

Legendierte Kontrollen

Der Beitrag analysiert die rechtlichen Probleme sogenannter «legendierter Kontrollen», bei denen gezielte polizeiliche Zugriffe als präventive Zufallskontrollen getarnt werden, um laufende strafprozessuale Strukturermittlungen nicht zu gefährden. Im Zentrum steht die Frage, auf welche Rechtsgrundlagen sich solche Massnahmen stützen lassen und unter welchen Voraussetzungen die dabei gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren verwertbar sind. Die Autoren zeigen auf, dass legendierte Kontrollen weder pauschal dem Polizeirecht noch dem Strafprozessrecht zugeordnet werden können, sondern nach ihrem tatsächlichen Zweck zu qualifizieren sind. Wird eine Massnahme lediglich präventiv etikettiert, obwohl sie materiell repressiv ist, unterliegt sie den Anforderungen der Strafprozessordnung, insbesondere hinsichtlich Anordnung, Zuständigkeit und Dokumentation. Daraus können erhebliche Beweisverwertungsrisiken folgen. Der Beitrag arbeitet zudem die praktischen Spannungen heraus, die sich aus Aktenführungspflichten, Akteneinsichtsrechten, Haftverfahren und dem Beschleunigungsgebot ergeben, und kommt zum Schluss, dass legendierte Kontrollen mit erheblichen Rechtsrisiken verbunden sind.

I. Ausgangspunkt: legendierte Kontrollen als Phänomen	14
II. Die Rechtsgrundlage für die Durchführung «legendierter Kontrollen»	15
III. Die Verwertbarkeit der im Rahmen der legendierten Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse zu Zwecken der Strafverfolgung	19
IV. Lösungsvorschlag für die Problematik der legendierten Kontrollen und weitere Problemfelder	25

Zitiervorschlag:

CHRISTOPHER GETH / WOLFGANG WOHLERS,
Legendierte Kontrollen, sui generis 2026, S. 13

Prof. Dr. Christopher Geth, Professor für Strafrecht an der Universität Basel (christopher.geth@unibas.ch). Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Professor für Strafrecht an der Universität Basel (wolfgang.wohlers@unibas.ch). Verschriftliche Version eines Vortrages an der Tagung «Recht aktuell: Wahrheitsfindung um jeden Preis? Aktuelle Herausforderungen bei den Beweisverwertungsverböten» am 30. Oktober 2025 in Basel. Die Verfasser danken Frau Elora Curir, BLaw, für ihre Unterstützung bei der Recherche und der Überarbeitung der Fussnoten.

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.288>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Ausgangspunkt: legendierte Kontrollen als Phänomen

- 1 Stellen wir uns folgende Situation vor: Eine kantonale Staatsanwaltschaft führt ein Verfahren gegen drei Beschuldigte (A, B und C), die in grossem Ausmass illegalen Betäubungsmittelhandel betreiben sollen. Zu diesem Zwecke werden die Telefone der drei mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts abgehört. Im Rahmen einer dieser abgehörten Gespräche kommt zum Vorschein, dass D eine grössere Lieferung einer qualifizierten Menge von Betäubungsmitteln aus dem Ausland vornehmen möchte. Aufgrund der Gesprächsinhalte ist ersichtlich, wann D die Grenze zur Schweiz überqueren und mit welchem Fahrzeug er unterwegs sein wird. Um die Verfahren gegen die Hintermänner A, B und C nicht zu gefährden, wird D unter einem präventiv-polizeilichen Vorwand einer Kontrolle unterzogen. Dabei werden «zufällig» die im Fahrzeug versteckten Betäubungsmittel aufgefunden und gegen D wird ein Strafverfahren eröffnet. Der wahre Hintergrund der Kontrolle wird D verschwiegen.
- 2 Für diese und vergleichbare Konstellationen hat sich in der Praxis der Begriff der sog. «legendierten Kontrolle» etabliert. Dieses Phänomen ist in Deutschland durch einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) gut dokumentiert.¹ Wie man aus der Praxis erfahren kann, gibt

es dieses Vorgehen aber auch in der Schweiz.² Abstrakt formuliert geht es dabei um Situationen, in denen grössere Ermittlungen zur Aufdeckung struktureller Kriminalität stattfinden, d.h. im Bereich der Organisierten Kriminalität und hier insbesondere im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität. Ziel der Operationen ist es, die Strukturen der dort tätigen Netzwerke aufzudecken und an die Hintermänner heranzukommen.³

Im Zuge dieser regelmässig zeit- und ressourcenmässig³ überaus aufwändigen Ermittlungen kommt es nun immer wieder zu Situationen, dass die Strafverfolgungsbehörden von bevorstehenden Geschäften mit bzw. Transporten von Betäubungsmitteln Kenntnis erhalten. Wenn und soweit diese nicht unerhebliche Mengen von Betäubungsmitteln betreffen, entsteht für die Ermittlungsbehörden ein Dilemma: Auf der einen Seite wollen/können/dürfen sie es nicht zulassen, dass diese Mengen auf den Markt kommen; andererseits würde ein offener repressiver Zugriff (insbesondere dann, wenn er mit zu begründenden richterlichen Entscheiden verbunden ist) die Ermittlungen offenkundig machen und damit den Ermittlungserfolg in Bezug auf die Hintermänner in Frage stellen.⁴

Die Ermittlungsbehörden lösen das oben beschriebene⁴ Dilemma in der Praxis dadurch auf, dass sie den Zugriff durchführen, diesen aber als einen präventiv-polizeilichen oder zollrechtlichen Zugriff «tarnen», bei dem «zufällig» die Betäubungsmittel gefunden werden.⁵ Die Frage, die sich bei alledem stellt, ist die, ob diese Flucht in das Polizeirecht zulässig und die aufgefundenen Betäubungsmittel sowie etwaige Angaben, die die betroffene Person in einer im Anschluss stattfindenden Einvernahme gemacht hat, in einem Strafverfahren verwertbar sind. Während die deutschen Gerichte dies im Ergebnis bejaht

1 Urteil des BGH 2 StR 247/16 vom 26. April 2017 = BGHSt 62, S. 123; ANJA SCHIEMANN, Praxiskommentar von Prof. Dr. Anja Schiemann, Münster, NSTZ 2017, S. 651; DOMINIK BRODOWSKI, Zum Verhältnis von Gefahrenabwehr- und Strafprozessrecht – Rechtmässigkeit sogenannter legendierter Kontrollen durch Polizeibehörden, JZ 2017, S. 1124; MARKUS LÖFFELMANN, Rechtsfragen «legendierter Kontrollen», Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. 4. 2017, 2 StR 247/16, JR 2017, S. 596; sowie ANNA H. ALBRECHT, Die Legende von der Gefahrenabwehr, HRRS 2017, S. 446 ff.; RENÉ BÖRNER, Das Ende legendierter Polizeikontrollen, StraFo 2018, S. 1 ff.; MAXIMILIAN LENK, Vertrauen ist gut, legendierte Kontrollen sind besser..., StV 2017, S. 692 ff.; WOLFGANG MITSCH, Strafverfolgung durch legendierte Verkehrskontrollen. Präventivpolizeiliches Eingreifen zur Erlangung strafprozessual verwertbarer Erkenntnisse, NJW 2017, S. 3124; ANDREAS MOSBACHER, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2018, S. 129; Urteil des BGH 2 StR 128/17 vom 15. November 2017 = NSTZ 2018, S. 296 = NSTZ-RR 2018, S. 84 mit Besprechung; BIJAN NOWROUSIAN, Repression, Prävention und Rechtsstaat, Zur Zulässigkeit und zu Folgefragen legendierter Kontrollen, NSTZ 2018, S. 254 ff.; BGH StraFo 2018, S. 348 = NSTZ-RR 2018, S. 146; CHRISTIAN JÄGER, Legendierte Kontrollen – Die Suche nach scheinbaren Zufallsfunden, JA 2018, S. 551; Urteil des BGH 5 StR 377/20 vom 10. Juni 2021 = Beck RS 2021, S. 18075; erstmalig thematisiert wurde das Phänomen von WOLFGANG MÜLLER / SEBASTIAN RÖMER, Legendierte Kontrollen, Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, NSTZ 2012, S. 543 ff. sowie von BIJAN NOWROUSIAN, Darf der Staat aktiv täuschen, um verdeckte Ermittlungsmaßnahmen geheim zu halten?, Anmerkungen zur Entscheidung des 4. Strafsenats vom 11. Februar 2010 BGH 4 StR 436/09 (StraFo 2010, S. 147-148), Kriminalistik 2011, S. 370; BIJAN NOWROUSIAN, Noch einmal zur aktiven Täuschung: Legendierte Kontrollen. Anmerkungen zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Juli 2011 5 StR 32/11 (StraFo 2011, S. 358-359), Kriminalistik 2012, S. 174.

2 Vgl. auch das Fallbeispiel bei BEAT RHYNER / DIETER STÜSSI, Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269-279), in: Albertini/Fehr/Voser (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich et al. 2008, S. 436.

3 LUKAS SCHEFER, Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren, zur Zulässigkeit sogenannter «legendierter Kontrollen», Diss. Bonn 2018, Baden-Baden 2019, S. 27.

4 ANNA H. ALBRECHT, Zur Rechtmässigkeit legendierter Kontrollen, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, Berlin 2018, S. 436; EBERHARD KEMPF, Zur Rechtswidrigkeit sogenannter legendierter Kontrollen, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 673 f.; SCHEFER (Fn. 3), S. 28 f.

5 Vgl. hierzu Urteil des BGH 2 StR 247/16 vom 26. April 2017 = BGHSt 62, S. 123; Urteil des BGH 2 StR 128/17 vom 15. November 2017 = BGH NSTZ 2018, S. 296 = NSTZ-RR 2018, S. 84; BGH StraFo 2018, S. 348 = NSTZ-RR 2018, S. 146; Urteil des BGH 5 StR 377/20 vom 10. Juni 2021 = Beck RS 2021, S. 18075; SCHEFER (Fn. 3), S. 29 f.; MICHAEL TSAMBIKAKIS, in: Löwe/Rosenberg (Hrsg.), Grosskommentar StPO, 27. Aufl., Berlin et al. 2016, § 105 N 30a f. (zit. Grosskomm. StPO-TSAMBIKAKIS).

haben,⁶ ist die deutsche Literatur mehrheitlich skeptisch⁷ bis klar ablehnend.⁸

- 5 Da die Dogmatik der Verwertungsverbote in Deutschland völlig anderen Grundsätzen folgt als in der Schweiz,⁹ können wir den Meinungsstand in Deutschland beiseite lassen und uns stattdessen der Frage widmen, wie man derartige Fallgestaltungen – die es, um es noch einmal zu betonen, auch in der Schweiz tatsächlich gibt – unter Zugrundelegung des schweizerischen Rechts zu behandeln hätte. Insoweit stellen sich zwei Fragen: Zunächst einmal ist zu klären, welche Rechtsgrundlagen zur Anwendung kommen bzw. kommen können, wenn eine legendierte Kontrolle im Wege einer «fingierten» präventiven Massnahme durchgeführt wird (vgl. nachfolgend Rz. 6 ff.); zum anderen stellt sich hierauf aufbauend die Frage, ob die Erkenntnisse, die im Rahmen und im Anschluss an die legendierte Kontrolle gewonnen werden, in einem Strafverfahren verwertbar sind (vgl. unten Rz. 24 ff.). Und schliesslich stellt sich auch noch die Frage, wie man ein Verfahren, in das «legendierte Kontrollen» integriert werden, eigentlich praktisch organisieren und prozessordnungsgemäss umsetzen kann (vgl. unten Rz. 49 ff.).

II. Die Rechtsgrundlage für die Durchführung «legendierter Kontrollen»

- 6 Die Durchführung «legendierter Kontrollen» beinhaltet regelmässig eine Durchsuchung des von der Zielperson genutzten Fahrzeugs, etwaig mitgeführter Behältnisse und auch der Zielperson selbst, sowie hieran anschliessend eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme der «zufällig» aufgefundenen Gegenstände.

6 Grundlegend: Urteil des BGH 2 StR 247/16 vom 26. April 2017.

7 CHRISTOPH KREHL, Was wird aus den legendierten Kontrollen?, StraFo 2018, S. 269 ff.

8 ALBRECHT (Fn. 1), S. 439 ff.; FELIX HERZOG, «Allgemeine Verkehrs-kontrollen» als getarnte Ermittlungen, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, München 2018, S. 38 ff.; WOLFGANG WOHLERS / CHRISTIAN JÄGER, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, 5. Aufl., Köln 2016, § 105 N 5 ff. (zit. SK StPO-WOHLERS/JÄGER); KEMPF (Fn. 4), S. 673 ff.; MITSCH (Fn. 1), S. 3126 f.; FREDRIK ROGGAN, Zur Doppelfunktionalität von heimlichen Ermittlungsmassnahmen am Beispiel der Online-Durchsuchungen, GSZ 2018, S. 56.

