

Musterklausur Strafprozessrecht

Verdeckte Maßnahmen: Observationen zu Fuß und mittels Drohnen



Prof. Karoline H. Starkgraff,
Professur für Strafrecht, Akademie der Polizei Hamburg

1. Einführung

Vorgestellt werden zwei strafprozessuale Prüfungen zum Themenkreis der sog. Verdeckten Maßnahmen. Es handelte sich um Teilklausuren in einem interdisziplinären Modul des Hauptstudiums (5. Semester) an der

Akademie der Polizei Hamburg. Die Prüfungen wurden 2018 als Haupt- bzw. Nachklausur gestellt. Das Strafprozessrecht bildete zusammen mit einer gleichgewichtigen Teilprüfung im Fach Kriminalistik die Modulprüfung.¹

Für jeden der beiden Sachverhalte beträgt die Bearbeitungszeit 90 Minuten. Der beste Lernerfolg dürfte sich mit folgender Bearbeitungsstrategie einstellen: Zähmen Sie Ihre Neugier und bearbeiten Sie zunächst nur Sachverhalt 1 unter Klausurbedingungen. Überprüfen Sie dann Ihre Lösung anhand der Lösungshinweise, klären Sie Unsicherheiten und lesen Sie ggf. nochmal zum Thema nach. Sachverhalt 2 ermöglicht danach die Kontrolle, ob der verstandene Stoff auch auf einen anderen Sachverhalt richtig angewandt wird. Die Angabe der maximal erreichbaren Leistungspunkte soll den Kandidaten die Schwerpunktsetzung erleichtern. Maximal waren insgesamt 50 Leistungspunkte je Klausur zu erreichen. Viel Erfolg!

2. Überblick über die strafprozessuale Fragestellung

Stoff der Klausuren waren schwerpunktmäßig Observationsmaßnahmen. Wegen der geringen Bearbeitungszeit wurde statt einer vollständigen eingriffsrechtlichen Maßnahmenprüfung die Form der Einzelfragen zur Beantwortung gewählt. Sie sollten sich vor Bearbeitung der Musterklausuren vorbereiten auf

- grundrechtliche Bezüge verdeckter Maßnahmen,
- den Unterschied zwischen einer kurzfristigen und einer längerfristigen Observation,
- die Ermächtigungsgrundlagen für diese Observations,
- die Ermächtigungsgrundlagen bei Einsatz von Observationstechnik und dem verdeckten Anfertigen von Lichtbildern,
- die Adressatenregelung bei verdeckten Maßnahmen (Beschuldigte, Nichtbeschuldigte; vermeidbar und unvermeidbar mitbetroffene Dritte),
- die ermächtigungsbezogenen Form- und Verfahrensvorschriften aus § 101 StPO und
- allgemeine Fragen zum Verhältnis verdeckter Ermittlungsmaßnahmen zueinander.

3. Klausur 1 – Observationseinsatz zu Fuß

Sachverhalt zur Klausur 1

In Hamburg ist die Zahl der Straftaten durch „falsche Polizeibeamte“ sprunghaft gestiegen. Das LKA Hamburg geht bei vielen Taten von einer banden- und gewerbsmäßigen Begehungsweise aus.

Am 1. März 2018, um 14.05 Uhr, meldet sich Frau Inge Ottenpfehl (O.), 94 Jahre, alleinlebend, bei der örtlich zuständigen Hamburger Polizeivierwache und schildert den Besuch eines angeblichen Polizeibeamten, der sie um Bargeld gebeten habe, welches zur Schadensminimierung im Falle eines Einbruchs besser bei der Polizei verwahrt sei. Der „Polizeibeamte“ habe sie gegen 13.00 Uhr aus dem Mittagsschlaf geschreckt und die Angelegenheit als sehr dringend beschrieben. Frau O. hat insgesamt knapp 8.000 € in bar übergeben. Der „Polizeibeamte“

habe sich ihre Telefonnummer geben lassen, um sich wegen der Rückgabe des Geldes in Verbindung setzen zu können. Jetzt, eine Stunde später, kämen ihr Bedenken: wenn die Einbruchgefahr ernsthaft bestehe, wolle sie nicht allein in ihrem Einzelhaus bleiben. Vielleicht sei das Geld auch besser bei der Bank aufgehoben.

