präventiven) zollrechtlichen Befugnis der für eine strafprozessuale Durchsuchung vorgesehene Richtervorbehalt (§ 105 StPO) willkürlich umgangen worden sei, und sprach den Angeklagten deshalb vom Vorwurf der Beihilfe zum Handeln mit Betäubungsmitteln frei.

### III. Entscheidung

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH den Freispruch auf, weil das sichergestellte Kokain entgegen der Auffassung des Landgerichts als Beweismittel verwertbar gewesen sei. Dieses Ergebnis wird in zwei Schritten begründet, indem der BGH zunächst darlegt, dass die Durchsuchung auf der Grundlage der zollrechtlichen Befugnisse rechtmäßig gewesen sei, und sodann auf die Verwertbarkeit der auf diese Weise (rechtmäßig) erlangten Erkenntnisse eingeht.

Für die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung des Motorraums ist nach Auffassung des BGH allein die in Anspruch genommene Befugnis (§ 10 ZollVG) maßgeblich. Insoweit sei auch das Landgericht zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Ermächtigung vollständig vorgelegen hätten; anders

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ 2018, 296 sowie NStZ-RR 2018, 84 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0c0016aa7d2af85bf5a12266776f17c2&nr=80748&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

<sup>2</sup> Siehe zur Doppelfunktion der Zollbehörden Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 497 f. m.w.N.

als eine strafprozessuale Durchsuchung unterliege die zollamtliche Überwachung keinem Richtervorbehalt. Die Ausübung der präventiven Befugnis sei auch nicht durch das Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts gesperrt, da kein Vorrang der strafprozessualen Vorschriften bestehe, sondern die staatlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gleichberechtigt nebeneinander bestünden.<sup>3</sup>

Die nach § 10 ZollVG rechtmäßig erlangten Erkenntnisse seien auch im Strafverfahren gegen A verwertbar. Zur Begründung verweist der BGH auf § 161 Abs. 2 S. 1 StPO. Sofern eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist, dürfen danach die auf Grund einer entsprechenden Maßnahme nach einem anderen Gesetz (in diesem Fall § 10 ZollVG) erlangten personenbezogenen Daten zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen. Diese Voraussetzungen seien erfüllt, da die durch die zollamtliche Kontrolle erlangten Erkenntnisse dem Nachweis einer „schweren Straftat“ im Sinne von § 100a Abs. 2 Nr. 7 StPO gedient hätten, zu deren Aufklärung auch eine strafprozessuale Durchsuchung nach §§ 102, 105 StPO hätte angeordnet werden dürfen (hypothetischer Ersatzeingriff). Dass eine richterliche Anordnung tatsächlich nicht vorgelegen habe, sei im Rahmen der vorzunehmenden hypothetischen Betrachtung nicht von Bedeutung.<sup>4</sup> Ein Rückgriff auf hypothetische Erwägungen sei schließlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil mit der zollrechtlichen Durchsuchung der Richtervorbehalt für die entsprechende strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme rechtsmissbräuchlich umgangen worden sei, denn mit der Durchsuchung und Sicherstellung habe verhindert werden sollen, dass Betäubungsmittel in das Bundesgebiet eingeführt und in Umlauf gebracht würden, so dass mit der Maßnahme „jedenfalls auch der Zweck der Gefahrenabwehr“ verfolgt worden sei.<sup>5</sup>

#### IV. Analyse und kritische Würdigung

Die Entscheidung führt die jüngere Rechtsprechung zu „legendierten Kontrollen“ fort, denn bereits zuvor hatte der 2. Strafsenat die auf der Grundlage strafprozessualer Erkenntnisse initiierte Durchführung einer Durchsuchung auf präventiv-polizeilicher Grundlage und die anschließende Verwertung der sichergestellten Drogen als Beweismittel im Strafverfahren für zulässig erklärt.<sup>6</sup> Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum zum Teil heftig kritisiert worden. Diese Kritik richtet sich einerseits dagegen, dass die Durchsuchung über die polizeilichen Befugnisse im Rahmen der Gefahrenabwehr gerechtfertigt wird (1.), zum anderen gegen die Verwertung der auf diese Weise erlangten Erkenntnisse im Strafprozess (2.).

<sup>3</sup> BGH NSZ 2018, 296 (297).

<sup>4</sup> BGH NSZ 2018, 296 (297).

<sup>5</sup> BGH NSZ 2018, 296 (297).

<sup>6</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3175 ff.).

