



Bijan Nowrousian

Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren

Ermittlungsarbeit zwischen Beschuldigtenrechten
und dem Gebot effektiver Strafverfolgung,
diskutiert am Beispiel legendierter Kontrollen

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	15
1.1	Thema und Gang der Erörterung	15
1.2	BGH 4 StR 436/09: Der Ausgangsfall	17
1.3	Die Entscheidung des BGH im Ausgangsfall	18
1.4	Für die weitere Diskussion: eine ausgeweitete, praxisrelevantere Konstellation	19
1.5	Die Struktur der Entscheidung des BGH im Ausgangsfall.....	20
2	Aktive Täuschung und Menschenwürde.....	23
2.1	§ 147 StPO – direkte Anwendung.....	23
2.2	§ 147 StPO – analoge Anwendung: Aktive Täuschung als Verletzung der Menschenwürde?	24
2.2.1	Täuschung, verbotene Vernehmungsmethoden und Menschenwürde.....	24
2.2.2	§ 147 StPO analog oder dem Rechtsgedanken nach und legendierte Kontrollen	30
2.3	Ergebnis.....	30
3	Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung: § 101 Abs. 5 StPO	31
3.1	Anwendungsbereich und Normzweck.....	31
3.2	Die Zurückstellung der Benachrichtigung: Ein Rechtsinstitut zwischen Heimlichkeit und Täuschung	33
3.2.1	Zur Begrifflichkeit: Abgrenzung zwischen heimlichem Vorgehen und aktiver Täuschung bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen	33
3.2.2	Die Einordnung von § 101 Abs. 5 StPO: Bloße Heimlichkeit oder aktive Täuschung?	35

3.3	Direkte Anwendung von § 101 Abs. 5 StPO	36
3.4	Anwendung dem Rechtsgedanken nach	36
3.5	Ergebnis.....	38
4	Zur generellen Zulässigkeit aktiver Täuschung: Wahrhaftigkeit des Staates im Ermittlungsverfahren?	39
4.1	Die beiden Extreme: § 136 a StPO und § 110 a StPO.....	39
4.2	§ 136 a StPO: Das ausdrückliche Verbot der Täuschung.....	39
4.2.1	Der ungeklärte Normzweck	39
4.2.2	Die misslungene Norm: Kritik und einschränkende Auslegung.....	42
4.3	§ 110 a StPO: Der Verdeckte Ermittler als konkudent erlaubte aktive Täuschung	46
4.3.1	Normzweck, Gesetzesbegründung und aktive Täuschung	46
4.3.2	Der Streit um die Selbstbelastungsfreiheit: Aktive Täuschung als Verletzung des nemo-tenetur-Prinzips?.....	51
4.4	Zwischenergebnis.....	68
4.5	Weitere Verschiebung der Grenzen: Der Scheinkäufer und der Lockspitzel	68
4.5.1	Der Scheinkäufer: Aktive Täuschung in jedem Deliktsbereich und ohne spezielle Ermächtigungsgrundlage.....	68
4.5.2	Der Lockspitzel: Aktive Täuschung und Selbstüberführung	70
4.5.3	Offenheit und Wahrhaftigkeit im Ermittlungsverfahren	74
4.6	Vor allem: Zum Verhältnis von Strafverfolgungsbehörden und Beschuldigtem.....	75
4.7	Ergebnis: Zur generellen Zulässigkeit aktiver Täuschung	77
4.8	Zur praktischen Bedeutung des Ergebnisses: Zielgerichtete Kombinationen von verdeckten und offenen Ermittlungsmaßnahmen	77

5	Zurück zum Ausgangsfall: Ausnahmsweise Unzulässigkeit der aktiven Täuschung bei legendierten Kontrollen?	79
5.1	Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens?	79
5.1.1	Der mögliche Eingriff.....	79
5.1.2	Die Lösung: Zur Verwertbarkeit geheim gehaltener Erkenntnisse	84
5.2	Verhinderung einer strafbefreienden Wissensoffenbarung oder: Was muss einem gesagt werden, damit man selbst etwas sagen kann?	88
5.2.1	Die Handhabung in der Praxis.....	89
5.2.2	Zur Rechtfertigung dieser Praxis	91
5.3	Ergebnis.....	93
6	Zur Rechtsgrundlage der legendierten Maßnahme	95
6.1	Das zweite obiter dictum des Bundesgerichtshofs: Legendierte Maßnahmen, Rechtsgrundlage und Richtervorbehalt.....	95
6.2	Zum Verhältnis von Gefahrenabwehrrecht und Strafverfolgung.....	97
6.3	Zum Problem der Umgehung des Richtervorbehalts.....	103
6.4	Der mit der Maßnahme verfolgte Zweck.....	104
6.5	Die Voraussetzungen der legendierten Maßnahme.....	106
6.5.1	Die legendierte zollamtliche Überwachung	106
6.5.2	Die legendierte Verkehrskontrolle	108
6.5.3	Weitere mögliche Ermächtigungsgrundlagen.....	109
6.6	Statt legendierter Kontrolle: Strafprozessuale Durchsuchung ohne Mitteilung?	110
6.7	Ergebnis zur Rechtsgrundlage der legendierten Maßnahme	111
6.8	Ergebnis zur Zulässigkeit legendierter Kontrollen	112
6.9	Erstes Zwischenergebnis der Erörterung insgesamt.....	112