9 Die Situation in Deutschland ist dadurch gekennzeichnet, dass es dort eine dem Art. 141 StPO/CH vergleichbare kodifizierte Regelung für unselbstständige Verwertungsverbote nicht gibt. Während das deutsche Schrifttum für unselbstständige Verwertungsverbote überwiegend Ansätzen folgt, bei denen auf den Schutzzweck der verletzten Verfahrensvorschrift abgestellt wird, folgt die deutsche Rechtsprechung seit Jahrzehnten einem Abwägungsansatz, bei dem relativ freihändig das Interesse des Beschuldigten an der Einhaltung der in Frage stehenden Verfahrensnormen gegen das Interesse an der Effizienz der Strafverfolgung und an der Ermittlung der materiellen Wahrheit abgewogen werden, vgl. hierzu ausführlich WOLFGANG WOHLERS, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band I, 5. Aufl., Köln 2018, Einleitung N 268 ff.

Sowohl die Durchsuchung als auch die Sicherstellung stellen Grundrechtseingriffe dar, die als solche einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.¹⁰ Als potenzielle Rechtsgrundlagen kommen die einschlägigen Zwangsmassnahmen nach der StPO¹¹ in Betracht, konkret die Art. 241 ff. StPO, die Durchsuchungen zulassen, sowie die Art. 263 f. StPO, die eine Beschlagnahme der im Rahmen der Durchsuchung sichergestellten Objekte ermöglichen. Die entsprechenden Massnahmen können aber auch auf der Grundlage des jeweils einschlägigen Polizeigesetzes vorgenommen werden.¹² Damit stellt sich die Frage, ob der einen oder der anderen Rechtsgrundlage der Vorrang zukommt oder die staatlichen Stellen (frei?) wählen können, auf welche Rechtsgrundlage sie sich stützen wollen.

1. Das Nebeneinander der präventiv-polizeilichen und gerichtspolizeilichen Tätigkeit der Polizei

Die Polizei ist neben ihrer gerichtspolizeilichen (strafprozessualen) Tätigkeit primär im präventiven Bereich tätig, d.h. im Rahmen der Abwehr von Gefahren.¹³ Das Abgrenzungskriterium zwischen präventiv-polizeilicher Tätigkeit und gerichtspolizeilicher Tätigkeit ist anerkanntermassen das Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts.¹⁴ Der konkrete Anwendungsbereich der sog. polizeilichen Vorermittlungen ergibt sich daraus, dass man für die Einleitung eines Strafverfahrens nicht bereits das Vorliegen von Gerüchten und Vermutungen ausreichen lässt, sondern man verlangt, dass sich der Verdacht

10 Vgl. SCHEFER (Fn. 3), S. 33 ff.

11 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

12 Vgl. z.B. § 45 sowie § 50 PolG/BS (Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996 [Polizeigesetz Basel-Stadt, PolG/BS; SG 510.100]); § 35 ff. PolG/ZH (Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 [PolG/ZH; LS 550.1]); Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Art. 102 ZG (Zollgesetz vom 18. März 2005 [ZG; SR 631.0]); zu den im Rahmen präventiv-polizeilichen Handelns zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen vgl. auch DIEGO R. GFELLER / ADRIAN BIGLER, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH und zugleich eine Besprechung von BGE 137 I 218, forumpoenale 2014, S. 107 ff.

13 Zum Nebeneinander bzw. zur Vermengung der beiden Bereiche in der Praxis der polizeilichen Tätigkeit vgl. LUKAS BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristik, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Diss. Bern 2018, S. 65 ff.

14 BGE 143 IV 27 E. 2.5; BGE 146 I 11 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1136/2021 vom 7. November 2022 E. 4.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_194/2022 vom 12. Mai 2023 E. 2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2024 vom 20. November 2024 E. 3.2.2; MARCO GALELLA / BEAT RHYNER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 306 N 6 (zit. BSK StPO-BEARBEITER:IN); NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020, N 91; UMBERTO PAJAROLA, Bekämpfung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität, Zürich et al. 2022, N 682; WOLFGANG WOHLERS, Das an einen tatbezogenen Anfangsverdacht gekoppelte Strafverfahren. Ein Konzept von gestern?, AJP 2020, S. 1312 f.

auf eine plausible Tatsachengrundlage, d.h. konkrete Anhaltspunkte stützen muss.¹⁵ Je höher man die Latte hier legt, desto grösser ist der Bereich, der für polizeiliche Vorermittlungen verbleibt. Da die hinreichenden Voraussetzungen für das Entstehen eines Anfangsverdachts in der praktischen Anwendung durchaus diffus bleiben, wird die Grenze zwischen der gerichtspolizeilichen und der sonstigen polizeilichen (Ermittlungs-)Tätigkeit zu Recht als fliegend bezeichnet.¹⁶

- 9 In der strafprozessualen Literatur wird verbreitet die Auffassung vertreten, dass mit dem Entstehen eines Anfangsverdachts zwingend auf die Ermächtigungsgrundlagen der Strafprozessordnung zurückzugreifen ist.¹⁷ Mit diesem Ansatz soll zum einen verhindert werden, dass die durch die StPO gewährleisteten Verfahrensrechte umgangen werden können und damit faktisch leerlaufen, zum anderen soll gesichert werden, dass Erkenntnisse, die nach den Grundsätzen des Strafprozessrechts nicht erlangt werden könnten, nicht in das Strafverfahren Eingang erhalten bzw. das Grenzkriterium des Anfangsverdachts faktisch leerläuft. Für die zwingende Anwendung des Strafprozessrechts kann man auch auf den Entscheid 6B_194/2022 vom 12. März 2022 verweisen, in dem das Bundesgericht ausgeführt hat, nach dem Entstehen eines Anfangsverdachts richte sich «die polizeiliche Tätigkeit nach der StPO und sie ermittelt nach Art. 306 ff. StPO» (E. 2.5.2). Weiter heisst es in diesem Entscheid, dass ab dem Zeitpunkt der (faktischen) Eröffnung einer Strafuntersuchung «zwangsläufig die Bestimmungen der StPO

zur Anwendung» kommen (E. 2.6.2).¹⁸ Andererseits hat das Bundesgericht aber auch in BGE 143 IV 27 für die Fälle, in denen die Eingriffsgrundlagen sowohl im Polizeirecht als auch in der StPO zur Verfügung stehen, die Abgrenzung der Anwendungsbereiche für unnötig erklärt und eine etwas kryptisch bleibende «multiple Gestattungswirkung» angenommen.¹⁹

Die Annahme einer zwingenden Anwendung des Strafprozessrechts soll die Problematik lösen (helfen), in denen die Polizei Behörden im Vorfeld der eigentlichen gerichtspolizeilichen Tätigkeit zum einen eigeninitiativ im Rahmen der sog. vorbeugenden Verbrechensbekämpfung/Vorfelddermittlung, d.h. bei der Überwachung bestimmter, als potenziell kriminalitätsanfällig eingestufter Szenen und Milieus,²⁰ auf Hinweise stossen, die auf möglicherweise begangene Delikte hindeuten. Darüber hinaus muss die Polizei auch dann, wenn sie von dritter Seite Hinweise darauf erhält, dass möglicherweise ein Delikt begangen worden ist, der Frage nachgehen, ob ein Anfangsverdacht besteht, der die Einleitung eines Strafverfahrens rechtfertigt oder nicht.²¹ In diesen Fällen soll gewährleistet werden, dass mit dem Entstehen eines Anfangsverdachts die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person zum Tragen kommen, was, aus rechtsstaatlicher Sicht betrachtet, tatsächlich zwingend erscheint.

Blickt man genauer hin, hat man es aber in praktisch allen Fällen, in denen die Polizei sog. Strukturermittlungen durchführt, d.h. als potenziell kriminell qualifizierte Milieus überwacht und durchleuchtet, mit einem Nebeneinander beider Betätigungsfelder der Polizei zu tun: Zum einen wird Hinweisen auf möglicherweise begangene Taten nachgegangen, die sich irgendwann zu einem tatbezogenen Anfangsverdacht verdichten; zum anderen stellt sich aber – insbesondere dann, wenn man auch an

15 BGE 140 I 353 E. 6.1; THOMAS HANSJAKOB, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, *forum-poenale* 2015, S. 34 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2024 vom 20. November 2024 E. 3.3.2; vgl. hierzu auch JÜRGEN-BEAT ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: Niggli/Hurtado-Pozo/Queloz (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag*, Zürich 2007, S. 325, sowie ausführlich WOHLERS (Fn. 14), S. 1315 ff.

16 BGE 136 I 87 E. 3.4; BGE 140 I 353 E. 5.2; BGE 143 IV 27 E. 2.5; BGE 146 I 11 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.4.2; SVEN ZIMMERLIN, Nr. 27 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 26. Oktober 2022 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft – 6B_1061/2020, *forum-poenale* 2023, S. 265 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_194/2022 vom 12. März 2023 E. 2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2024 vom 20. November 2024 E. 3.2.2; BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 6; OBERHOLZER (Fn. 14), N 89; PAJAROLA (Fn. 14), N 682; BÜRGE (Fn. 13), S. 75 f.; ELENA BIAGGINI, Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen aus Fernmeldeüberwachungen im Strafverfahren, *ZStStr* 2022, N 24; VERA RAGUTH TSCHARNER, Zufallsfunde und Rechtsstaatlichkeit: die Grenzen der Beweisverwertung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse, *forum-poenale* 2024, S. 202 f.; SYLVIA MEYER/JAKOB MERANE, Enforcement Bots im Strafrecht: automatisierte Verdachtsbegründung und Beweissammlung durch Softwareagenten im Netz, *ZStR* 2023, S. 436; PATRICK VON HAHN, Ermittlungen ohne Verdacht, *Rechtliche Grundlagen und Grenzen polizeilicher Vorermittlungen in der Schweiz*, Diss. Basel 2018, S. 65.

17 VON HAHN (Fn. 16), S. 67 ff.; BÜRGE (Fn. 13), S. 83; PAJAROLA (Fn. 14), N 677; a.A. wohl RHYNER/STÜSSI (Fn. 2), S. 438.

18 Vereinzelt wird auch in kantonalen Polizeigesetzen auf den Anwendungsbereich der Strafprozessordnung hingewiesen, sobald ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht, vgl. z.B. § 14 Abs. 2 PolG/OW (Polizeigesetz vom 11. März 2010 [PolG/OW; GDB 510.1]) sowie § 24 Abs. 2 PolG/ZH.

19 BGE 143 IV 27 E. 3.2; kritisch hierzu PASCAL RONC / SANDRA VAN DER STROOM, Das Ende der verdeckten Ermittlung im Internet – Besprechung des Urteils BGE 143 IV 27, *forum-poenale* 2017, S. 345; VON HAHN (Fn. 16), S. 66 f. unter Verweis auf die Unterschiede in den Anordnungsvoraussetzungen und der unterschiedlichen Zielrichtungen.

20 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1136/2021 vom 7. November 2022 E. 4.4.3 betreffend präventive Kontrolle eines Milieulokals ohne konkreten Anfangsverdacht; vgl. auch LUDOVICA DEL GIUDICE, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, *ZStR* 2010, S. 121, sowie CHRISTIANE LENTJES MEILI / BEAT RHYNER, in: Donatsch/Jaag/Zimmerlin (Hrsg.), *Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich*, § 4 N 11 (zit. PolG ZH-BEARBEITER:IN), jeweils mit dem Verweis auf bestimmte Szenen.