#### 1. Durchsuchung im Rahmen der zollamtlichen Überwachung

Der erste Einwand gegen die Durchführung „legendierter Kontrollen“ richtet sich gegen die Heranziehung präventiver Befugnisse, um die Durchsuchung des Fahrzeugs zu rechtfertigen: Da die Durchsuchung auf der Grundlage strafprozessualer Erkenntnisse durchgeführt worden sei, habe die Gewinnung von Beweismitteln für das Strafverfahren im Vordergrund gestanden, so dass die Maßnahme nicht auf polizeirechtliche (im hiesigen Kontext: zollrechtliche) Befugnisse gestützt werden dürften, sondern vielmehr allein auf die einschlägige strafprozessuale Ermittlungsbefugnis (§§ 102, 105 StPO).<sup>7</sup> Mit dieser Kritik wird auf die „Schwerpunkttheorie“ des BVerwG Bezug genommen, wonach bei doppelunktionalen Maßnahmen, die zugleich Zwecken der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung dienen, entscheidend ist, welcher Zweck mit der Maßnahme nach ihrem Gesamteindruck (Schwerpunkt) verfolgt wird.<sup>8,9</sup>

a) Um diesem Einwand nachzugehen, sind zwei Aspekte im Zusammenhang mit der Durchsuchung strikt voneinander zu trennen, nämlich einerseits deren Einordnung als präventive oder repressive Maßnahme und andererseits (sofern es sich um eine präventive Maßnahme handelt) deren Rechtmäßigkeit nach Maßgabe der zollrechtlichen Befugnisse und eines gegebenenfalls bestehenden Vorrangs strafprozessualer Befugnisse. Bei der Schwerpunktformel geht es um den ersten Aspekt, denn das BVerwG wollte auf diese Weise sicherstellen, dass über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme einheitlich und durch das sachnähere Gericht entschieden wird.<sup>10</sup> Mit der Schwerpunktformel sollen indes nur tatsächliche Unsicherheiten bei der Qualifizierung der Maßnahme gelöst werden, die daraus herrühren, dass die Polizei gegenüber dem Betroffenen nicht den Grund ihres Einschreitens angibt.<sup>11</sup> Mit anderen Worten, auf den Schwerpunkt der Maßnahme kommt es nicht an, wenn der Grund für die Kontrolle gegenüber dem

<sup>7</sup> Kempf, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 673 (679); Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, 572 (573); Lenk, NVwZ 2018, 38 (40); Zöller, StV 2019, 419 (427).

<sup>8</sup> BVerwG NJW 1975, 893 (895); BVerwG NVwZ 2001, 1285 (1286).

<sup>9</sup> Lenk, NVwZ 2018, 38 (40); Zöller, StV 2019, 419 (427).

<sup>10</sup> BVerwG NJW 1975, 893 (894 f.); BVerwG NVwZ 2001, 1285 (1286).

<sup>11</sup> BVerwG NJW 1975, 893 (895): „In aller Regel ist es für den Betroffenen nicht schwer, zu erkennen, ob die Polizei im konkreten Fall eine – begangene – Straftat erforschen (Strafverfolgung) oder den Eintritt eines Schadens, etwa die – zukünftige – Begehung einer strafbaren Handlung, verhindern oder eine bereits eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung beseitigen (Gefahrenabwehr) will. Außerdem wird man davon ausgehen dürfen, daß die Polizei dem Betroffenen – wie im vorliegenden Fall – den Grund ihres Einschreitens von sich aus oder auf Verlangen angibt. Im übrigen [Hervorhebung vom Verf.] kommt es darauf an, wie sich der konkrete Lebenssachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt.“

Betroffenen angegeben oder aus den Umständen erkennbar wird. Wird also zu Beginn der Fahrzeugkontrolle gegenüber dem Betroffenen darauf hingewiesen, dass diese im Rahmen der zollamtlichen Überwachung erfolgt, und dabei gegebenenfalls auch auf die zollrechtliche Befugnis verwiesen, so handelt es sich um eine präventive Kontrollmaßnahme. Demgegenüber war es für den späteren Angeklagten zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar, dass gegen ihn bereits wegen einer Straftat ermittelt wurde, so dass sich die Durchsuchung seines Fahrzeugs nach dem äußeren Ablauf für ihn nicht als strafprozessuale Maßnahme, sondern als präventive Kontrolle im Rahmen der zollamtlichen Überwachung darstellte.<sup>12</sup> Der Hinweis, dass der präventive Zweck, die im Fahrzeug versteckten Drogen aus dem Verkehr zu ziehen, auch mit einer strafprozessualen Durchsuchung erreicht worden wäre<sup>13</sup>, ändert an der Einordnung der Kontrolle nichts, wenn man diese nach dem tatsächlichen Verlauf vornimmt.<sup>14</sup>