In der Strafanzeige, die die (echten) Polizeibeamten aufnehmen, beschreibt O. den Täter wie folgt:

- männlich, ca. 30 Jahre, gepflegte Erscheinung, schlank, kurze dunkle Haare,
- deutsche bzw. westeuropäische Erscheinung, „normale“ Größe,
- bekleidet mit sauberer Tuchhose, Hemd und Jackett, darüber einen wattierten, schwarzen Anorak,
- eine Tasche, die sie in keiner Weise beschreiben kann. Das Bargeld hatte der Täter in eine Innentasche seiner Kleidung gesteckt,
- ein Fahrzeug hat sie nicht gesehen.

KK Müller (M) ordnet an, dass zwei Fahrzeuge mit je zwei Beamten/-innen in zivil zu besetzen sind und in der Umgebung in Straßen mit älterer Einfamilienhausbebauung gezielt Zivilstreife gefahren wird. Dies geschieht in der Zeit von 15.00 Uhr bis 18.30 Uhr. Den Beamten einer Zivilstreife fällt um 17.30 Uhr ein Mann auf, der wenige Häuser weiter an einer Haustür klingelt und wartet. Sie beobachten, dass der Mann keinen Einlass erhält und sich nach zweimaligem Klingeln zu Fuß entfernt.

Der Mann ist

- ca. 40 Jahre alt, ca. 170 groß, schlank,
- in Jeans, Hemd und Jackett und schwarzem Anorak gekleidet.
- Die Haare sind durch eine Wollmütze verdeckt.
- Der Mann führt eine größere, dunkle Umhängetasche mit sich.

Zivilfahnder Z fertigt unbemerkt ein Lichtbild von der Person. Zivilfahnder Z verfolgt den Mann ca. 10 Minuten lang. Dieser betritt am nächsten S-Bahnhof einen größeren Ärzte-Komplex und verschwindet im Fahrstuhl, ohne dass Z folgen kann. Z wartet deshalb vor dem Ärztehaus auf seine Rückkehr. Um 18.30 Uhr bricht Z die Beobachtung ergebnislos ab.

Am 2. März meldet sich um 10.00 Uhr vormittags eine unbekannt männliche Person telefonisch bei Frau O. und bezieht sich auf den Besuch des „Polizeibeamten“ vom Vortag. Die Einbruchgefahr habe sich noch verstärkt, es sei besser, wenn auch Schmuckstücke aus dem Haus in Sicherheit gebracht werden würden. Dazu würde O. im Laufe des Tages von zwei Kollegen aufgesucht werden. O. lässt sich nichts anmerken, sondern verspricht, ihren Schmuck bereitzulegen. Unmittelbar nach dem Anruf informiert sie ihr Polizeivier.

KOK K vom Kriminaldauerdienst ordnet nunmehr an, dass insgesamt sieben Zivilfahnder motorisiert und zu Fuß vor dem Haus der O. und in den angrenzenden Seitenstraßen Position beziehen und auf den oder die Täter warten. KOK K geht davon aus, dass die Täter ihrer Ankündigung gemäß am Nachmittag bei Frau O. erscheinen. Der Einsatz beginnt um 10.30 Uhr und bleibt zunächst ohne Feststellungen; um 17.30 Uhr organisiert KOK K eine Ablösung, die bis zum Einbruch der Dunkelheit, ca.

19.30 Uhr, den Einsatz übernehmen soll. Sollte der Einsatz an diesem Tag ergebnislos bleiben, sollen die Beamten bis einschließlich 6. März den Einsatz täglich von 10.00–19.00 Uhr fortführen. So geschieht es.

Folgende Feststellungen werden protokolliert: Am 3. März, gegen 11.00 Uhr, klingelt eine ältere Dame (D), die aus dem Nachbarhaus ohne Jacke herüberkommt, am Haus der O. und erhält Einlass. Sie bleibt gut 30 Minuten. Die Beamten kontrollieren sie nicht.