7	Zur Rechtfertigung über allgemeine Verfahrensgrundsätze: Aktive Täuschung und das Gebot der effektiven Strafverfolgung.....	113
7.1	Zur praktischen Bedeutung des in Rede stehenden Vorgehens.....	113
7.2	Zur Unvermeidlichkeit des in Rede stehenden Vorgehens.....	114
7.3	Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“: Der Weg dieser Rechtsfigur in Rechtsprechung und Literatur.....	114
7.3.1	Geschichte und Verortung in der Rechtsprechung	114
7.3.2	Die Reaktionen der Literatur I: Zwischen Bedenken, Kritik und Entsetzen	129
7.3.3	Die Reaktionen der Literatur II: Vorsichtige Aussöhnung	136
7.3.3.1	Grundsätzliche Anerkennung eines Gebots effektiver Strafverfolgung aus dem Rechtsstaatsprinzip	136
7.3.3.2	Herleitung des Gebots der effektiven Strafverfolgung aus grundrechtlichen Schutzpflichten.....	142
7.3.3.3	Der Ansatz Landaus	146
7.4	Das Gebot der effektiven Strafverfolgung als Verfahrensgrundsatz	149
7.4.1	Effektive Strafverfolgung und die Idee des liberalen Rechtsstaats: Eine Fundierung des Erfordernisses effektiver Strafverfolgung in der Philosophie John Lockes.....	149
7.4.2	Die Rezeption dieses Konzepts in Deutschland	154
7.4.2.1	Der Staatszweck Sicherheit in der deutschen Aufklärung.....	154
7.4.2.2	Die Kritik am Staatszweck Sicherheit bei Hegel sowie Marx und Engels.....	160
7.4.2.3	Der Staatszweck Sicherheit und der reformierte Strafprozess.....	161
7.4.2.4	Der Staatszweck Sicherheit und das Grundgesetz.....	165

7.4.3	Der Staatszweck Sicherheit in der weiteren angelsächsischen Tradition.....	165
7.4.4	Effektive Strafverfolgung als aktiver Grundrechtsschutz	166
7.4.5	Effektive Strafverfolgung als primäre Aufgabe des Rechtsstaats	167
7.4.6	Effektive Strafverfolgung und Legitimation des Staates	168
7.4.7	Zur Rechtfertigung dieses Konzeptes: Der unverstellte Blick auf die Realität von Straftaten	169
7.4.8	Staatslegitimation und Grundrechte als Abwehrrechte	170
7.4.9	Freiheit, Sicherheit und Effektivität	171
7.4.10	Schlussfolgerung I: Stellung des Gebotes der effektiven Strafverfolgung in der Strafprozessrechtsdogmatik	172
7.4.11	Schlussfolgerung II: Inhalt des Gebotes der effektiven Strafverfolgung in der Strafprozessrechtsdogmatik	173
7.4.12	Schlussfolgerung III: Der unverfügbare Kern des aktiven Grundrechtsschutzes – das Gebot der effektiven Strafverfolgung im Verhältnis zu anderen Grundsätzen des Strafprozesses und die Problematik einer notwendigen Rechtfertigung fehlender Verfolgungseffizienz	174
7.4.13	Schlussfolgerung IV: Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Rückkoppelung von Dogmatik an Praxis	176
7.4.14	Ergebnis: Begründung, Bedeutung und Folgerungen aus dem Gebot der effektiven Strafverfolgung.....	178
7.5	Zur Bewertung der bisherigen Ansätze aus dieser Perspektive.....	179
7.5.1	Zur Rechtsprechung	179
7.5.2	Zu den ablehnenden Literaturstimmen	179
7.5.3	Zu den zustimmenden Literaturstimmen	181
7.5.4	Zu Landaus Neujustierung	182
7.6	Mögliche Kritiken an hiesigem Konzept und nötige Abgrenzung.....	183
7.6.1	Effektive Strafverfolgung und Arbeitserleichterung für die Justiz.....	183

7.6.2	Effektive Strafverfolgung und Unschuldsvermutung.....	185
7.6.3	Effektive Strafverfolgung und Feindstrafrecht.....	186
7.7	Ein Anwendungsbeispiel: Gebot der effektiven Strafverfolgung und Möglichkeit der strafbefreienden belastenden Aussage im Ausgangsfall.....	188
7.8	Effektive Strafverfolgung und legendierte Kontrollen	189
7.9	Effektive Strafverfolgung, heimliches Vorgehen und aktive Täuschung.....	189
8	Aktive Täuschung und Beschuldigtenrechte: Zur Stellung von Beschuldigtem und Verteidiger im Falle aktiver Täuschung durch die Ermittlungsbehörden.....	195
8.1	Aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren.....	195
8.2	Aktive Täuschung und Aktenwahrheit	196
8.3	Zum Umgang mit aktiver Täuschung nach Abschluss der Ermittlungen.....	197
8.4	Ergebnis.....	198
9	Gesamtergebnis.....	199
10	Literaturverzeichnis.....	201