b) Zu einem anderen Ergebnis gelangt man indes, wenn man die Schwerpunkttheorie normativ auflädt und die Befugnisse der Polizei- und Zollbehörden dahingehend einschränkt, dass sie ihre Befugnisse nur zu dem Zweck ausüben dürfen, auf dem der Schwerpunkt der jeweiligen Tätigkeit liegt: Dienen die Ermittlungen in erster Linie der Strafverfolgung, so wäre ein Rückgriff auf präventive Befugnisse ausgeschlossen (und umgekehrt). Dieses Verständnis geht jedoch weit über die von der Rechtsprechung für die Bestimmung des Rechtswegs entwickelte Schwerpunktformel hinaus<sup>15</sup>, die es nach der Auffassung des BVerwG keineswegs ausschließt, dass eine polizeiliche Maßnahme zugleich auf polizeirechtliche und strafprozessuale Vorschriften gestützt wird.<sup>16</sup> Mit der beschriebenen Deutung der Schwerpunktformel ginge zudem eine Beschneidung der polizeilichen Handlungsspielräume einher, die in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen nicht angelegt ist und mit Blick auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund (Strafprozessrecht) und Ländern (Polizeirecht) höchst problematisch wäre, da weder die Strafprozessordnung als Bundesgesetz die landesrechtlichen Befugnisse der Polizei zur Gefahrenabwehr begrenzen kann noch umgekehrt die Landespolizeigesetze die strafpro-

zessualen Ermittlungsbefugnisse einschränken können.<sup>17</sup> Erst recht widerspräche es der eigenständigen Regelung polizeirechtlicher und strafverfahrensrechtlicher Ermittlungsbefugnisse, wenn man mit dem Bestehen eines strafprozessualen Anfangsverdachts bzw. der Begründung der Beschuldigtenstellung von einem Vorrang der Strafverfolgung ausgehen wollte, der einen Rückgriff auf polizeirechtliche Befugnisse von vornherein ausschließt.<sup>18</sup> Dies wäre insbesondere unvereinbar mit den präventiven Befugnissen, deren Eingriffsvoraussetzungen inhaltlich einem strafprozessualen Verdacht entsprechen (§ 10 Abs. 3 ZollVG: zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das vorschriftswidrige Mitführen von Waren) und damit, wollte man sich der oben genannten Vorrangthese anschließen, keinen Anwendungsbereich mehr hätten.<sup>19</sup> Der BGH hat daher zu Recht einen Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht abgelehnt.<sup>20</sup> Dementsprechend hat der Gesetzgeber im Steuerrecht sogar ausdrücklich angeordnet, dass die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren sich nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften richten (§ 393 Abs. 1 S. 1 AO), und damit einem Vorrang des Steuerstrafverfahrens eine Absage erteilt.<sup>21</sup>

c) Geht man somit davon aus, dass ungeachtet der bereits laufenden strafprozessualen Ermittlungen gegen A eine Kontrolle seines Fahrzeugs im Rahmen der zollamtlichen Überwachung grundsätzlich zulässig ist, so gilt dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Maßnahme zumindest auch präventiven Zwecken dient. Da mit der Durchsuchung des Fahrzeugs und der anschließenden Sicherstellung der Drogen das Ziel verfolgt wurde, das Rauschgift aus dem Verkehr zu ziehen, hat der BGH diese Voraussetzung mit Recht bejaht. Darüber hinaus müssten die gesetzlichen Voraussetzungen der maßgeblichen Eingriffsbefugnis vorgelegen haben. Insoweit ist in den Entscheidungsgründen von einer zollrechtlichen Kontrolle gem. § 10 Abs. 3 ZollVG die Rede. Diese Befugnis regelt allerdings nur die Durchsuchung von Personen (§ 10 Abs. 3 S. 1 ZollVG), während die Prüfung von Fahrzeugen und Gepäck bzw. Ladung, die auch die Durchsuchung umfasst<sup>22</sup>, anderweitig geregelt ist (§ 10 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 ZollVG). Für die Durchsuchung des Fahrzeugs ist daher die

<sup>12</sup> Siehe dagegen *Kempf* (Fn. 7), S. 673 (679); *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572 (573), die jeweils darauf abstellen, dass die legendierte Kontrolle integraler Bestandteil des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist. Da dies für den Betroffenen nicht erkennbar ist, wird dieser Umstand nicht bei der Einordnung der Maßnahme, sondern bei der Frage bedeutsam, ob ein Rückgriff auf die präventiven Befugnisse sich als missbräuchliche Umgehung der strafprozessualen Vorschriften darstellt, siehe dazu unten d).