Ebenfalls am 3. März, gegen 15.00 Uhr, bemerken Einsatzkräfte einen Fahrradfahrer, in welchem sie die Person erkennen, die am ersten Einsatztag fotografiert worden war. Sie verfolgen diesen Mann bis zu dem Haus, an welchem er bereits vergeblich geklingelt hatte. Er klingelt, und es öffnet eine Frau Mitte 60. Diese Begegnung wird fotografiert (beide Personen). Nach ca. 20 Minuten verlässt die Zielperson allein das Haus und wird kontrolliert. Es handelt sich um V, einen Vertreter für Naturheilmittel, der die Heilpraktikerin H in ihren privaten Praxisräumen mehrfach ohne Terminvereinbarung aufgesucht hat. Nach seinen Angaben hatte H ihm soeben die Tür geöffnet.

Am 6. März, 19.00 Uhr, endet der Einsatz ergebnislos. Für die Fotoaufnahmen verwendeten die Zivilfahnder einen handelsüblichen Fotoapparat.

Aufgaben zur Klausur 1:

1. Prüfen Sie die grundrechtliche Relevanz der angeordneten Zivileinsätze (5 Leistungspunkte).
2. Erläutern und begründen Sie, ob und ggf. konkret ab wann es sich bei dem Einsatz um eine längerfristige Observation gemäß § 163f StPO handelt (10 Leistungspunkte).
3. Prüfen Sie gutachterlich, ob die längerfristige Observation materiell rechtmäßig war. Lassen Sie bei dieser Aufgabe die Fotoaufnahmen außer Betracht (25 Leistungspunkte).
4. Sollten Sie sich bei Aufgabe 2 insgesamt gegen eine längerfristige Observation entschieden haben, prüfen Sie bitte dennoch eine längerfristige Observation in einem Hilfsgutachten.
5. Nennen Sie in Bezug auf die Fotoaufnahmen nur die Ermächtigungsgrundlagen, die zusätzlich einschlägig sind. Zitieren Sie dabei ausführlich hinsichtlich der Art der Maßnahme und des jeweiligen Adressaten. Eine gutachterliche Prüfung ist nicht gefragt (5 Leistungspunkte).
6. Müssen D und H über den Einsatz informiert werden? Nennen und prüfen Sie die entsprechende Vorschrift; zitieren Sie dabei ausführlich (5 Leistungspunkte).

4. Lösungsvorschlag zu Klausur 1

Klausur 1 – Aufgabe 1:

Prüfen Sie die grundrechtliche Relevanz der angeordneten Zivileinsätze (5 Leistungspunkte).

Es könnte ein Eingriff in das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (RIS), welches sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG herleitet, vorliegen. Danach hat jeder das Recht, selbst über die Erhebung, Verwendung und Speicherung seiner personenbezogenen Daten zu entscheiden. Speziell für die Fotoaufnahmen ist das RIS (bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, dem es entspringt) in der Form des Rechts am eigenen Bild einschlägig. Gezielte Beobachtungen in einer Wohngegend führen zur Erhebung personenbezogener Daten. Das gilt selbst dann, wenn die gesuchte Person (hier männlicher UT) nicht angetroffen wird. Eindeutig ist die Grundrechtsrelevanz für V ab dem Zeitpunkt, an dem er als Zielperson verfolgt und fotografiert wird. Denn dann ist die Aussage „Diese Person war zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht an einem bestimmten Ort“ auch ein personenbezogenes Datum. Ein Grundrechtseingriff in das RIS mehrerer Personen ist beabsichtigt und im Verlauf des Geschehens auch gegeben.

Klausur 1 – Aufgabe 2:

Erläutern und begründen Sie, ob und ggf. konkret ab wann es sich bei dem Einsatz um eine längerfristige Observation gemäß § 163f StPO handelt (10 Leistungspunkte).

Die längerfristige Observation gemäß § 163f StPO ist von der kurzfristigen Observation gemäß § 163 StPO abzugrenzen.