21 Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2024 vom 20. November 2024 E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts 7B_1054/2023 vom 8. Mai 2025 E. 2.3.1 ff.; BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 8; vgl. auch PolG ZH-LENTJES MEILI/RHYNER, § 4 N 10; WOHLERS (Fn. 14), S. 1320.

die Hintermänner herankommen möchte – die Frage, ob und, wenn ja, wie lange man mit dem repressiven Zugriff zuwarten kann oder will, um die weiterlaufenden Ermittlungen nicht zu kompromittieren. Hinzu kommt schliesslich auch noch, dass das Zerschlagen der kriminellen Strukturen auch unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr eine für sich gesehen legitime Zielsetzung darstellt, wobei sich durchaus Anforderungen an die Art und Weise des Vorgehens ergeben können, die nicht zwingend deckungsgleich mit den Anforderungen sein müssen, die sich allein unter dem Gesichtspunkt der Strafverfolgung ergeben.²² Zielkonflikte entstehen vor allem dann, wenn es einerseits darum geht, bereits geschehene Delikte zu verfolgen, andererseits aber die entsprechende kriminelle Szene weiter beobachtet werden soll, um auch an die Hintermänner heranzukommen und/oder Informationen zu gewinnen, die man benötigt, um zukünftig drohende Delikte zu verhindern und/oder die kriminelle Struktur entscheidend treffen zu können.²³ Weitere Beispiele von Gemengelage mit dem Potenzial für Zielkonflikte sind die Fälle der Bewältigung von Geiselnahmen²⁴, oder Grossereignissen mit gewalttätigen Ausschreitungen, wie z.B. gewisse Demonstrationen, oder Hochrisikospiele der professionellen Fussballligen, oder auch das banale Beispiel eines Polizeieinsatzes, bei dem sich im Rahmen einer Intervention zur Verhinderung von Dritt- oder/oder Selbstgefährdungen ergibt, dass der Gefährder den Bereich des strafrechtlich relevanten erreicht hat, weil eine strafbare Drohung und/oder ein versuchtes Tötungsdelikt vorliegen könnte.²⁵

- 12 Dem Ansatz, der ab dem Entstehen eines strafprozessualen Anfangsverdachts eine zwingende Anwendung des Strafprozessrechts verlangt, ist entgegenzuhalten, dass, wie oben dargelegt, Situationen denkbar sind, in denen neben dem Interesse an der Strafverfolgung auch legitime Interessen daran bestehen, polizeiliche Gefahren abzuwehren. In diesen Situationen muss es aber möglich sein, dass die Polizei auch dann auf der Grundlage ihrer präventiven Ermächtigungsgrundlagen tätig wird, obwohl ein strafprozessualer Anfangsverdacht besteht.²⁶

22 BGE 140 I 353 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.4.2; ZIMMERLIN (Fn. 16), S. 265; DANIEL KETTINGER, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, Jusletter 13. Februar 2012, N 7; TSCHARNER (Fn. 16), S. 202 f.; WOLFGANG WOHLERS, Die Verwertbarkeit staatlich erstellter Videoaufzeichnungen im Strafprozess, ZStrR 2022, S. 58.

23 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.5.3; ZIMMERLIN (Fn. 16), S. 265; RHYNER/STÜSSI (Fn. 2), S. 438; PolG ZH-ZIMMERLIN, Aufsicht und Rechtsschutz, N 56.

24 PolG ZH-ZIMMERLIN, Aufsicht und Rechtsschutz, N 56.

25 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 7B_1054/2023 vom 8. Mai 2025; WOLFGANG WOHLERS, Nr. 39 Bundesgericht, II. strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8.5.2025 i.S. A.A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Obwalden – 7B_1054/2023, forumpoenale 2025, S. 423.

26 Vgl. GABRIELE BERGER, Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafver-

Der zwingende Wechsel vom Regelungsregime des Polizeirechts in das des Strafprozessrechts gilt damit allenfalls für die Fälle, in denen es allein oder nur noch darum geht, Straftaten aufzuklären.

2. Die in Gemengelage zur Anwendung kommenden Ermächtigungsgrundlagen

Geht man davon aus, dass es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass sich die Polizei trotz des Vorliegens eines strafprozessualen Anfangsverdachts auch auf ihre polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen stützen kann, stellt sich die Frage, ob die Polizei ein freies Wahlrecht hat, auf welche Rechtsgrundlagen sie sich stützen möchte, oder die Auswahl der Ermächtigungsgrundlage anhand bestimmter Kriterien getroffen werden muss.

In der Literatur wird der Ansatz vertreten, zur Abgrenzung sei auf den «Schwerpunkt» der in Frage stehenden Massnahmen abzustellen.²⁷ Dieser Ansatz zielt soweit ersichtlich auf die Fälle klassischer Gemengelage, wie z.B. Geiselnahmen, ab und soll vor allem zwei Zielen dienen: Zum einen soll festgelegt werden, wer überhaupt zuständig ist, zu entscheiden, welche Massnahmen ergriffen werden,²⁸ zum anderen soll damit auch der Rechtsschutzweg bestimmt werden. Dieser Ansatz ist allerdings verschiedenen, im Ergebnis durchgreifenden Einwänden ausgesetzt: Zunächst einmal stellt sich die – bisher soweit ersichtlich weitgehend ungeklärte – Frage, wie man den Schwerpunkt überhaupt bestimmen soll bzw. kann, ohne nicht schon das gewünschte Ergebnis im Blick zu haben.²⁹ Darüber hinaus bleibt offen, warum ein – wie auch immer bestimmter – Schwerpunkt die Anwendung der Ermächtigungsgrundlagen aus dem jeweils anderen Bereich sperren soll. Letztlich dürfte dieser Ansatz allenfalls für die Fälle praktische Bedeutung haben, in denen die Polizei rein faktisch agiert und sich für den Betroffenen die Frage stellt, welcher Rechtsschutzweg als einschlägig anzusehen ist.³⁰

folgung, Luzern 2015, S. 30 f.; BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 7; MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N 806 ff.

27 Vgl. z.B. MEYER/MERANE (Fn. 16), S. 437 und S. 443; vgl. auch BERGER (Fn. 26), S. 26, sowie VON HAHN (Fn. 16), S. 67, jeweils m.w.H.

28 Vgl. BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 7.

29 Vgl. SCHEFER (Fn. 3), S. 157 ff. und – zusammenfassend – S. 191; zur parallel gelagerten Problematik der Unterscheidung von aktivem Tun und Unterlassen anhand der sog. Schwerpunkttheorie vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI / LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 11 N 54 ff., vgl. auch ADRIAN DAN, Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé, Diss. Genf 2015, N 139 f.

30 Vgl. ROGGAN (Fn. 8), S. 52 ff.: Die Schwerpunktformel ist relevant für die Anordnungskompetenz und für den Rechtsschutzweg.

- 15 Tatsächlich spricht nach alledem viel – um nicht zu sagen: alles – dafür, dass sich die Polizei in den Fällen von Gemengelagen sowohl auf die ihr zur Verfügung stehenden präventiven als repressiven Ermächtigungsgrundlagen stützen kann. Soweit dieser Ansatz allerdings mit dem Argument vertreten wird, eine strikte Trennung sei «weniger praktikabel, als die beiden Rechtsgebiete ohnehin zusehends konvergieren», es sei «aus polizeitaktischen Überlegungen sinnvoll, der Polizei die Möglichkeit einzuräumen, sich zunächst alle Handlungsoptionen offenzuhalten»,³¹ provoziert dies natürlich den berechtigten Einwand, dass rechtsstaatliche Strukturen nun einmal gerade dazu dienen, dem freien Agieren staatlicher Stellen rechtliche Grenzen zu setzen. Die Gefahr des «Befugnis-Shoppings» wird dann real, wenn man zusätzlich davon ausgeht, dass die im Zuge kantonal-polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlagen gewonnenen Erkenntnisse ohne weiteres auch zu Zwecken der Strafverfolgung verwertet werden dürfen.³²
- 16 Besonders prekär wird es, wenn gleichzeitig auch noch die Auffassung vertreten wird, dass die im Rahmen der polizeilichen Tätigkeit gewonnenen Erkenntnisse bedenkenlos sowohl für präventiv-polizeiliche als auch für strafprozessuale Zielsetzungen verwendbar sein sollen.³³ Dieser Ansatz überspielt zunächst einmal die differenzierte Gesetzgebungskompetenz, indem er es dem kantonalen Gesetzgeber faktisch ermöglicht, strafprozessual relevante Eingriffsgrundlagen zu schaffen.³⁴ Darüber hinaus führt dieser Ansatz letztlich dahin, dass sich das Abgrenzungskriterium des strafprozessualen Anfangsverdachts in ein in der Sache rechtsstaatliche Begrenzung lediglich vortäuschendes, in Wirklichkeit aber funktionsloses Ornament verwandelt und die These, Vorfeldaufklärungen bzw. Vorermittlungen seien noch keine gerichtspolizeiliche Tätigkeit, ad absurdum geführt bzw. als Lüge entlarvt wird.³⁵
- 17 Nach hier vertretener Auffassung erscheint im Ergebnis folgender Ansatz vorzugswürdig:³⁶ Es ist davon auszugehen, dass die Polizei sich grundsätzlich sowohl auf die

ihnen zur Verfügung stehenden präventiv-polizeilichen als auch die gerichtspolizeilichen (repressiven) Ermächtigungsgrundlagen stützen kann. Stützt sich die Polizei (mindestens auch) auf Ermächtigungsgrundlagen der StPO, sind die so gewonnenen Erkenntnisse für strafprozessuale Zwecke verwend- bzw. verwertbar, es sei denn, Art. 141 StPO steht dem entgegen. Stützt sich die Polizei dagegen allein auf ihre präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen, sind diese dann – und nur dann – zu Zwecken der Strafverfolgung verwertbar, wenn die für die damit einhergehende Zweckänderung notwendigen Rechtsgrundlagen dies gestatten.³⁷

3. Die in den Fällen «legendierter Kontrollen» zur Anwendung kommenden Ermächtigungsgrundlagen

18 Unserer Auffassung nach kann sich die Polizei grundsätzlich auch bei einem bestehenden Anfangsverdacht auf die ihr zur Verfügung stehenden präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen stützen. Vorausgesetzt ist hierbei aber, dass die Polizei auch wirklich präventiv (d.h. zu Zwecken der Gefahrenabwehr) tätig wird und dies nicht nur vortäuscht, während sie in Tat und Wahrheit repressiv agiert.

19 Ob die Polizei repressiv und/oder präventiv agiert, entscheidet sich dabei nicht nach dem Etikett, das die Polizei der Massnahme gibt, sondern danach, welche Zwecke sie verfolgt. Wichtige Indizien sind diesbezüglich: Wer trifft die Entscheidung, wie vorzugehen ist? Wenn die Staatsanwaltschaft entscheidet, kann es sich von vornherein nicht um eine präventiv-polizeiliche Massnahme handeln, weil die Staatsanwaltschaft in diesem Bereich gar keine Entscheidungskompetenz hat.³⁸ Wenn die Massnahme zwar von der Polizei angeordnet wird, hier aber die Kriminalpolizei den Lead hat und die Massnahme nach deren Vorgaben durchgeführt wird, gilt letztlich das Gleiche – und dies auch dann, wenn es sich bei der Anhaltung um eine Massnahme handelt, die sich als Kontrolle durch die Zollbehörden oder als eine allgemeine Verkehrskontrolle tarnt.³⁹ Wenn die Durchführung der Massnahme so ausgestaltet wird, dass z.B. im Falle einer Flucht eine ernsthafte Verfolgung nicht erfolgen soll,⁴⁰ dann ist dies ein weiteres Indiz dafür, dass die Prävention nicht mehr ist als das Etikett, das der in Tat und Wahrheit der Repression dienenden Massnahme umgehängt wird. In diesen

31 PolG ZH-ZIMMERLIN, Aufsicht und Rechtsschutz, N 58.

32 So SVEN ZIMMERLIN / MARCO GALELLA, Aspekte der beweismässigen Verwertbarkeit von polizeirechtlich erhobenen Informationen im Strafverfahren, forum poenale 2019, S. 377 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.7.4 f.

33 So ZIMMERLIN (Fn. 16), S. 272 f.

34 Vgl. zur parallelen Problematik im deutschen Recht: LUKAS CERNY / TONI FIKENTSCHER, Die Rechtsprechung des BGH zu legendierten Kontrollen – eine «drohende Gefahr» für den Rechtsstaat?, NSTZ 2019, S. 701 f.

35 Vgl. bereits WOHLERS (Fn. 14), S. 1323 f.; vgl. auch BRODOWSKI (Fn. 1), S. 1126, der diesen Ansatz treffend als «Rosintheorie» bezeichnet.

36 Für eine Lösung auf der Ebene der Verwertungsverbote auch bereits – bezogen auf die Rechtslage in Deutschland – CERNY/FIKENTSCHER (Fn. 34), S. 700; vgl. auch ALBRECHT (Fn. 1), S. 451 f.

37 Vgl. aber SCHEFER (Fn. 3), S. 201 ff., der verlangt, dass bei doppelfunktionalen Massnahmen kumulativ die Voraussetzungen beider Ermächtigungsgrundlagen beachtet werden müssen. Aus unserer Sicht lässt sich dies einfacher und besser auf der Verwertungsebene regeln.

38 BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 6 f.; BERGER (Fn. 26), S. 31.

39 Vgl. zutreffend LÖFFELMANN (Fn. 1), S. 599: Bei dieser Sachlage von einer echten Gemengelage zu sprechen, erscheine künstlich.