<sup>13</sup> In diesem Sinne *Börner*, StraFo 2018, 1 (3); *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, 572 (575); *Schiemann*, NStZ 2017, 657.

<sup>14</sup> I.E. ebenso *Nowroussian*, NStZ 2018, 254, der allerdings als entscheidend ansieht, dass die durch eine verdeckte Kontrolle ermöglichte Ermittlung der Hintermänner weitergehende Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ermöglicht.

<sup>15</sup> Ebenso *Löffelmann*, JR 2017, 596 (598).

<sup>16</sup> BVerwG NVwZ 2001, 1285 (1286).

<sup>17</sup> *Schenke*, NJW 2011, 2838 (2841 f.); siehe auch im vorliegenden Zusammenhang *Brodowski*, JZ 2017, 1124 (1126); *Löffelmann*, JR 2017, 596 (597 f.).

<sup>18</sup> *Gubitz*, NStZ 2016, 128; *Mosbacher*, JuS 2016, 706 (709); *Mosbacher*, JuS 2018, 129 (130); *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 (546); für eine kumulative Rechtmäßigkeitsprüfung nach Gefahrenabwehr- und Strafprozessrecht: *Schefer*, Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Strafverfahren, 2019, S. 201 ff.

<sup>19</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3176).

<sup>20</sup> Siehe bereits BGH NJW 2017, 3173 (3176); zustimmend *Brodowski*, JZ 2017, 1124 (1126); *Löffelmann*, JR 2017, 596 (597 f.); *Nowroussian*, NStZ 2018, 254 (255).

<sup>21</sup> Siehe dazu *Böse* (Fn. 2), S. 469 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 224. Lfg., Stand: März 2019, § 10 ZollVG Rn. 5.

letztenannte Befugnis maßgeblich. Da die Kontrolle nicht im grenznahen Raum erfolgte (§ 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 ZollVG), ist diese nur zulässig, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass in dem betreffenden Fahrzeug der zollamtlichen Überwachung unterliegende Waren mitgeführt werden (§ 10 Abs. 2 ZollVG). Ein solcher Grund setzt keinen individualisierten Anfangsverdacht voraus, sondern ist bereits dann gegeben, wenn nach den Erfahrungen der Zollverwaltung oder aufgrund entsprechender Hinweise an bestimmten Verkehrswegen oder bei bestimmten Personengruppen in verstärktem Maße mit einem prüfungsbedürftigen Sachverhalt zu rechnen ist.<sup>23</sup> Dass die Zollbeamten, von denen die Kontrolle durchgeführt wurde, keine genaue Kenntnis von den Hintergründermittlungen gegen die Rauschgiftbande hatten, steht also der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht entgegen, da sich aus dem Hinweis des W bereits ein ausreichender Grund für die Durchführung der Kontrolle ergab. Letztlich kommt es darauf indes nicht an, da die zollrechtliche Kontrolle von W angeordnet wurde, dem die gegen A bestehenden Verdachtsmomente nach dem Stand der Ermittlungen bekannt waren. Die Durchsuchung des Fahrzeugs war daher von der zollrechtlichen Befugnis gedeckt und somit grundsätzlich rechtmäßig.

d) Gegen eine Heranziehung der zollrechtlichen Durchsuchungsbefugnis wird schließlich angeführt, dass auf diese Weise die strafprozessualen Vorschriften zur Durchsuchung, insbesondere der Richtervorbehalt (§ 105 Abs. 1 StPO), umgangen würden. Wenngleich der BGH diese Frage erst als Voraussetzung eines möglicherweise bestehenden Beweisverwertungsverbotes prüft<sup>24</sup>, betrifft sie richtigerweise bereits die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung.<sup>25</sup> Mit dem Begriff der Umgehung wird dabei sinngemäß zum Ausdruck gebracht, dass die Polizei- bzw. Zollbeamten die präventive Befugnis zu dem Zweck missbrauchen, sich den formalen und materiellen Eingriffsvoraussetzungen des Strafverfahrensrechts zu entziehen und damit den gesetzlichen Schutz des Beschuldigten zu verkürzen.<sup>26</sup> Folgt man der vom BGH vertretenen Auffassung, dass die Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung gleichrangig sind und die insoweit bestehenden Befugnisse parallel ausgeübt werden können, so hat das Umgehungsargument indes einen schweren Stand, denn nach dieser Auffassung ist nur folgerichtig, dass für die Rechtfertigung der Maßnahme je nach verfolgtem Zweck unterschiedliche Anforderungen gelten. Ein Missbrauch läge daher nur dann vor, wenn mit der Maßnahme nicht der Zweck verfolgt wird, zu dessen Verwirklichung die betreffende Befugnis begründet worden ist. Dementsprechend hat der BGH einen Missbrauch mit der knappen Begründung verneint, dass die