§ 163f Abs. 1 Satz 1 StPO enthält eine Legaldefinition der längerfristigen Observation: Eine Beobachtung, die 1. durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder 2. an mehr als zwei Tagen stattfinden soll. *(Die Wiederholung des Gesetzestextes wurde in der Klausur nicht erwartet. Wer ausreichend und präzise zitiert, hat alles erforderlichen Informationen gegeben. Nachschlagen muss der Korrektor ggf. selbst).*

Erwartet wurde die korrekte Subsumtion der Zeitspanne. Eine Maßnahme von mehr als 24 Stunden durchgehend lag unter keinem Gesichtspunkt vor und konnte mit einem Satz abgelehnt werden. In Frage kam jedoch § 163f Abs. 1 Nr. 2 StPO: eine Beobachtung an mehr als zwei Tagen. Von Donnerstag bis Dienstag würde die Beobachtung sechs Tage dauern. Wer schon jetzt nur auf die Anordnung von KOK K abstellte, kam auf fünf Tage.

Neben der Zeitspanne der Beobachtung kommt es darauf an, welcher Zeitraum aus Sicht des Anordnenden erforderlich ist („soll“). Danach ist der erste Einsatz ausdrücklich auf den Tag der ersten Feststellung und Strafanzeige, den 1. März, begrenzt. Hier liegt eine kurzfristige Observation vor.

Auch bei der Anordnung durch KOK K vom LKA könnte zunächst an eine kurzfristige Observation gedacht werden. Die UT kündigen ihren Besuch bei O. für denselben Tag, den 2. März, an. KOK K geht vormittags davon aus, dass die UT an diesem Tag erscheinen werden.

Bearbeiter können hier bereits auf die **Zäsur durch den neuerlichen Anruf der Täter** eingehen. Dadurch wird der 2. März zu Tag 1 einer neuen kurzfristigen Observation. Ohne neue Erkenntnisse hätte diese auch noch am 3. März gemäß § 163 Abs. 1 StPO durchgeführt werden können.

Am Nachmittag ändert sich die Sachlage. Die Täter sind nicht erschienen, könnten aber noch Kontakt zu O. aufnehmen. Der angeordnete Einsatz dauert jetzt noch weitere fünf Tage. Fraglich ist, **ab wann** bei dieser Erkenntnislage von einer längerfristigen Observation auszugehen ist.

Rückwirkend ab dem 1. März? Dafür spricht, dass der Grundrechtseingriff in demselben Verfahren insgesamt eine Woche andauerte. Dagegen spricht, dass der **Anruf der Täter am 2. März eine Zäsur** bewirkte. Nun werden andere, vor allem mehr als eine, Zielpersonen gesucht.

Ab 2. März vormittags? Dagegen spricht, dass die Täter ihr Erscheinen konkret am selben Tag angekündigt haben und der Einsatz am selben Tag beendet werden sollte.

Ab 2. März nachmittags? Dafür spricht, dass der Anordnende ab jetzt eine u. U. mehr als zweitägige Observation für notwendig erachtet. So sieht es auch das BVerfG.²

Ab 4. März? Der 2. und 3. März sind die „zwei Werktage“, die unterhalb der Schwelle der längerfristigen Observation liegen. Könnten diese Tage noch von der kurzfristigen Observation gedeckt sein, so dass sich der Fristbeginn auf den 4. März hinausschieben ließe? Wären nur diese zwei Werktage geplant gewesen, hätte durchgehend eine kurzfristige Observation vorgelegen. Gegen das Hinausschieben der Frist spricht der Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage („soll“), bekräftigt durch die Entscheidung des BVerfG, die auf den Zeitpunkt des „Erkennens des Bedarfs an einer längerfristigen Observation“ abstellt, also ab dem Zeitpunkt, an welchem die Maßnahme erkennbar länger dauern soll oder länger dauern könnte.

Fazit: Es erfolgt keine Rückwirkung auf den 1. März, aber auch kein Herausschieben auf den 4. März.