40 Vgl. ALBRECHT (Fn. 1), S. 450; SCHEFER (Fn. 3), S. 147 ff.

Fällen wird man deswegen davon ausgehen müssen, dass man es tatsächlich mit einer repressiven Massnahme zu tun hat, mit der Folge, dass sich die Rechtmässigkeit der Massnahme und die Frage der Verwertbarkeit der durch die Massnahme gewonnenen Erkenntnisse nach den Regelungen der StPO zu richten hat.⁴¹

20 Anders liegt es dann, wenn mit der Massnahme jedenfalls auch präventive Zwecke ernsthaft verfolgt werden. Sollen beispielsweise die im Fahrzeug vermuteten Betäubungsmittel sichergestellt werden, um diese aus dem Verkehr zu ziehen – und wird dieses Ziel auch als solches ernsthaft verfolgt und nicht nur als zu begrüssender Nebeneffekt einer Strafverfolgung hingenommen –, kann sich die Polizei für diese Massnahme durchaus auf ihre präventiv-polizeilichen Kompetenzen stützen. Die Rechtmässigkeit der Massnahme beurteilt sich hierbei nach den Grundsätzen des Rechts der Gefahrenabwehr und die Zulässigkeit der Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse zu Zwecken der Strafverfolgung richtet sich nach den Grundsätzen, die regeln, unter welchen Voraussetzungen präventiv-polizeilich gewonnene Erkenntnisse im Strafverfahren verwertet werden dürfen.⁴²

21 Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Polizei auch so vorgehen kann, dass sie sich in den Fällen, in denen sie aus repressiven und präventiven Gründen agiert, selbstverständlich auch auf beide Rechtsgrundlagen stützen kann. Dies bedeutet aber auch, dass neben den Voraussetzungen der präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen auch die Voraussetzungen der zur Anwendung kommenden StPO-Normen erfüllt sein müssen, d.h. die nach den Vorgaben der StPO notwendigen Anordnungen einzuholen sind und die Massnahmen nach den für die StPO geltenden Regelungen in der Akte dokumentiert werden müssen. Abgesehen davon, dass sich die Praxis in derartigen Fällen soweit ersichtlich in der Regel nur auf das Strafprozessrecht stützt, würde sich die Frage der Verwertbarkeit zu Zwecken der Strafverfolgung damit auch im Fall einer doppelten Rechtsgrundlage nach den Regelungen des Strafprozessrechts richten.⁴³

22 Auf welche Rechtsgrundlage sich die mit der Sache befassten Behörden stützen, muss von diesen in den Akten dokumentiert werden, d.h.: Es muss aus den Akten hervorgehen, ob die Staatsanwaltschaft oder eine Polizeibehörde – und, wenn Letzteres der Fall ist, welche Stelle innerhalb der Polizei – auf welcher Rechtsgrundlage welche Massnahme angeordnet hat. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen der Aktenvollständigkeit und Aktenwahrheit, die sowohl im Strafprozessrecht als auch im

Polizeirecht Geltung beanspruchen.⁴⁴ Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher ein wichtiger Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens i.S. von Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁴⁵ darstellt, folgt, dass aktenmässig belegt sein muss, «wie sie [die Beweise] produziert wurden, damit der Angeklagte in der Lage ist zu überprüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann.»⁴⁶ Wird dieser Pflicht zur Dokumentation nicht nachgelebt, hat dies zur Folge, dass die für die Beurteilung zuständige Behörde von der für die jeweilige Stelle negative Situation ausgehen muss,⁴⁷ was in Bezug auf das Strafverfahren bedeutet, dass von der für die beschuldigte Person vorteilhafteren Situation auszugehen ist.

Für die Fälle der «legendierten Kontrollen» folgt aus alledem, dass man diese nicht als Gruppe dem einen oder dem anderen Regelungsbereich zuordnen kann, sondern man vielmehr auf den Einzelfall zu blicken und festzustellen hat, ob es sich um eine Massnahme handelt, bei der die Polizei tatsächlich präventiv-polizeilich, also zu Zwecken der Gefahrenabwehr, tätig geworden ist, oder einer repressiven Massnahme ein präventiv-polizeiliches Etikett aufgesetzt wurde, um den repressiven Charakter zu verschleiern.

III. Die Verwertbarkeit der im Rahmen der legendierten Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse zu Zwecken der Strafverfolgung

Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass legendierte Kontrollen auf präventiv-polizeilicher oder aber auf repressiver Grundlage stattfinden können, muss im Hinblick auf die Verwertbarkeit der im

44 WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), *Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 3 N 43 (zit. SK StPO-BEARBEITER:IN); GUNHILD GODENZI, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 2008, S. 78 f.; JEAN-PIERRE GRETER, *Das Akteneinsichtsrecht im Schweizerischen Strafverfahren*, Diss. Zürich 2012, S. 50; in Bezug auf die polizeilichen Akten: BEAT RHYNER, *Protokolle (Art 76-79)*, in: Albertini/Fehr/Voser (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich et al. 2008, S. 113 f.

45 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

46 BGE 129 I 85 E. 4.1.

47 Urteil des EGMR 28883/95 vom 4. Mai 2001 (McKerr gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 119 ff.; Urteil des EGMR [GK] 55508/07 und 29520/09 vom 21. Oktober 2013 (Janowiec et al. gegen Russland), Ziff. 208 f.; Urteil des EGMR [GK] 39630/09 vom 13. Dezember 2012 (El-Masri gegen die frühere jugoslawische Republik Mazedonien), Ziff. 151 ff.

41 Vgl. hierzu unten Rz. 34 ff.

42 Vgl. hierzu unten Rz. 25 ff.

43 Vgl. hierzu unten Rz. 34 ff.

Rahmen der Kontrollen und in deren Anschluss gewonnenen Erkenntnisse entsprechend differenziert werden.

1. Wenn man davon ausgeht, dass die legendierte Kontrolle auf der Basis des Polizeirechts erfolgt ist

- 25 Steht man auf den Standpunkt, dass die legendierte Kontrolle auf Basis des Polizeirechts erfolgt ist, stellt sich die Frage, ob die auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren verwertet werden können. Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wird man in diesem Zusammenhang wohl den Standpunkt einnehmen, dass ein auf präventiv-polizeilicher Grundlage legal erfolgender Zugriff ein Verwertungsverbot ausschliesst,⁴⁸ während es bei illegalen Zugriffen darauf ankommt, um welche Vorwürfe es geht. Erreichen diese die Schwelle einer «schweren Straftat» im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO, bleiben diese weiterhin verwertbar, sofern dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist.⁴⁹ Das Bundesgericht vertritt den Ansatz, dass, wenn eine Massnahme sowohl im Polizeirecht als auch im Strafprozessrecht zulässig ist, der Verwertung im Strafverfahren nichts entgegensteht, wenn sich die Polizei trotz eines Anfangsverdachts auf das Polizeirecht gestützt hat.⁵⁰
- 26 Unklar war bis vor Kurzem, ob bzw. wann für die Weitergabe von Informationen von Ämtern und Behörden an die Strafverfolgung eine explizite Gesetzesgrundlage erforderlich ist. Während kantonale Gerichte im Zusammenhang mit Strassenverkehrsdelikten und (legalen) Aufzeichnungen von Verkehrsüberwachungskameras des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) eine Verwertbarkeit von Videoaufnahmen mit dem Argument ablehnten, für die Weitergabe und Zweckänderung von Daten brauche es eine spezialgesetzliche Grundlage,⁵¹ hat das Bundesgericht die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Norm verworfen und die Weitergabe und die Verwertbarkeit gestützt auf die Pflicht zur nationalen Rechtshilfe

48 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_967/2015 vom 22. April 2016 E. 4.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.7.4; ZIMMERLIN (Fn. 16), S. 265; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt BES.2023.53 vom 31. Mai 2024 E. 1.3.1 f.; vgl. auch BÜRGE (Fn. 13), S. 83.

49 Vgl. BGE 146 I 11 E. 4.1 ff.; LUKAS BÜRGE, Zulässigkeit und Verwertbarkeit von polizeilichen Aufzeichnungen der automatischen Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung, forum poenale 2021, S. 56 ff.

50 BGE 143 IV 27 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_967/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3.2 und E. 4.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.7.3; ZIMMERLIN (Fn. 16), S. 265; BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 6; PAJAROLA (Fn. 14), N 683; PolG ZH-ZIMMERLIN, Aufsicht und Rechtsschutz, N 56.

51 Vgl. Urteil des Appellationsgerichts Basel Stadt SB.2019.63 vom 19. November 2020 E. 2.2; Urteil des Obergerichts Aargau SST.2022.133 vom 1. November 2022 E. 2.3.2; Urteil des Obergerichts Aargau SST.2023.267 vom 11. März 2024 E. 2.2.1.

(Art. 43 ff. StPO) zugelassen, sofern die Verwendung der Daten für einen Strafprozess in der jeweiligen Norm implizit miterfasst ist oder (unter Verweis auf Art. 4 Abs. 4 aDSG, neu: Art. 6 Abs. 3 DSG⁵²) «eine betroffene Person aus den konkreten Umständen heraus mit einer Datenbeschaffung und dem Zweck der Datenbearbeitung rechnen musste».⁵³ Art. 6 Abs. 3 DSG dürfte auf der Grundlage dieser Rechtsprechung damit in der Praxis zu einer Art Generalklausel für erkennbare Zweckänderungen im Kontext der strafprozessualen Rechtshilfe werden. In eine ähnliche Richtung geht eine in der Literatur vertretene Auffassung, wonach für Erkenntnisse, welche die Polizei im Rahmen ihrer präventiv-polizeilichen Tätigkeit gewinnt, keine Zweckbindung auf Gefahrenabwehr besteht.⁵⁴ Diese Erkenntnisse sollen deshalb ohne weiteres im Strafverfahren verwendet/verwertet werden können.⁵⁵

27 Stellt man sich auf den Standpunkt, dass alles, was die Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr legal erlangt hat, bedenkenlos auch im Strafverfahren Verwendung finden kann, läuft dies jedoch darauf hinaus, dass der Anfangsverdacht seine begrenzende Bedeutung verliert und die Strafverfolgungstätigkeit faktisch in das Vorfeld des Entstehens eines Anfangsverdachts ausgedehnt wird. Damit wäre aber auch der Ansatz, nach dem Vorfeldaufklärung bzw. Vorfeldermittlungen eine polizeirechtliche Regelungsmaterie sein soll, ad absurdum geführt.⁵⁶ Tatsächlich wird man daran festhalten müssen, dass die präventive und die repressive Tätigkeit der Polizei zwei voneinander getrennte, unabhängige Tätigkeitsbereiche sind, was man auch nicht dadurch unterlaufen darf, dass man – wie von Zimmerlin vertreten – von einem Zweckverbund polizeilicher Tätigkeit(en) ausgeht; dieser Ansatz hat nämlich keinen anderen Zweck als den, die Konsequenzen der Trennung der verschiedenen Tätigkeitsbereiche der Polizei faktisch zu unterlaufen.

28 Richtigerweise ist deshalb nach dem Zeitpunkt der Datenübermittlung an die Strafverfolgung zu differenzieren: Die rechtshilferechtlichen Bestimmungen der Strafprozessordnung erlauben keinen Beizug von Informationen, die im Vorfeld eines Tatverdachts an die Strafverfolgung übermittelt werden. Rechtshilfe setzt vielmehr voraus, dass bereits ein Strafverfahren im Gange ist (vgl. Art. 43 Abs. 4 StPO) und zudem die Initiative zur Übermittlung

52 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1).

53 Urteil des Bundesgerichts 6B_345/2024 vom 8. November 2024 E. 2.3.1 f.

54 BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 7a m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

55 BSK StPO-GALELLA/RHYNER, Art. 306 N 7a; ZIMMERLIN/GALELLA (Fn. 32), S. 378; a.A. WOHLERS (Fn. 14), S. 1324.

56 Vgl. bereits WOHLERS (Fn. 14), S. 1323 f.

der Daten von der Strafverfolgungsbehörde ausgeht.⁵⁷ Werden Daten durch eine Behörde ohne Veranlassung übermittelt, ist eine spezialgesetzliche Regelung nötig, welche die Weitergabe der Daten an die Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Strafverfolgung zulässt.⁵⁸ Das folgt zwar nicht ausdrücklich aus dem Datenschutzgesetz, ist aber deshalb zwingend, weil Strafbehörden für ihr Agieren auf den Tatverdacht angewiesen sind und ein Verzicht auf dieses Kriterium auf eine unerlaubte «fishing expedition» hinausliefe.