Kontrollmaßnahme „jedenfalls auch“ der Gefahrenabwehr diene.<sup>27</sup>

Den strafprozessualen Vorschriften könnte nur dann eine weitergehende Bedeutung zukommen, wenn sie den Beschuldigten im Strafverfahren in besonderer Weise schützen sollen und der Sinn und Zweck der Schutznorm es gebietet, ihn auch auf präventive Ermittlungsmaßnahmen zu erstrecken.<sup>28</sup> In Bezug auf den Richtervorbehalt ist dies jedoch nicht der Fall, denn dieser dient dem präventiven Rechtsschutz der von der Durchsuchung betroffenen Person, bei der es sich um den Beschuldigten (§ 102 StPO), aber auch um einen Dritten (§ 103 StPO) handeln kann. Als Betroffener, der von der Durchsuchung zu unterrichten ist (§§ 35, 107 StPO), ist vielmehr die durchsuchte Person bzw. der Gewahrsamsinhaber in Bezug auf die durchsuchten Sachen oder Räumlichkeiten anzusehen.<sup>29</sup> Dass mit der Durchsuchung Beweise erhoben werden, die in einem späteren Verfahrensstadium gegen den Beschuldigten verwertet werden, ist insoweit nicht ausreichend.<sup>30</sup> Dementsprechend dient der Richtervorbehalt dem Schutz der Grundrechte der von der Durchsuchung betroffenen Person (vgl. Art. 13 Abs. 2 GG), knüpft aber nicht an den Beschuldigtenstatus an. Es besteht daher insoweit auch kein Bedürfnis, den Beschuldigten vor den Auswirkungen einer polizeirechtlichen Durchsuchung auf seine Verfahrensrechte zu schützen.

Ein besonderes Schutzbedürfnis könnte sich aber daraus ergeben, dass der Betroffene mit dem Rückgriff auf präventiv-polizeiliche (bzw. zollrechtliche) Befugnisse darüber im Unklaren gelassen wird, dass gegen ihn bereits ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist<sup>31</sup>, und er daher (zumindest im Strafverfahren) nicht verpflichtet ist, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken (*Nemo tenetur se ipsum accusare*).<sup>32</sup> Um die Aussagefreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren zu schützen, dürfen die steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten im Besteuerungsverfahren nicht mit Hilfe von Zwangsmitteln durchgesetzt werden, sofern der Steuerpflichtige dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer Steuerstraftat zu belasten (§ 393 Abs. 1 S. 2 AO); das Zwangsmittelverbot wird überdies durch eine entsprechende Belehrungspflicht ergänzt (§ 393 Abs. 1 S. 4 AO). Bei Kontrollen im Rahmen der zollamtlichen Überwachung ist ein solcher Schutz nicht vorgesehen, da diese in der Regel im Vorfeld eines Anfangsverdachts stattfinden (siehe oben IV. 1. c). Ist ein solcher Verdacht aber bereits gegeben, so besteht gleichermaßen ein Bedürfnis, die kontrollierte Person davor zu schützen, dass ihr Recht, selbstbelastende Angaben

<sup>23</sup> Häberle (Fn. 22), § 10 ZollVG Rn. 7, mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/5737, S. 8.

<sup>24</sup> Siehe auch BGH NJW 2017, 3173 (3177 f.).

<sup>25</sup> Albrecht, HRRS 2017, 446 (451 f.); Schefer, Vortäuschung (Fn. 18), S. 188 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Börner, StraFo 2018, 1 (3); Kempf (Fn. 7), S. 673 (681); Lenk, StV 2017, 692 (696); Löffelmann, JR 2017, 596 (598 f.); Mitsch, NJW 2017, 3124 (3125 f.); Schefer (Fn. 18), S. 229; Zöller, StV 2019, 419 (427).