Nicht von der Aufgabenstellung umfasst, aber in der Praxis von Bedeutung sind die Auswirkungen der Festlegung auf die richtige Ermächtigungsgrundlage. Zum einen an-

dert sich die Anordnungsbefugnis für eine Observation. Die kurzfristige Observation wird auf die Generalklausel des § 163 Abs. 1 StPO gestützt und weist somit keinen Anordnungsvorbehalt auf. Die Anordnung der längerfristigen Observation ist gemäß § 163f Abs. 3 StPO dem Gericht vorbehalten, bei Gefahr im Verzug der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen. Zum anderen ist für die gerichtliche Überprüfung der Anordnungskompetenzen eine Dokumentation der Entscheidungsvorgänge während eines Einsatzes unerlässlich.

Klausur 1 – Aufgabe 3:

Prüfen Sie gutachterlich, ob die längerfristige Observation materiell rechtmäßig war. Lassen Sie bei dieser Aufgabe die Fotoaufnahmen außer Betracht (25 Leistungspunkte).

Sollten Sie sich bei Aufgabe 2 insgesamt gegen eine längerfristige Observation entschieden haben, prüfen Sie bitte dennoch eine längerfristige Observation in einem Hilfsgutachten.

Erforderlich ist ein **einfacher Anfangsverdacht** gemäß § 152 Abs. 2 StPO, der sich auf eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** beziehen muss. Ein Anfangsverdacht ist gegeben, wenn Tatsachen die Annahme begründen, dass eine verfolgbare Straftat möglich erscheint. Dem Sachverhalt zu entnehmende Tatsachen sind die glaubhafte Aussage der O. und der polizeilich bekannte *modus operandi*. Weitere gleichartige Taten im Stadtteil sind ebenso zu erwarten wie die Rückkehr der Täter zu O., um den Schmuck abzuholen.

Fraglich ist, ob darin der Verdacht einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** liegt. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist eine Straftat, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit in der Bevölkerung zu beeinträchtigen.

Hier liegt der Anfangsverdacht (s. oben) eines Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB vor. *Eine vollständige strafrechtliche Prüfung des Betrugs wurde nicht erwartet. Eine skizzierte Betrugsprüfung (Täuschung der O. – kausaler Irrtum bei O. – kausale Vermögensverfügung und Vermögensschaden – Vorsatz und Absicht der stoffgleichen Bereicherungsabsicht) wurde positiv vermerkt.* Es darf aufgrund kriminalistischer Erfahrungen zum *modus operandi* angenommen werden, dass ein Betrug in einem besonders schweren Fall gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB durch die Verwirklichung des Regelbeispiels „gewerbsmäßig“ vorliegt. Eine bandenmäßige Begehung liegt zwar ebenfalls nahe, weil Hintermänner zu vermuten sind, bedarf aber bei einem Anrufer und zwei angekündigten Abholern weiterer Ermittlungen. Insofern dürfte auch die Qualifikation gemäß § 263 Abs. 5 StGB (gewerbs- und bandenmäßige Begehung/Verbrechenstatbestand) nicht ohne weitere Ermittlungen in die Prüfung einzubeziehen sein. *Eine andere Ansicht war bei guter Begründung vertretbar.*

Nicht einschlägig ist das Regelbeispiel aus § 263 Abs. 3 Nr. 2 eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes, denn dieser wird (in den Einzelheiten umstritten) bei ca. 50.000 € angesetzt.³ Mit der Strafandrohung für das Regelbeispiel des besonders schweren Falls sechs Monaten bis zehn Jahren Freiheitsstrafe ist die Tat der mittleren Kriminalität zuzurechnen. Auch die teilweise vertretene „Mindesthöchststrafe“ von mind. fünf Jahren wäre hier erreicht.

Der Rechtsfrieden wird erheblich gestört, weil die typischen Opfer, ältere, oft allein lebende Menschen besonders schutzbedürftige Mitglieder der Gesellschaft sind. Abschließend ist auch eine erhebliche Rechtsunsicherheit in der Bevölkerung zu erwarten, sobald über die Tat in der Nachbarschaft und der Presse berichtet werden wird. Der Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung liegt vor.