29 Ist hingegen bereits ein Strafverfahren eröffnet, besteht also ein Tatverdacht, können Strafbehörden von anderen Behörden rechtmässig erhobene Informationen grundsätzlich im Wege der Rechtshilfe anfordern. Vorbehaltlos gilt dies nach dem Bundesgericht gegenüber Strafbehörden des Bundes und der Kantone.⁵⁹ Andere Justiz- oder Verwaltungsbehörden müssen hingegen die Möglichkeit haben, sich auf Amtspflichten zu berufen, so beispielsweise, wenn der Schutz der Privatsphäre und/oder der Geheimhaltung der Daten das Interesse an der Strafverfolgung überwiegen. Eine Verweigerung der Rechtshilfe ist deshalb möglich, wenn durch die Offenbarung von Informationen überwiegende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen oder aber spezialgesetzliche Bestimmungen missachtet würden.⁶⁰

30 Es ist zudem eine weitere wichtige Einschränkung zu beachten: Die rechtshilfeweise Übermittlung an die Strafbehörde während eines laufenden Strafverfahrens ist nur dann denkbar, wenn es um Informationen geht, die bei den anderen Behörden bereits vorliegen, die also nicht erst aufgrund der Anfrage zur Rechtshilfe erhoben werden. Ein solcher Fall lag der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2024 zugrunde. Die Aufnahmen der Fahrzeuge der Verkehrsüberwachung bestanden bereits und wurden erst angefordert, als der Tatverdacht gegenüber dem Fahrzeuglenker bereits aus anderen Gründen bestand. Dass solche Informationen (weitere Beispiele wären etwa migrationsrechtliche Akten, medizinische Informationen, Steuerdaten usw.) in ein Strafverfahren Eingang finden, ist nicht untypisch und Sinn und Zweck der Rechtshilfe.

57 Urteil des Bundesgerichts 6B_345/2024 vom 8. November 2024 E. 2.1.4 («in einem hängigen Strafverfahren»).

58 So auch ALEX DUTLER / PATRICK VOGLER / ALAIN SANER, Bitte wenden! Die Diskussion über die Verwertbarkeit staatlicher (Video-) Aufzeichnungen ist falsch abgebogen, *forum poenale* 2024, S. 133.

59 BGE 149 IV 352 E. 1.3.2; Urteil des Bundesgerichts 1B_289/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 3.1.

60 GUNHILD GODENZI, Strafuntersuchung gegen Mitarbeitende – was darf und was muss der öffentliche Arbeitgeber tun?, *Jusletter* 16. Februar 2015, N 18 ff.; zum Ganzen: BGE 149 IV 352 E. 1.3.2.

Rechtshilfe darf aber kein Vehikel – im Sinne eines «forum 31 shoppings» – dafür sein, strafprozessuale Anforderungen und die Kompetenzordnung zu umgehen. Dürften Beweise verwertet werden, die von der Polizei gestützt auf Polizeirecht gesammelt wurden, die aber aufgrund des bereits eröffneten Strafverfahrens nur durch eine Anordnung der Staatsanwaltschaft hätten erhoben werden dürfen, würde dies auf eine Durchbrechung der Kompetenzordnung hinauslaufen. Die Vorschriften der Strafprozessordnung geniessen also insoweit Vorrang, als sie die für ein laufendes Strafverfahren geltenden Spielregeln abschliessend festhalten.

Bei doppelfunktionalem Verhalten (nach Eröffnung eines 32 Strafverfahrens) muss also danach gefragt werden, ob die Polizei die auf Polizeirecht abgestützte Massnahme auch unter strafprozessualer Betrachtung hätte durchführen dürfen. Dabei sind nicht nur die Modalitäten der Anordnung relevant (z.B. ob die Polizei in Bezug auf die Zwangsmassnahme anordnungsbefugt ist), sondern auch die weiteren Verfahrensrechte (insbesondere die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person) müssen beachtet werden.

Für die Situation der legendierten Kontrolle bedeutet 33 dies, dass wiederum der konkrete Einzelfall betrachtet werden muss. Agiert die Polizei nur vorgeschoben polizeirechtlich, mag das Verhalten polizeirechtlich betrachtet rechtmässig sein. Die auf diese Weise gewonnenen Beweise können in ein Strafverfahren aber nur dann Eingang finden, wenn materiell auch die strafprozessualen Regelungen eingehalten worden sind.⁶¹

2. Wenn man davon ausgeht, dass die legendierte Kontrolle auf der Basis des Strafprozessrechts erfolgt

Qualifiziert man die «legendierte Kontrolle» als repres- 34 siven Zugriff unter dem Deckmantel des Polizeirechts, beurteilt sich die Frage der Verwertbarkeit für Zwecke der Strafverfolgung nach den Regeln der Strafprozessordnung, wobei zu differenzieren ist zwischen den Erkenntnissen, die direkt durch die Kontrolle gewonnen worden sind, wie insbesondere die im Rahmen der Durchsuchung des kontrollierten Fahrzeugs gefundenen Drogen und sonstigen Informationen (vgl. nachfolgend Rz. 35 ff. einerseits und den Erkenntnissen andererseits, die im Anschluss gewonnen worden sind, z.B. durch die Einvernahme des Kontrollierten (vgl. unten Rz. 41 ff.).

61 Vgl. hierzu nachfolgend Rz. 34 ff.

a) **Verwertbarkeit der im Rahmen der Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse**

aa) *Das Nichteinholen der staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungsanordnung als Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift i.S. von Art. 141 Abs. 2 StPO*

35 Von zentraler Bedeutung ist die Frage, ob die Tatsache, dass im Rahmen der Durchsuchung Betäubungsmittel oder andere fallrelevante Gegenstände in dem durchsuchten Fahrzeug gefunden worden sind, strafprozessual verwertet werden kann. Dem könnte entgegenstehen, dass aus strafprozessualer Sicht für die Durchsuchung ein Durchsuchungsbefehl notwendig gewesen wäre (Art. 241 Abs. 1 StPO) und dieser bei der Durchsuchung hätte vorgewiesen werden müssen. Wenn und soweit ein von der Staatsanwaltschaft erlassener Durchsuchungsbefehl nicht eingeholt wurde,⁶² stellt sich die Frage, ob das Fehlen des Durchsuchungsbefehls dazu führt, dass die im Rahmen der Durchsuchung gewonnenen Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen.

36 Entscheidend ist, ob es sich bei Art. 241 Abs. 1 StPO um eine Gültigkeitsvorschrift i.S. von Art. 141 Abs. 2 StPO handelt oder aber nur um eine blosser Ordnungsnorm i.S. von Art. 141 Abs. 3 StPO. Die Meinungen sind insoweit geteilt: Während das Bundesgericht in BGE 139 IV 128 davon ausgegangen ist, dass es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt, ob eine Zuständigkeitsnorm als eine Gültigkeitsvorschrift oder eine Ordnungsnorm einzustufen ist,⁶³ haben verschiedene kantonale Gerichte⁶⁴ und auch verschiedene Stimmen in der Literatur⁶⁵ die Verletzung einer Gültigkeitsnorm angenommen. Geht man mit der heute ganz herrschenden – und unserer Auffassung nach auch zutreffenden – Meinung davon aus, dass die Abgrenzung zwischen Gültigkeitsvorschriften und Ordnungsnormen anhand des Schutzzwecks der

missachteten Vorschrift zu erfolgen hat⁶⁶ und man jedenfalls dann von einer Gültigkeitsvorschrift auszugehen hat, wenn die in Frage stehende Norm die verfahrensrechtliche Position der beschuldigten Person gewährleisten soll,⁶⁷ geht kein Weg daran vorbei, dies auch für Art. 241 Abs. 1 StPO anzunehmen. Denn über das Erfordernis des von der Staatsanwaltschaft erlassenen Durchsuchungsbefehls soll präventiver Rechtsschutz gewährleistet werden; der für den Erlass des Durchsuchungsbefehls zuständige Staatsanwalt soll die Zulässigkeit des Zwangseingriffs vorgängig überprüfen, diesen inhaltlich begrenzen, ihn damit überprüfbar machen und so ein normgelöstes faktisches Agieren der Polizei verhindern.⁶⁸

Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage noch nicht abschliessend geäußert, es hat nur entschieden, dass die unberechtigte Inanspruchnahme der Eilkompetenz nach Art. 241 Abs. 3 StPO durch die Polizei dann kein Verwertungsverbot zur Folge hat, wenn im konkreten Einzelfall kein vorsätzliches oder rechtsmissbräuchliches Hinwegsetzen über die gesetzliche Zuständigkeitsordnung vorliegt.⁶⁹ Da in den Fällen der «legendierten Kontrollen» in der Regel eine bewusste Abstandnahme vom Beschreiten der strafprozessualen Schiene gegeben ist, wird man annehmen dürfen, dass das Bundesgericht hier ein Verwertungsverbot annehmen müsste, weil ein Fall des bewussten Nichteinholens gegeben ist.

bb) *«Legendierte Kontrollen» als Verstoss gegen ein allgemeines Täuschungsverbot*

«Legendierte Kontrollen» geben vor, die Polizei sei im Rahmen einer präventiv-polizeilichen Massnahme zufälligerweise auf strafrechtlich relevante Erkenntnisse gestossen. Das Täuschungsverbot des Art. 140 Abs. 1 StPO ist allerdings nur innerhalb von Einvernahmen und allenfalls einvernahmeähnlichen Situationen relevant⁷⁰ und damit vorliegend nicht einschlägig, soweit es um den Zugriff als solchen geht.⁷¹

Die Frage ist deshalb, ob die Vortäuschung eines Zufallsfundes ein unkodifiziertes (allgemeines) Täuschungsverbot missachtet und, wenn ja, welche Konsequenzen dies

62 In den Fällen der «legendierten Kontrollen» dürfte in der Regel keine Gefahr im Verzug vorliegen. Selbst wenn dies so wäre, müsste die Polizei aber ihrerseits eine Durchsuchungsanordnung treffen und im Übrigen die Staatsanwaltschaft unverzüglich informieren (vgl. Art. 241 Abs. 3 StPO).

63 Vgl. BGE 139 IV 128 E. 1.7.

64 Vgl. Urteil des Obergerichts Bern BK 15 350 vom 22. Dezember 2015 E. 6.2; Urteil des Obergerichts Bern BK 16 470 vom 12. Januar 2017 E. 4.3; Urteil des Obergerichts Bern BK 17 99 vom 11. Mai 2017 E. 3.4; WOLFGANG WOHLERS, Nr. 26 Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 2. Oktober 2020 i.S. Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen A. – SB200073-O/U/cwo, forumpoenale 2021, S. 283; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich GG210243 vom 8. Februar 2022 E. 8 = ZR 121 (2022), S. 169 ff.

65 Rechtsauskunft Anwaltskollektiv (Hrsg.), Strafuntersuchung – was tun?, Zürich 2011, S. 91; NICOLE BÜRGER-MITTNER / SIMON BÜRGER, Die «freiwillige» Hausdurchsuchung im schweizerischen Strafprozess, forumpoenale 2012, S. 309; BSK StPO-GFELLER, Art. 241 N 4; SK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 33; offen: DANIEL JOSITSCH / NIKLAUS SCHMID, in: Jositsch/Schmid (Hrsg.), Praxiskommentar, Strafprozessordnung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023, Art. 241 N 2a.

66 WOHLERS (Fn. 64), S. 283; BGE 139 IV 128 E. 1.6; BGE 144 IV 310; SK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 30; WOHLERS (Fn. 22), S. 70.

67 SK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 31; WOLFGANG WOHLERS / LINDA BLÄSI, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, S. 164.

68 WOHLERS (Fn. 64), S. 283.

69 Vgl. BGE 139 IV 128 E. 1.7.

70 Zum Anwendungsbereich des Art. 140 StPO vgl. BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 26 ff.; zur Erstreckung auf einvernahmeähnliche Situationen vgl. SANDRA VAN DER STROOM, Die verdeckte Einvernahme – eine rechtstaatliche Grauzone?, zugleich Bespr. von BGE 148 IV 205, forumpoenale 2023, S. 312 f.