<sup>27</sup> BGH NStZ 2018, 296 (297).

<sup>28</sup> In diesem Sinne Mitsch, NJW 2017, 3124 (3126).

<sup>29</sup> Mosbacher/Claus, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 4; Wohlers/Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 107 Rn. 4.

<sup>30</sup> Siehe dagegen Mitsch, NJW 2017, 3124 (3125).

<sup>31</sup> Börner, StraFo 2018, 1 (3); Kempf (Fn. 7), S. 673 (680); Zöller, StV 2019, 419 (427).

<sup>32</sup> Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, 572 (573).

zu verweigern, nicht unterlaufen wird, indem sie zur Mitwirkung an der Kontrolle aufgefordert wird (vgl. § 10 Abs. 1 S. 6 ZollVG). Zwar ist eine Belehrungspflicht im Rahmen der zollamtlichen Überwachung, anders als im Besteuerungsverfahren, nicht ausdrücklich vorgesehen; die fehlende Offenlegung des gegen A geführten Ermittlungsverfahrens erscheint aber gleichwohl bedenklich, da dieser ungeachtet seines Beschuldigtenstatus zu Beginn der Kontrolle gezielt über mitgeführte Betäubungsmittel befragt wird, ohne ihn über seine Rechte als Beschuldigter zu unterrichten, und damit die entsprechenden Schutzvorschriften im Strafverfahren unterlaufen werden (§§ 163a Abs. 4 i.V.m. §§ 136, 136a StPO).<sup>33</sup> Aufgrund der besonderen Gefährdungslage für die Rechte des Beschuldigten, die mit der Doppelfunktion der Polizei- und Zollbehörden einhergeht, sind die strafprozessualen Vorschriften zum Schutz der Aussagefreiheit bei einer Befragung des Beschuldigten im Zusammenhang mit einer Ausübung präventiver Befugnisse zu beachten, d.h. der Beschuldigte ist über seine Aussagefreiheit zu belehren.<sup>34</sup> Unter diesem Aspekt ist das Umgehungsargument mithin berechtigt; die mit einer legierten Kontrolle geschaffene Umgehungsgefahr betrifft allerdings nicht die Durchsuchung als solche, sondern nur die Befragung der kontrollierten Person und deren aktive Mitwirkung bei der Fahrzeugkontrolle. Ähnliche Probleme stellen sich bei der (strafprozessualen) Vernehmung, die sich an die Sicherstellung der im Fahrzeug versteckten Drogen anschließt; da die Vernehmung dem Beschuldigten Gelegenheit geben soll, sich gegen den Vorwurf zu verteidigen, ist ihm die zur Last gelegte Tat vollständig mitzuteilen, d.h. die Information des Beschuldigten muss sich auch auf den tat einheitlich begangenen Vorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln erstrecken und darf nicht aus ermittlungstaktischen Gründen beschränkt werden.<sup>35</sup>

## 2. Verwertung der sichergestellten Drogen im Strafverfahren

Hält man die Durchsuchung des Fahrzeugs nach § 10 ZollVG für zulässig, so stellt sich die Frage, ob die auf diese Weise erlangten Beweismittel (das sichergestellte Kokain) als Beweismittel im Strafverfahren gegen A verwertet werden darf. Der BGH hat diese Frage ebenfalls bejaht.

a) Mit der Übermittlung von Beweismaterial und der darauf bezogenen personenbezogenen Daten wird in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der betroffenen Person eingegriffen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedarf insoweit nicht nur die Übermittlung, sondern auch die Entgegennahme (und anschließende Verwendung) der Information zur Strafverfolgung

einer gesetzlichen Grundlage („Zwei-Türen-Modell“).<sup>36</sup> Die Weiterleitungsbefugnis der Zollbehörden ergibt sich insoweit aus § 12 S. 1 ZollVG, die Befugnis der Staatsanwaltschaft, diese Information entgegenzunehmen, ergibt sich aus der Ermittlungsgeneralklausel (§ 161 Abs. 1 S. 1 StPO).<sup>37</sup> Demgegenüber hat der BGH die Verwertung der sichergestellten Drogen auf § 161 Abs. 2 S. 1 StPO gestützt (siehe oben III.). Sofern eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist, dürfen danach die auf Grund einer entsprechenden Maßnahme nach einem anderen Gesetz (in diesem Fall § 10 ZollVG) erlangten personenbezogenen Daten zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen (hypothetischer Ersatzeingriff). Im Schrifttum wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen dieser Norm bei einer Durchsuchung nicht gegeben sind, da eine strafprozessuale Durchsuchung nicht nur bei einem Verdacht bestimmter (d.h. besonders schwerer) Straftaten zulässig ist (vgl. z.B. § 100a Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2, Abs. 2 StPO), sondern grundsätzlich zur Aufklärung und Verfolgung jedweder Straftaten angeordnet werden kann.<sup>38</sup> Auf Beweismittel, die durch eine zollrechtliche Durchsuchung erlangt worden sind, ist § 161 Abs. 2 S. 1 StPO somit gar nicht anwendbar. Als „Türriegel“<sup>39</sup> (im Sinne einer Verwendungsbeschränkung) steht er damit einer Verwertung des erlangten Beweismittels nicht entgegen.