Adressat der Observation sind die Beschuldigten, die männlichen unbekanntem Täter (UT). Der Adressat einer verdeckten Maßnahme muss nicht namentlich bekannt sein. Die Maßnah-

me richtet sich auch dann gegen einen Beschuldigten, wenn dieser durch die Maßnahme erst ermittelt werden soll.⁴

Ab 1. März, 18.00 Uhr, ist auch **V Zielperson** der Maßnahme. Fraglich ist, ob V (bereits) Beschuldigter ist. (*Definition:*) Ein Beschuldigter im Strafverfahren ist jede Person, gegen die aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, also aufgrund mindestens eines Anfangsverdachts, ermittelt wird.

In der Subsumtion muss ein Abgleich der Personenbeschreibung des Täters durch O. mit der Beschreibung durch die Zivilfahnder erfolgen. Der Vergleich ergibt nur minimale Abweichungen bei Kleidung und Alter. Verdachtsbegründend sind außerdem die Tatortnähe und das vergebliche Klingeln an einem Einzelhaus im Stadtteil. Gegen einen Verdacht spricht, dass die Personenbeschreibung sehr allgemein gehalten ist. Sie könnte „fast jeden“ betreffen. Falsch wäre, auf den Kenntnisstand nach Kontrolle (legitimer Vertreter) abzustellen. Für die materielle Rechtmäßigkeit ist die **ex-ante-Beurteilung** maßgeblich. Der Sachverhalt war an diesem Punkt bewusst ergebnisoffen angelegt. Sofern der Beschuldigtenstatus des V von Kandidaten abgelehnt wurde, war die gezielte Beobachtung des V materiell rechtswidrig. Die Prüfung im Übrigen muss fortgesetzt werden.

Kontaktpersonen sind nicht ersichtlich. Opfer sind mangels „enger persönlicher Verbindung zum Täter“⁵ keine Kontaktpersonen. Einzelheiten dazu sind umstritten, bei guter Begründung war eine abweichende Ansicht vertretbar. Eine Einwilligung der O. konnte ebenfalls erwogen werden. Erforderlich wäre jedoch eine ausdrückliche Einwilligung gewesen, die dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist.⁶

Zu prüfen waren daher sowohl die Geschädigte O. als auch Nachbarin D und Heilpraktikerin H unter dem Gesichtspunkt der „**Dritten**“ als **Adressaten**. Gemäß § 163f Abs. 2 StPO dürfen personenbezogene Daten Dritter dann erhoben werden, wenn diese Dritten unvermeidbar von der Maßnahme betroffen werden. **Unvermeidbar mitbetroffen** ist eine Person, wenn die eigentliche Observation nicht stattfinden kann, falls auf die Datenerhebung bei den Dritten verzichtet wird. Für O. ergibt sich die Unvermeidbarkeit bereits durch ihren Geschädigtenstatus und der Tatsache, dass die Täter erneut ihr Wohnhaus aufsuchen wollen. Auch bei der Nachbarin D und der Heilpraktikerin H ist die Beobachtung unvermeidbar, weil im Falle D das Haus der O. Beobachtungsobjekt ist und bei H die Zielperson V das Beobachtungsobjekt.

Verhältnismäßigkeit. § 163f StPO verweist auf die **Subsidiaritätsklausel** „erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert“, welche in Teilen die „klassische“ Verhältnismäßigkeitsprüfung präzisiert. Die Suche nach einer gleichgeeigneten, aber weniger einschneidenden Maßnahme ergibt: Die Observation ist geeignet, Betrugstäter zu identifizieren, Folgemaßnahmen (z. B. ED-Behandlung, vorl. Festnahme) zu treffen und gegen die Beschuldigten das Strafverfahren zu führen. Erforderlich ist die Maßnahme, wenn es keine gleich gut geeignete, mildere Maßnahme gibt. Eine mildere Maßnahme wäre das Abwarten, bis O. das Eintreffen der Täter meldet. Dies birgt aber erhebliche Risiken, dass ein Zugriff nicht gelingen könnte, und ist somit weniger gut geeignet, den Strafverfolgungsanspruch des Staates zu sichern. In der Angemessenheit sind die Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abzuwägen gegen das Interesse des Staates an der Aufklärung des Betrugs. Die Eingriffe in der RIS erfolgen zwar auch gegen Dritte (was den Eingriff erschwert), aber allesamt in einer öffentlichen Situation und teilweise sehr kurzfristig. Die Betrugsstraftat dürfte hingegen als besonders schwerer Fall einzustufen sein. Die Observation ist auch unter Anwendung der einschränkenden Subsidiaritätsklausel verhältnismäßig.