71 Zur Frage der in der nachfolgenden Einvernahme notwendigen Belehrungen vgl. unten Rz. 42 f. und Rz. 44 f.

hat. Christopher Geth und Martin Reimann gehen in ihrer Kommentierung des Art. 3 im Basler Kommentar zur StPO davon aus, dass ein allgemeines Täuschungsverbot als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben existiert.⁷² Das Kantonsgericht Basel-Landschaft steht auf dem Standpunkt, dass die Strafverfolgungsbehörden den Anspruch auf ein faires Verfahren und den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen, wenn sie vortäuschen, ein Verfahren wegen eines minderschweren Delikts zu führen, während sie in Tat und Wahrheit über konkrete Anhaltspunkte verfügen, dass ein schweres Delikt vorliegt, bei dem die Verteidigung als notwendig einzustufen ist.⁷³ Bürge stellt darauf ab, dass in den Fällen, in denen nach StPO hätte vorgegangen werden müssen, dies aber nicht getan wurde, ein Verwertungsverbot greifen muss, wenn Parteirechte verletzt werden.⁷⁴

- 40 An einer relevanten Täuschung fehlt es dann, wenn die Polizei tatsächlich (wenigstens auch) ernsthaft präventiv-polizeilich agiert hat. Anders kann es aber liegen, wenn es sich bei der präventiv-polizeilichen Einkleidung nur um einen Deckmantel für eine tatsächlich der Sache nach allein repressive Massnahme handelt. Weitgehend ungeklärt ist bisher, was aus der Verletzung dieses allgemeinen unkodifizierten Täuschungsverbots eigentlich folgen soll. Für die hier interessierende Frage der (Un-)Verwertbarkeit der erlangten Informationen scheint es jedenfalls zielführender zu sein, direkt auf die im Rahmen der Informationsgewinnung verletzten Normen abzustellen – d.h. im Hinblick auf den vorliegenden Fall auf die Konsequenzen, die sich aus dem Nichtvorhandensein einer Durchsuchungsanordnung ergeben.⁷⁵

b) Verwertbarkeit der im Anschluss an die Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse

- 41 Wird gegen die betroffene Person im Anschluss an die «legendierte Kontrolle» ein Strafverfahren eingeleitet, wird sie in der Folge als beschuldigte Person einvernommen werden. Die Frage, die sich hier stellt, ist die, ob Angaben, die im Rahmen der Einvernahme(n) gemacht werden, verwertbar sind. Zweifel hieran ergeben sich daraus, dass die beschuldigte Person möglicherweise über den Verfahrensgegenstand und die Verdachtslage nicht zutreffend belehrt wurde. Wäre dies der Fall, würden die Angaben einem absoluten Verwertungsverbot unterliegen (Art. 141 Abs. 1 i.V.m. Art. 158 Abs. 2 StPO).

72 Vgl. BSK StPO-GETH/REIMANN, Art. 3 N 60 ff.

73 FRANZ RIKLIN, Nr. 34 Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, Entscheid vom 5. September 2017 i.S. Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft und Privatküglerschaft gegen A. – 460 16 67, forum-poenale 2018, S. 481 f.

74 Vgl. BÜRGE (Fn. 13), S. 82 f.

75 Vgl. hierzu oben Rz. 35 ff.; zu den Konsequenzen für die nachfolgende Einvernahme vgl. unten Rz. 41 ff.

aa) Belehrung über den Gegenstand der Einvernahme

Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO ist die beschuldigte Person darüber zu belehren, «welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden», was also der Verfahrens- bzw. Prozessgegenstand ist.⁷⁶ Hierbei kommt es nicht darauf an, den Verfahrensgegenstand rechtlich präzise darzulegen, sondern es ist der Lebenssachverhalt darzulegen, der Gegenstand des Verfahrens ist.⁷⁷ Mit dem Lebenssachverhalt ist der gesamte Sachverhalt gemeint, der Anlass zur Führung des Strafverfahrens gegeben hat. Die Strafbehörden dürfen nicht einzelne von mehreren Vorwürfen in der Hinterhand behalten («Salamitaktik»),⁷⁸ denn dies würde es der beschuldigten Person verunmöglichen, eine autonome Entscheidung darüber zu treffen, ob und wie sie sich gegen den Vorwurf verteidigen will.

Dies bedeutet: Soweit im Rahmen einer auf eine «legendierte Kontrolle» folgenden Einvernahme der Verfahrensgegenstand nicht zutreffend dargestellt wird, unterliegen die Angaben der einvernommenen Person einem Verwertungsverbot.⁷⁹ Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn es sich bei der einvernommenen Person um eine solche handelt, der auch noch andere, im Rahmen der Ermittlungen verfolgte Straftaten zur Last gelegt werden. Anders liegt es dann, wenn es sich bei der in die «legendierte Kontrolle» gelaufenen (oder besser: gefahrenen) Person um eine Randfigur handelt, der nicht mehr als diese Fahrt zur Last gelegt wird. In diesem Fall besteht keine Notwendigkeit, das Verfahren gegen die Randfigur mit dem Verfahren gegen die anderen beschuldigten Personen zusammen zu führen.⁸⁰ Und es besteht auch keine

76 SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 20; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22.

77 RICO NIDO, Nr. 7 Obergericht Thurgau, 1. Abteilung, Urteil vom 9. Februar 2015 i.S. Staatsanwaltschaft Frauenfeld gegen X. – SBR.2014.54 (Originalentscheid), auszugsweise publiziert in: RBOG 2015 Nr. 20, forum-poenale 2017, S. 77; SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 20; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22.

78 Urteil des EGMR 25444/94 vom 25. März 1999 (Pélissier und Sassi gegen Frankreich), Ziff. 51 ff.; Urteil des EGMR 23969/94 vom 25. Juli 2000 (Mattoccia gegen Italien), Ziff. 59 f.; BGE 119 Ib 12 E. 5; FRANZ RIKLIN, Nr. 34 Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, Entscheid vom 5. September 2017 i.S. Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft und Privatküglerschaft gegen A. – 460 16 67, forum-poenale 2018, S. 481; NIDO (Fn. 77), S. 77; FELIX BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, S. 200; LORENZ ERNI, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStrR 2007, S. 233 f.; SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 21; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22; ANDREAS J. KELLER, Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, ZStrR 2011, S. 240; a.A. CHRISTOPH ILL, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 151; SK StPO-WEDER, Art. 219 N 19.

79 Vgl. auch bereits KETTINGER (Fn. 22), N 11.

80 Zur Möglichkeit der getrennten Verfahrensführung in Betäubungsmittelfällen vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1026/2017 vom 1. Juni 2018 E. 1.2; SK StPO-SCHLEGEL, Art. 30 N 4; Urteil des Obergerichts

Notwendigkeit, die einzuvernehmende Person darüber zu informieren, dass und mit welchem Vorwurf gegen andere Personen ermittelt wird.

bb) Verschweigen der Informationen zum Stand der Ermittlungen

44 Zur Belehrung über den Verfahrensgegenstand gehört es nicht, dass der Beschuldigte über den Stand der Ermittlungen und/oder die Beweissituation informiert wird.⁸¹ Auch insoweit gilt aber das Täuschungsverbot (Art. 140 Abs. 1 StPO), d.h.: Es darf nicht über die Beweislage getäuscht werden.⁸² Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Beweise vorgetäuscht werden, die tatsächlich gar nicht vorhanden sind, wie z.B. die wahrheitswidrige Behauptung, ein Mitäter habe ein Geständnis abgelegt.⁸³ Vorliegend werden der durch die «legendierte Kontrolle» in den Fokus der Ermittlungsbehörden geratenen Person aber keine nicht existenten Beweise vorgespiegelt, sondern sie wird allein darüber im Dunklen gelassen, dass es sich bei den gegen sie sprechenden Erkenntnissen nicht um echte Zufallsfunde handelt, sondern um gezielt aufgefundene Erkenntnisse, die nur als Zufallsfunde getarnt werden. Dies wird man aber nicht als eine unzulässige Täuschung qualifizieren können,⁸⁴ sondern als zulässiges Vorenthalten von Informationen über den Stand der Ermittlungen einzustufen haben.

45 Man könnte sich nun auf den Standpunkt stellen, dass in der Einvernahme implizit vorgegeben wird, die als «Zufallsfunde» aufgefundenen Gegenstände, d.h. das Rauschgift, sei ein verwertbarer belastender Umstand. Soweit es an einer entsprechenden Durchsuchungsanordnung fehlt, wäre dies aber nach hier vertretener Auffassung unzutreffend, weil im Hinblick auf die Einstufung als Gültigkeitsvorschrift ein Verwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 2 StPO im Raum steht.⁸⁵ Wenn man aber daran festhalten will, dass die Staatsanwaltschaft/Polizei keine Angaben zur Berechtigung ihres Vorwurfs machen muss, wird man konsequenterweise eine konkludente Behauptung der Verwertbarkeit nicht annehmen können.

Zürich SB180503 vom 11. November 2019 E. 2.3; GUSTAV HUG-BEELI, Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Basel 2016, Art. 19 N 450 f.

81 BOMMER (Fn. 78), S. 200; SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 22; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22a.

82 BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22.

83 SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 22; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 22a.

84 Vgl. aber ALBRECHT (Fn. 1), S. 453; ALBRECHT (Fn. 4), S. 441 f.; HERZOG (Fn. 8), S. 39 f.: Legendierte Kontrollen verstossen gegen das Täuschungsverbot. Dieses werde nur dann obsolet, wenn der Gesetzgeber de lege ferenda eine gesetzliche Grundlage schaffen würde, vgl. ALBRECHT (Fn. 1), S. 454; a.A. NOWROUSIAN, Kriminalistik 2011 (Fn. 1), S. 373; NOWROUSIAN, Kriminalistik 2012 (Fn. 1), S. 175 f.; NOWROUSIAN, NSTZ 2015 (Fn. 1), S. 627, der davon ausgeht, dass Täuschungen, die nicht ausdrücklich verboten sind, erlaubt sind.

85 Vgl. oben Rz. 35 ff.

cc) Nichtbestellung einer Verteidigung

Schliesslich ist noch zu beachten, dass bei einem Auseinanderfallen von vermeintlichem und wirklich gegebenem Verfahrensgegenstand die Situation eintreten kann, dass der wirklich verfolgte Tatvorwurf einen Fall notwendiger Verteidigung begründet. In diesen Fällen ergibt sich aus Art. 131 Abs. 3 StPO, dass die Angaben, welche die beschuldigte Person in einer Einvernahme macht, einem absoluten Verwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO unterliegen, wenn diese stattfindet, ohne dass zuvor eine Verteidigung bestellt wurde.⁸⁶

Auch hier kommt es wieder auf den Einzelfall an: Handelt es sich bei der einzuvernehmenden Person um eine Randfigur, kann es an der Notwendigkeit der Verteidigung fehlen. Dass das Verfahren im Hinblick auf andere Beschuldigte als ein Fall notwendiger Verteidigung zu qualifizieren ist, spielt dabei keine Rolle. Handelt es sich dagegen um eine Person, der eine weitergehende Involvierung in den Gesamtzusammenhang zur Last gelegt wird, dürfte die Annahme der Notwendigkeit der Verteidigung in der Praxis eher gegeben sein. Diese Konsequenz könnte allerdings dadurch vermieden werden, dass eine Verteidigung bestellt wird, was z.B. damit begründet werden kann, dass eine Inhaftierung zu erwarten ist⁸⁷ und/oder sich die Sach- und Rechtslage so gestaltet, dass es einer Verteidigung bedarf.⁸⁸

c) Zwischenfazit

Misst man die Fälle «legendierter Kontrollen» an den Vorgaben des Strafprozessrechts, kann sich ein Verwertungsverbot daraus ergeben, dass der für die Durchsuchung notwendige Durchsuchungsbefehl nicht eingeholt wurde.⁸⁹ Darüber hinaus kann sich bei den Personen, denen ein strafrechtlich relevantes Verhalten zur Last gelegt wird, das über die Mitwirkung im Rahmen des durch die «legendierte Kontrolle» beendeten konkreten Verhaltens hinausgeht, ein Verwertungsverbot auch über Art. 158 Abs. 2 StPO (ungenügende Belehrung über den Verfahrensgegenstand)⁹⁰ und/oder Art. 131 Abs. 3 StPO (Einvernahme ohne vorhergehende Bestellung einer Verteidigung)⁹¹ ergeben.

86 LINDA BLÄSI, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Diss. Zürich 2019, S. 248; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 131 N 52; vgl. auch zur Rechtslage vor der Revision des Art. 131 StPO: RIKLIN (Fn. 78), S. 479 ff.; WOHLERS/BLÄSI (Fn. 67), S. 199 ff.; SK StPO-LIEBER, Art. 131 N 8 f.

87 Vgl. Art. 130 lit. a StPO und hierzu SK StPO-LIEBER, Art. 130 N 11: Es sei eine Verteidigung zu bestellen, wenn absehbar ist, dass Untersuchungshaft länger als zehn Tage andauern wird; kritisch zur 10-Tages-Frist: BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 N 12 f.

88 Vgl. Art. 130 lit. b StPO und hierzu SK StPO-LIEBER, Art. 130 N 15 ff.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 N 16 ff.