b) Selbst wenn man den in § 161 Abs. 2 S. 1 StPO normierten Maßstab des hypothetischen Ersatzeingriffs anwenden wollte, wären die dafür geltenden Voraussetzungen gegeben und eine Verwertung zulässig. Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass es insoweit allein auf die materiellen Eingriffsvoraussetzungen ankommt, also darauf, ob eine Durchsuchung auch auf der Grundlage der §§ 102, 105 StPO hätte angeordnet werden können.<sup>40</sup> Im Schrifttum wird dies für unzureichend gehalten, da der tatsächlich (gegenüber der polizeilichen Maßnahme) gewährte Rechtsschutz dem hypothetischen Rechtsschutz entsprechen muss, wie er nach Maßgabe der StPO zu gewährleisten ist.<sup>41</sup> Diese Anforderungen haben im Wortlaut des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO indes keinen Niederschlag gefunden, der allein auf einen materiellen Maßstab (Art/Schwere der Straftat) verweist. Sie lassen sich aber auch über den Sinn und Zweck des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht begründen, der verhindern soll, dass mit der Verwendung der nach § 10 ZollVG erhobenen Information zur Strafverfolgung das gegenüber strafprozessualen Grund-

<sup>33</sup> Mosbacher, JuS 2018, 129 (131); vgl. allgemein Böse (Fn. 2), S. 512 f.

<sup>34</sup> Vgl. allgemein zur verfahrensübergreifenden Geltung der strafprozessualen Vorschriften zum Schutz der Aussagefreiheit: Böse (Fn. 2), S. 502 ff. (508 ff.).

<sup>35</sup> Albrecht, HRRS 2017, 446 (455 f.); Brodowski, JZ 2017, 1124 (1128); Krehl, StraFo 2018, 265 (270). Diese Frage wurde vom BGH bislang offengelassen, vgl. BGH NJW 2017, 3173 (3178).

<sup>36</sup> BVerfGE 130, 151 (184); siehe dazu im vorliegenden Zusammenhang Brodowski, JZ 2017, 1124 (1127); Zöller, StV 2019, 419 (421).

<sup>37</sup> Zöller StV 2019, 419 (421, zur Ermittlungsgeneralklausel).

<sup>38</sup> Brodowski, JZ 2017, 1124 (1127); Löffelmann, JR 2017, 596 (602); Nowroussian, NStZ 2018, 254 (255); Zöller, StV 2019, 419 (426).

<sup>39</sup> Vgl. den treffenden Ausdruck von Zöller, StV 2019, 419 (421).

<sup>40</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3177); NStZ 2018, 296 (297).

<sup>41</sup> Mitsch, NJW 2017, 3124 (3126).

rechtseingriffen geltende informationelle Schutzniveau unterlaufen wird; diese Gefahr besteht nicht, wenn die materiellen Eingriffsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Umwidmung der erhobenen Information vorliegen.<sup>42</sup> Für den hypothetischen Ersatzeingriff ist daher nur erforderlich, dass die Erhebung auch nach Maßgabe der StPO zulässig (gewesen) wäre; auf die tatsächliche Einhaltung formeller Voraussetzungen kommt es dagegen bei einer hypothetischen (!) Betrachtung nicht an.<sup>43</sup> Wollte man auf formelle Anforderungen (Richtervorbehalt) und deren tatsächliche Beachtung abstellen, so liefe das darauf hinaus, die Polizei- und Zollbehörden dazu anzuhalten, die strafprozessualen Vorschriften vorsorglich auch bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu beachten<sup>44</sup>, was der Eigenständigkeit und Gleichrangigkeit der beiden Bereiche zuwiderliefe (siehe oben IV. 1. b). Dementsprechend wird im Schrifttum *de lege ferenda* gefordert, die formellen Eingriffsvoraussetzungen im Polizei- und Strafverfahrensrecht anzugleichen.<sup>45</sup> Indes kann es gute Gründe dafür geben, präventive Maßnahmen keinem Richtervorbehalt zu unterwerfen: So kann das Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr insbesondere auch Kontrollen im Vorfeld eines Anfangsverdachts rechtfertigen (§ 10 Abs. 1, 2 ZollVG, siehe oben IV. 1. c). Ein Richtervorbehalt hätte in diesem Fall nur den Effekt, die Durchführung verdachtsunabhängiger, stichprobenartiger Kontrollen zu erschweren, ohne im Rahmen des präventiven Rechtsschutzes eine über die Prüfung des konkreten Tatverdachts begründete Kontrolle und Begrenzung des Eingriffs leisten zu können.