Ergebnis: Die längerfristige Observation der Gegend hinsichtlich UT, des V, der D und der H war materiell rechtmäßig.

Klausur 1 – Aufgabe 5:

Nennen Sie in Bezug auf die Fotoaufnahmen nur die Ermächtigungsgrundlagen, die zusätzlich einschlägig sind. Zitieren Sie dabei ausführlich hinsichtlich der Art der Maßnahme und des jeweiligen Adressaten. Eine gutachterliche Prüfung ist nicht gefragt (5 Leistungspunkte).

Lichtbilder (auch) ohne Wissen des Betroffenen dürfen unter den Voraussetzungen des § 100h StPO gefertigt werden. Fraglich ist, ob Nr. 1 oder Nr. 2 einschlägig ist. Entscheidend ist, wie der von den Observationskräften benutzte „handelsübliche Fotoapparat“ einzuordnen ist. Ein solcher ist **kein besonderes, für Observationszwecke bestimmtes technisches Mittel**, weshalb § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO als Ermächtigungsgrundlage ausreicht. Für V als Beschuldigten ergibt sich die Adressatenregelung aus § 100h Abs. 2 Satz 1 StPO. Heilpraktikerin H ist als Nichtbeschuldigte eine „andere Person“ gemäß Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, wodurch eine erhöhter Subsidiaritätsprüfung („erheblich weniger erfolgsversprechend oder wesentlich erschwert“) vorzunehmen ist.

Klausur 1 – Aufgabe 6:

Müssen D und H über den Einsatz informiert werden? Nennen und prüfen Sie die entsprechende Vorschrift; zitieren Sie dabei ausführlich (5 Leistungspunkte).

Für Maßnahmen nach §§ 100h und 163f StPO gelten die Verfahrensvorschriften gemäß § 101 StPO.

Benachrichtigung der älteren Dame D.

Für § 163f StPO ist die Benachrichtigung in § 101 Abs. 4 Nr. 12 StPO (Nr. 11 StPO a.F.) geregelt. D ist keine Zielperson, sondern mitbetroffene Dritte. Eine Benachrichtigung ist nur erforderlich, wenn die Person **erheblich** mitbetroffen ist. Erheblichkeit liegt vor, wenn der Eingriff in das RIS nicht nur geringfügig ist. Kriterien sind u.a. die Dauer und die Art der erhobenen Daten (Öffentlichkeitsbezug, sensible Daten?). Eine Erheblichkeit kann für D verneint werden aufgrund der sehr kurze Beobachtungszeit. D muss nicht über die Observationsmaßnahme benachrichtigt werden.

Benachrichtigung der Heilpraktikerin H

H ist keine Zielperson, aber sie wurde sowohl in der Maßnahme nach § 163f StPO erfasst als auch fotografiert. Die Benachrichtigung für § 100h StPO ist geregelt in § 101 Abs. 4 Nr. 7 [Nr. 6 a.F.] StPO. In beiden Fällen gilt, dass nur erheblich mitbetroffene Personen benachrichtigt werden müssen.

Für H spricht gegen eine Erheblichkeit, dass nur Sekundenkontakt beobachtet wurde. Für eine Erheblichkeit spricht, dass jetzt das Foto der H ist in der Ermittlungsakte (obwohl nicht verfahrensrelevanter Kontakt zu einer jetzt nicht mehr verdächtigen Zielperson); andererseits muss man damit rechnen, beim Öffnen der Haustür gesehen zu werden; erst recht bei Öffnen aufgrund von Klingeln (keine Überraschungsmomente). Ergebnis offen, von der Tendenz her ist eher keine Benachrichtigungspflicht anzunehmen. Hinzu kommt, dass die tatsächliche Identität von H noch ermittelt werden müsste. Gemäß § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO unterliegen Nachforschungen (Meldeamt-Abfrage, Nachforschungen an Wohnanschrift) einer weiteren Abwägung. Im Ergebnis muss auch H daher nicht nachträglich unterrichtet werden.