89 Vgl. oben Rz. 35 ff.

90 Vgl. oben Rz. 42 f.

91 Vgl. oben Rz. 46 f.

IV. Lösungsvorschlag für die Problematik der legendierten Kontrollen und weitere Problemfelder

1. Das Entstehen eines hybriden Verfahrens

- 49 Wenn man die legendierte Kontrolle als präventiv-polizeiliche Insel im See der Repression sieht, stellt sich zunächst einmal die Frage, wie man dieses Nebeneinander zweier Regelungsregime eigentlich organisieren will. Ein erstes Problem ergibt sich daraus, dass die Staatsanwaltschaft eine polizeirechtliche Massnahme mangels Kompetenz gar nicht anordnen kann, die Verfahrensherrschaft also von der Staatsanwaltschaft (jedenfalls in Bezug auf diese eine Massnahme) an die Polizei wechseln muss. Da die nach aussen polizeirechtlich getarnte Massnahme jedenfalls auch materiell strafprozessualen Charakter hat, kann u.E. aber auf eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nicht verzichtet werden. Andererseits wird nach aussen hin polizeirechtlich agiert, was zur Folge hat, dass zwingend auch die Polizei in ihrer Funktion als Präventivbehörde involviert sein muss. Dies alles hat zur Folge, dass letztlich eine Art «hybrides Verfahren» mit wechselseitigen Abhängigkeiten entsteht. Die im Rahmen legendierter Kontrollen durchgeführten Durchsuchung und Beschlagnahme müssen mit anderen Worten sowohl nach den Regeln des Polizeirechts als auch des Strafprozessrechts rechtmässig sein.

2. Der Charakter der Durchsuchung als «offene» Zwangsmassnahme

- 50 Des Weiteren ist zu konstatieren, dass es sich bei Durchsuchungen nicht um eine heimliche Massnahme handelt, sondern um eine Zwangsmassnahme, die nach der Konzeption der Strafprozessordnung offen durchzuführen ist.⁹² Dies schliesst die Angabe des Grundes der Durchsuchung sowie die Nennung der entsprechenden Rechtsgrundlage mit ein. Wird eine Durchsuchung gestützt auf Polizeirecht durchgeführt, obwohl sich dahinter materiell zumindest auch eine strafprozessuale Handlung verbirgt, wird die strafprozessuale Durchsuchung letztlich von einer offenen Zwangsmassnahme in eine heimliche Durchsuchung transformiert. Der von der Literatur entwickelte Ansatz, die Zulässigkeit einer «geheimen Durchsuchung» von einer Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts abhängig zu machen⁹³, passt nicht so recht auf die Situation der legendierten Kontrolle, weil bei Letzterer nicht die Durchsuchung als solche geheim erfolgt,

92 Vgl. zur parallelen Rechtslage in Deutschland ALBRECHT (Fn. 1), S. 452 f.; ALBRECHT (Fn. 4), S. 445 f.; HERZOG (Fn. 8), S. 38; KEMPF (Fn. 4), S. 680; LÖFFELMANN (Fn. 1), S. 600; SCHIEMANN (Fn. 1), S. 658.

93 SK StPO-KELLER, Art. 245 N 6a; BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 245 N 11a, beide mit Verweis auf THOMAS HANSJAKOB, Geheime Erhebung von Beweisen nach StPO, forumpoenale 2011, S. 303 f.

sondern der Grund der Durchsuchung verschwiegen wird. Soll daraus kein Beweisverwertungsverbot angeleitet werden, müsste das Verschweigen der strafprozessualen Rechtsgrundlage, wenig überzeugend, entweder als Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift, oder als Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift angesehen werden, was eine Verwertbarkeit der bei der Durchsuchung aufgefundenen Drogen nur unter Berücksichtigung von Art. 141 Abs. 2 StPO zuliesse.

3. Die Organisation des hybriden Verfahrens

Damit stellt sich die Frage, wie ein Vorgehen organisiert werden könnte. Eine Lösung könnte darin bestehen, dass die Massnahme intern als strafprozessuale behandelt wird (also auch eine notwendige Anordnung der Staatsanwaltschaft eingeholt wird) und diese nur nach aussen (d.h. dem Betroffenen gegenüber) als präventiv-polizeiliche «getarnt» wird.⁹⁴

Um den Grundsätzen der Aktenvollständigkeit und Aktenwahrheit gerecht zu werden, müsste dieses Vorgehen aber auch vollständig in den Akten abgebildet werden. Es steht grundsätzlich nicht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie bestimmte Informationen in die Akte aufnehmen will oder nicht.⁹⁵ Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt, dass sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen aktenkundig gemacht werden,⁹⁶ weshalb den Strafbehörden in Art. 100 Abs. 1 StPO umfangreiche Aktenführungs- und Dokumentationspflichten auferlegt werden. Unbestritten ist zwar, dass gewisse polizeiinterne Dokumente (wie etwa Einsatzdispositive, Sicherheits- und Überwachungskonzepte usw.) oder interne Akten (z.B. persönliche Handnotizen) nicht in die Akte aufgenommen werden müssen.⁹⁷ Dies kann allerdings nicht für Informationen gelten, deren Kenntnis für die Parteien oder das Gericht unabdingbar ist, weil sie sich unmittelbar auf die rechtliche Einordnung von Zwangsmassnahmen, die Beantwortung von Zuständigkeitsfragen oder die Beurteilung der Verwertbarkeit von Beweisen auswirkt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn hierfür

94 So auch bereits – bezogen auf die Rechtslage in Deutschland – SK StPO-JÄGER/WOHLERS, § 105 N 5h; JÄGER (Fn. 1), S. 553.

95 BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 100 N 15; vgl. für die Rechtslage in Deutschland KEMPF (Fn. 4), S. 683; LÖFFELMANN (Fn. 1), S. 602; MOSBACHER (Fn. 1), S. 131; Grosskomm. StPO-TSAMBIKAKIS, § 105 N 24a; a.A. NOWROUSIAN, NSTZ 2015 (Fn. 1), S. 258 f.: wenn wichtige Gründe bestehen, können Informationen aus den Akten herausgehalten werden; vgl. aber Urteil des BGH 2 StR 247/16 vom 26. April 2017 = BGHSt 62, 123, 143: Das Heraushalten der Hintergrundinformationen aus den Akten sei im Hinblick auf den Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit «nicht unbedenklich», im vorliegenden Fall seien aber die Verteidigungsrechte in der Hauptverhandlung nicht berührt gewesen.

96 So bereits BGE 115 Ia 97 E. 4.

97 Urteil des Bundesgerichts 6B_719/2011 vom 12. November 2012 E. 4.5; BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 100 N 18 und N 22.

gesetzliche Grundlagen bestehen (z.B. bei Gewährung von Anonymität). Dass die Strafverfolgungsbehörden das Zwangsmassnahmengericht jenseits der Akte über die legendierte Kontrolle informieren, kann ohne gesetzliche Grundlage nicht in Betracht kommen. Das schweizerische Strafverfahren kennt de lege lata keine «In-camera-Verfahren», bei denen ohne Information der Verteidigung und des Beschuldigten verhandelt werden darf.

- 53 Es bleibt deshalb dabei: Es besteht einerseits ein nachvollziehbares Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden, die weitergehenden Ermittlungen nicht zu kompromittieren; andererseits dürfen aber die Verteidigungsinteressen der betroffenen Person nicht geopfert werden. Die Frage ist, ob man im Sinne praktischer Konkordanz einen gangbaren Weg finden kann. Dieser könnte darin bestehen, die als solche in den Akten als getarnte strafprozessuale Massnahme dokumentierte legendierte Kontrolle vorübergehend nicht offenzulegen, dies aber so rechtzeitig nachzuholen, dass die Verteidigungsrechte gewahrt werden.⁹⁸
- 54 Umgesetzt werden könnte dies dadurch, dass der beschuldigten Person eine Einsicht in die Akten (vorübergehend) verweigert wird.⁹⁹ Die Einschränkung des rechtlichen Gehörs wäre jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person die Existenz weiterer Verfahren preisgeben und den Ermittlungserfolg gegen die Hintermänner gefährden könnte (Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO).
- 55 Die Verweigerung der Akteneinsicht muss allerdings spätestens dann enden, wenn das Ermittlungsverfahren gegen die Person, die von der legendierten Kontrolle betroffen ist, anklagereif ist, weil jedenfalls vor Abschluss des Vorverfahrens zwingend Akteneinsicht zu gewähren ist. Diese Problematik wird sich allerdings faktisch wohl dadurch bewältigen lassen, dass die Entscheidung, ob eine Sache anklagereif ist oder nicht, im Ermessen der Staatsanwaltschaft liegt. Eine Verzögerung der Anklageerhebung aus verfahrenstaktischen Gründen, nämlich zwecks Geheimhaltung gegenüber den Hintermännern, muss aber im Rahmen einer Prüfung einer Verletzung des Beschleunigungsgebotes berücksichtigt werden.¹⁰⁰
- 56 Ein weiteres und praktisch bedeutsames Problem ergibt sich, wenn (wie dies häufig der Fall sein dürfte) Untersuchungshaft beantragt werden soll. Die Staatsanwaltschaft muss dafür zwar nicht alle Akten offenlegen, die Haftakten

sind aber gemäss Art. 225 Abs. 2 StPO parteiöffentlich. Will die Staatsanwaltschaft die Legende im Haftverfahren schützen, muss sie also entweder auf die im Rahmen der legendierten Kontrolle gefundenen Beweise verzichten – was jedenfalls im Hinblick auf die aufgefundenen Betäubungsmittel unmöglich erscheint – oder sie muss die Legende auch gegenüber dem Zwangsmassnahmengericht aufrecht erhalten, was durchaus problematisch ist, weil die Akten des Haftverfahrens zwar nicht unbedingt vollständig sein müssen, aber doch immerhin alle Beweise enthalten müssen, die für den Haftprüfungsentscheid inhaltlich tragend sind, wozu sowohl jene Aktenbestandteile gehören, die für eine Inhaftierung sprechen als auch jene, die gegen die Anordnung von Haft verwendet werden können.¹⁰¹ Teilweise wird zwar vertreten, dass das Akteneinsichtsrecht in die Haftakten «zur Sicherung des Verfahrenszwecks» in begründeten Fällen beschränkt werden kann (diskutiert etwa bei der Geheimhaltung der Identität von Zeugen).¹⁰² Dies kann allerdings nicht gelten, wenn der verhafteten Person auf diese Weise verunmöglicht würde, die Rechtmässigkeit der Haft in Frage zu stellen.¹⁰³ In Bezug auf die legendierte Kontrolle bedeutet dies, dass jedenfalls alle der Anhaltung, Durchsuchung und Beschlagnahme zugrunde liegenden Verfügungen enthalten sein müssen, also sowohl die präventiv-polizeilichen als auch, sofern vorhanden, die strafprozessualen. Die verfahrenstaktische Absprache zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei muss hingegen u.E. nicht zwingend in den Haftakten enthalten sein, weil und solange sie die Rechtmässigkeit des Vorgehens nicht unmittelbar berührt. Wohl aber dürfte es wahrscheinlich sein, dass die Legende aufgrund der Verfügungen erkennbar wird.

4. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit und das Beschleunigungsgebot

Häufig wird es zudem so sein, dass das Verfahren gegen 57 die legendiert kontrollierte Zielperson von den Verfahren gegen die Hintermänner abgetrennt wird, was unweigerlich zu Spannungen mit dem Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 29 Abs. 1 StPO) und dem Beschleunigungsgebot (Art. 5 StPO) führt. Wird der beschuldigten Person vorgeworfen, sich an weiteren Straftaten im Zusammenhang mit dem Vorwurf gegen die Hintermänner beteiligt zu haben, müssen diese Tatvorwürfe entweder in dem Verfahren gegen die Hintermänner beurteilt werden (d.h. in einem abgetrennten Verfahren) oder das Verfahren aufgrund der legendierten Kontrolle muss zurückgestellt werden, bis eine Offenlegung der Legende und Vereinigung der unterschiedlichen Verfahren möglich ist, was besonders in Haftfällen problematisch ist (Art. 5 Abs. 2 StPO).

98 So auch SK StPO-JÄGER/WOHLERS, § 105 N 5h f.

99 Kritisch ALBRECHT (Fn. 4), S. 446 f. und S. 454; HERZOG (Fn. 8), S. 38 f.: Ein Geheimhaltungsvorbehalt könne nicht aus dem Recht der Akteneinsicht in die Regelungen zur Durchsuchung hineingelesen werden.

100 Siehe dazu auch unten Rz. 57.

101 BSK StPO-FORSTER, Art. 225 N 4.

102 BGE 115 Ia 293 E. 5c; BSK StPO-FORSTER Art. 225 N 4.

103 BSK StPO-FORSTER Art. 225 N 4 und N 29.

Gerade in Haftfällen dürfte sich deshalb eine Verfahrenstrennung nach Art. 30 StPO «aus sachlichen Gründen» zwecks Vermeidung einer Verletzung des Beschleunigungsgebots aufdrängen,¹⁰⁴ was dann aber freilich zulasten des Grundsatzes der Verfahrenseinheit geht.