## V. Fazit

Der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit „legendierter Kontrollen“ auf der Grundlage präventiver Befugnisse ist insoweit zuzustimmen, als solche Maßnahmen ungeachtet eines bereits eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zulässig sind und die daraus erlangten Erkenntnisse im Strafverfahren grundsätzlich verwertbar sind. Ungeachtet dessen birgt ein Vorgehen, mit dem das parallel geführte strafrechtliche Ermittlungsverfahren verheimlicht wird, besondere Gefahren für die Rechtsstellung des Beschuldigten, insbesondere für seine Aussagefreiheit, denen durch eine entsprechende Anwendung der strafprozessualen Schutzvorschriften zu begegnen ist (siehe oben IV. 1. d). Weitere Probleme können sich ergeben, wenn auf der Grundlage des Drogenfundes gegen die kontrollierte Person ein (neues) Strafverfahren eingeleitet und die bereits geführten strafprozessualen Ermittlungen gegenüber der Staatsanwaltschaft und dem Ermittlungsrichter nicht offengelegt werden. Der BGH hat in einer früheren Entscheidung zu Recht betont, dass die Staatsanwaltschaft ihre Aufgabe, ein justizförmiges Strafverfahren zu gewährleisten, nur erfüllen kann, wenn sie von der Polizei

(bzw. dem Zoll) umfassend und vollständig über die Erhebung des erlangten Beweismaterials informiert wird; aus den gleichen Gründen ist dem Ermittlungsrichter, der über den Erlass eines Haftbefehls entscheidet, ein vollständiger Sachverhalt zu unterbreiten, da er anderenfalls seine Kontrollfunktion nicht wahrnehmen kann.<sup>46</sup> Die Grundsätze der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit sind zugleich Grundvoraussetzung für ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren, das auch dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger Zugang zu sämtlichen für seine Verteidigung relevanten Informationen gewährt (§ 147 StPO).<sup>47</sup> Der BGH hat einen Verstoß gegen diese Grundsätze in einem Fall verneint, in dem die betreffenden Informationen mehrere Wochen vor Anklageerhebung zur Akte gelangt und dem Verteidiger unverzüglich übermittelt worden sind.<sup>48</sup> Mit diesen Anforderungen hat die Rechtsprechung zwar nicht das Ende der „legendierten Kontrollen“ eingeläutet<sup>49</sup>, sie aber rechtsstaatlichen Grenzen unterworfen, die allerdings noch weiterer Präzisierung bedürfen.<sup>50</sup>

*Prof. Dr. Martin Böse, Bonn*

<sup>42</sup> Brodowski, JZ 2017, 1124 (1127).

<sup>43</sup> Brodowski, JZ 2017, 1124 (1127).

<sup>44</sup> In diesem Sinne Jäger, JA 2018, 551 (553), der auch bei präventiven Maßnahmen dafür plädiert, „intern“ den nach der StPO erforderlichen richterlichen Durchsuchungsbeschluss einzuholen.

<sup>45</sup> Brodowski, JZ 2017, 1124 (1128).

<sup>46</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3178 f.); Albrecht, HRRS 2017, 446 (458); Kempf (Fn. 7), S. 673 (681 ff.).

<sup>47</sup> Albrecht, HRRS 2017, 446 (456); Brodowski, JZ 2017, 1124 (1128); Kempf (Fn. 7), S. 673 (683 f.); Lenk, StV 2017, 692 (698 f.); Schefer (Fn. 18), S. 119 ff.; einschränkend Nowroussian, NStZ 2018, 254 (256 ff.).

<sup>48</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3179).

<sup>49</sup> So Börner, StraFo 2018, 1 (5).

<sup>50</sup> Krehl, StraFo 2018, 265 (273).