5. Der Grundsatz ne bis in idem

58 Kommt es später noch zu einem weiteren Verfahren, weil der legendiert kontrollierten Person weitere Taten vorgeworfen werden, die im Verfahren gegen die Hintermänner beurteilt werden sollen, ist ausserdem der Grundsatz «ne bis in idem» zu beachten. Wenn der Drogenkurier verurteilt worden ist, könnte dies eine spätere zweite Verurteilung wegen der Mitwirkung im Rahmen der Drogenbande sperren, weil der Grundsatz ne bis in idem entgegensteht (Art. 11 StPO).

59 Die Sperrwirkung greift nach Art. 11 Abs. 1 StPO ein, wenn ein Täter wegen der Straftat, wegen derer er verfolgt werden soll, bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde. Einigkeit besteht darin, dass eine Identität von Tat und Täter erforderlich ist.¹⁰⁵ Hieraus folgt zunächst einmal, dass die Verurteilung des Transporteurs die Verfolgung und Ahndung der Hintermänner in keiner Weise tangiert, weil es insoweit eben schon an der Identität bezogen auf den Täter fehlt.

60 Anders kann es bezogen auf den Transporteur selbst liegen. In der Vergangenheit war umstritten, wie die Tat zu bestimmen ist, die durch eine erste Verurteilung für die weitere Verfolgung und Ahndung gesperrt ist: Während die Vertreter der sog. einfachen Identität diesbezüglich allein auf den Lebensvorgang abstellen, der Gegenstand des ersten Verfahrens war, wollten die Vertreter der sog. doppelten Identität zusätzlich auf den Anklagevorwurf abstellen, wobei umstritten war, ob auf den im ersten Verfahren konkret abgeurteilten Straftatbestand abzustellen war oder aber alle Straftatbestände als gesperrt anzusehen waren, die dem abgeurteilten Delikt im Wesentlichen identisch sind, oder man alle Straftatbestände als gesperrt anzusehen hat, die im ersten Verfahren prozessual ordnungsgemäss zum Verfahrensgegenstand hätten gemacht werden können.¹⁰⁶ In der neueren Rechtsprechung zeichnet sich ab, dass nun auch das Bundesgericht dem Ansatz

der einfachen Identität folgt, d.h. im Anschluss an die einschlägige Rechtsprechung des EGMR¹⁰⁷ und des EuGH¹⁰⁸ darauf abstellt, dass der Lebensvorgang, der Verfahrensgegenstand des ersten Verfahrens war, für eine weitere Verfolgung gesperrt ist,¹⁰⁹ wobei das Bundesgericht allerdings versucht, den Lebensvorgang, der Gegenstand des ersten Verfahrens war, möglichst klein und die Sperrwirkung dadurch in Grenzen zu halten.¹¹⁰ Hieraus folgt, dass die Sperrwirkung jedenfalls dann greift, wenn die erste Verurteilung einen Lebensvorgang erfasst, der berücksichtigt werden muss, damit eine erneute Verurteilung erfolgen kann. Damit scheitert eine weitere Strafverfolgung jedenfalls dann, wenn ohne dessen Berücksichtigung eine Subsumtion unter das nunmehr verfolgte Delikt nicht möglich ist.¹¹¹

Für die vorliegend relevanten Fallgestaltungen ist bedeutsam, dass nach der Rechtsprechung eine Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts der Verfolgbarkeit anderer, von der ersten Anklage nicht erfasster Lebensvorgänge nichts im Wege steht. Dies gilt selbst dann, wenn die erste Verurteilung wegen gewerbsmässiger Begehung erfolgt ist.¹¹² Dies bedeutet konkret, dass eine Verurteilung wegen eines konkreten Transports von Betäubungsmitteln eine weitere Verfolgung nur für diesen konkreten Lebensvorgang sperrt. Stellt sich später heraus, dass der

104 Urteil des Bundesgerichts 1B_150/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_1030/2015 vom 13. Januar 2017 E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 1B_684/2011 vom 21. Dezember 2011 E. 3.2.

105 BGE 118 IV 269 E. 2; BGE 122 I 257 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 6P_51/2003 vom 10. September 2003 E. 10; Urteil des Bundesgerichts 6B_1056/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 1.2; VERONICA LYNN, Nr. 2 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. Dezember 2015 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_1056/2015, forumpoenale 2017, S. 6 ff.; SKStPO-WOHLERS, Art. 11 N 13.

106 Vgl. hierzu SKStPO-WOHLERS, Art. 11 N 14 m.w.H. zum Streitstand.

107 Zur Rechtsprechung des EGMR vgl. den grundlegenden Entscheid des EGMR [GK] 14939/03 vom 10. Februar 2009 (Zolothukin gegen Russland), Ziff. 80 ff.; ACKERMANN (Fn. 15), S. 260 f.; zur zunächst schwankenden, jetzt aber in sich gefestigten Rechtsprechung des EGMR vgl. auch BSK StPO-TAG, Art. 11 N 4 f.; SK StPO-WOHLERS, Art. 11 N 14; WOLFGANG WOHLERS, Ne bis in idem: vom harten Grundsatz zum Platzhalter für Verhältnismässigkeit?, in: Hochmayr/Hinterhofer (Hrsg.), Festschrift für Kurt Schmoller, Wien 2024, S. 615 f.

108 Zur Rechtsprechung des EuGH vgl. Urteil des EuGH C-436/04 vom 9. März 2006 (Verfahren gegen Leopold Henri Van Esbroeck), Ziff. 36 ff.; WOHLERS (Fn. 107), S. 616.

109 BGE 144 IV 136 E. 10.5 f.; BGE 144 IV 362 E. 1.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_133/2018 vom 27. Juli 2018 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_430/2020 vom 26. August 2020 E. 1.1; vgl. auch WOHLERS (Fn. 107), S. 612.

110 Vgl. BGE 148 IV 124 E. 2.6.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_56/2020 vom 16. Juni 2020 E. 1.5.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_459/2020 vom 1. September 2020 E. 2.3 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_74/2020 vom 24. September 2020 E. 2.5.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_514/2020 vom 16. Dezember 2020 E. 1.4; kritisch hierzu WOLFGANG WOHLERS, Die Wahrung der Interessen des Geschädigten. Auswege aus dem Treibsand ex- und impliziter (Teil-)Einstellungs und Nichtanhandnahmeverfügungen (zugleich Besprechung von BGE 148 IV 124), ZSR 2023, S. 153 ff.; vgl. auch WOHLERS (Fn. 107), S. 612.

111 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_514/2020 vom 16. Dezember 2020 E. 1.4: Ein rechtskräftig gewordener Freispruch wegen Gefährdung des Lebens schliesst es aus, in einem zweiten Verfahren Tötlichkeiten zu ahnden, die im gleichen Lebensvorgang begangen worden sein sollen. Vgl. auch – zur Abgrenzung – Urteil des Bundesgerichts 6B_503/2015 vom 24. Mai 2016 E. 1: Eine Verurteilung wegen Geldwäscherei schliesst ein weiteres Verfahren wegen Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG (Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 [Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0])) nicht aus.

112 Vgl. BGE 107 IV 81.

Transporteur zusätzlich auch durch andere Verhaltensweisen deliktisch gehandelt hat, kann er für dieses Verhalten durchaus noch verfolgt und auch belangt werden. Es kann sogar ein zweites Verfahren wegen Banden- oder Gewerbmässigkeit in Betracht kommen, sofern die Qualifikation auch ohne Berücksichtigung der (gesperrten) Ersttat erfüllt ist. Auf der Ebene der Rechtsfolgen müsste aber eine Zusatzstrafe ausgesprochen (Art. 49 Abs. 2 StGB¹¹³) und berücksichtigt werden, dass die Ersttat in der banden- oder gewerbmässigen Begehung – wäre sie gemeinsam beurteilt worden – aufgegangen wäre.

6. Sonderfall: die «legendierte» Kontrolle als polizeiliche Massnahme

- 62 Die bisherigen Ausführungen sind von der Situation ausgegangen, dass Polizei und Staatsanwaltschaft zusammenwirken, was unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist und in der Regel – wie gesehen – eine «doppelte Anordnung» der Zwangsmassnahmen voraussetzt. Tatsächlich kann der Fall aber auch so liegen, dass die Polizei die legendierte Kontrolle eigenverantwortlich und ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft durchführt, was zur Folge hat, dass auch die Staatsanwaltschaft über den Hintergrund der Kontrolle im Dunkeln gelassen wird.
- 63 Hier stellt sich das Problem, dass die Polizei der Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens keine Informationen vorenthalten darf. In aller Regel dürfte das Verfahren gegen die Hintermänner im Stadium der Untersuchung sein, weshalb die Verfahrensleitung ohne Zweifel bei der Staatsanwaltschaft liegt und eigene Ermittlungen der Polizei, d.h. ausserhalb einer Delegation nach Art. 312 StPO, nur «bei einfachen Erhebungen zur Klärung des Sachverhalts» zulässig sind.¹¹⁴ Erhält die Polizei im Verfahren gegen die Hintermänner – etwa im Rahmen einer Telefon-

113 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

114 BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_70/2023 vom 31. Juli 2023 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_295/2024 vom 10. März 2025 E. 1.3.3.

überwachung – glaubhafte Hinweise auf den bevorstehenden Drogentransport, ist das bereits ein Umstand, der es erforderlich macht, die fallführende Staatsanwaltschaft zu informieren, die dann zu entscheiden hat, ob das Verfahren gegen die später legendiert kontrollierte Person separat oder gemeinsam mit den Hintermännern zu führen ist. Da dies eine verfahrensleitende Entscheidung im Zusammenhang mit einem laufenden Untersuchungsverfahren darstellt, bleibt kein Raum für eine eigenständige Entscheidungskompetenz der Polizei.

7. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden: Das durch legendierte 64 Kontrollen erzeugte hybride Verfahren aus Polizei- und Strafprozessrecht wirft vielfältige Probleme auf, die bisher von einer konsentierten Lösung weit entfernt sind. Eine erste Weichenstellung ist bei der Frage zu treffen, welches Recht für die «legendierte Kontrolle» Anwendung findet. Hier haben die Ausführungen aus unserer Sicht gezeigt, dass ein Nebeneinander von Polizeirecht und Strafprozessrecht denkbar ist, sofern die legendierte Kontrolle auch tatsächlich zur Prävention und zur Repression eingesetzt wird. Ist dies der Fall, muss die Kontrolle letztlich sowohl den Massstäben des Polizeirechts als auch des Strafprozessrechts gerecht werden. Auf der Ebene der Beweisverwertung führt das Nebeneinander der Regelungsregimes zu Schwierigkeiten, deren Lösung davon abhängig ist, ob die Massnahme als polizeirechtlich oder strafprozessual eingestuft wird. Aus der Vermengung von Polizeirecht und Strafprozessrecht ergeben sich zudem weitere Probleme im Zusammenhang mit den Dokumentationspflichten und vor allem in Hinblick auf das rechtliche Gehör (insb. in einem Haftverfahren), während sich die Auswirkungen im Bereich des Grundsatzes ne bis in idem wohl eher in engen Grenzen halten werden. Legendierte Kontrollen sind nach alledem mit nicht unerheblichen Rechtsrisiken verbunden, die dem erhofften Nutzen gegenüberzustellen sind. Insbesondere in Haftfällen dürfte es kaum möglich sein, eine legendierte Kontrolle rechtskonform auszugestalten.

Abstract

L'article analyse les enjeux juridiques des interventions policières ciblées, déguisées en contrôles préventifs prétendument fortuits, destinées à ne pas compromettre des enquêtes pénales structurelles en cours («legendierter Kontrollen »). Il examine les bases légales susceptibles de fonder de telles mesures ainsi que les conditions dans lesquelles les éléments de preuve ainsi recueillis peuvent être exploités dans la procédure pénale. Les auteurs démontrent que ces types de contrôle ne sauraient être rattachés de manière générale ni au droit de police ni au droit de la procédure pénale, mais doivent être qualifiés à l'aune de leur finalité effective. Lorsqu'une mesure est formellement présentée comme préventive, alors qu'elle revêt matériellement un caractère répressif, elle est soumise aux exigences du Code de procédure pénale, notamment en matière de compétence, d'ordonnance et de documentation des mesures de contrainte, ce qui peut entraîner des risques substantiels d'inexploitabilité des preuves. L'article met enfin en évidence les tensions pratiques liées aux obligations de tenue du dossier, aux droits d'accès au dossier, aux procédures de détention provisoire, ainsi qu'au principe de célérité, et conclut que de tels contrôles comportent des risques juridiques élevés.