5. Klausur 2 – Mit Drohnen gegen Cannabis-Plantagen**Sachverhalt zur Klausur 2**

Die für die Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität zuständigen Dienststellen der Polizei Hamburg wollen illegale Cannabisplantagen im privaten Raum durch konsequente Strafverfolgung eindämmen. Zu diesem Zweck wird eine Ermittlungsgruppe „Hanf“ (EG Hanf) gegründet.

Nach Auswertung polizeilicher Informationen und in Zusammenarbeit mit Versorgungsunternehmen für Strom und Wasser gelingt es, insgesamt 120 Objekte (u.a. Betriebe, Wohnungen, Schuppen in Hinterhöfen) im gesamten Hamburger Stadtgebiet aufzulisten. Diese sind u.a. wegen ihres hohen Strom- und Wasserbedarfs verdächtig. Aus offen verfügbaren Daten (Gewerberegister, Katasteramt, Meldeamt etc.) konnte der Verdacht nicht entkräftet werden. **Gehen Sie von der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen aus!**

Zur weiteren Eingrenzung der Verdachtsfälle und zur Ermittlung bisher unbekannter Beschuldigter erwägt die Leitung der EG Hanf den Einsatz eines Multicopters, einer sog. Flugdrohne.

Eingesetzt werden soll ein Multicopter mit einer Spannweite einem Meter, der mit einer Kamera ausgerüstet ist. Gesteuert wird das GPS-unterstützte Gerät über einen am Boden stationierten PC, an welchem ein Kriminalbeamter die von der Drohne übertragenen Bilder in Echtzeit sieht. Er lenkt die Drohne mittels Joy-Stick vom PC aus. Eine Speicherung der (Video) bilder ist technisch möglich, aber in dieser ersten Einsatzphase nicht vorgesehen. Die Flughöhe der Drohne ist so hoch, dass sie vom Boden aus kaum bemerkt und nicht gehört wird. Die Drohne verfügt über eine maximale Flugzeit von 60 Minuten. Pro Objekt rechnet der Einsatzleiter mit 20–30 Minuten Überflug. Nach dem Anflug von max. zwei Objekten muss die Drohne also aufgeladen und gewartet werden. Dies dauert jeweils 24 Stunden. Die EG Hanf rechnet damit, innerhalb von drei Monaten alle Objekte überfliegen zu haben.

Aufgabe 1 (max. 25 LP)

Prüfen Sie ausführlich, welche Ermächtigungsgrundlagen für den beschriebenen Drohneneinsatz in Betracht zu ziehen sind. Begründen Sie Ihre Ansicht. Gehen Sie in diesem Zusammenhang auch auf grundrechtliche Aspekte ein. Art. 13 GG und die Thematik „innerhalb oder außerhalb von Wohnungen“ sind nicht zu erörtern.

Aufgabe 2 (max. 10 LP)

- Definieren Sie die Begriffe „Anfangsverdacht“ und „qualifizierter Anfangsverdacht“ und grenzen Sie diese voneinander ab.
- Nennen Sie **je eine verdeckte** Eingriffsmaßnahme, die bei einem Anfangsverdacht bzw. bei einem qualifizierten Anfangsverdacht zulässig ist.

Aufgabe 3 – Fortsetzung des Sachverhalts (max. 5 LP)

P ist freiberuflicher Porzellanmaler in Hamburg-Bergedorf. Er betreibt in seinem Malstudio auch eine sog. Porzellanklinik für gelegentliche Reparaturen in Kundenauftrag. Dafür unterhält er einen kleinen Brennofen. Aufgrund eines größeren Auftrags aus einem Versicherungsschaden war der Brennofen im 4. Quartal 2017 fast ständig in Betrieb. P und sein Porzellanmalstudio gerieten auf die Liste der abzuklärenden Objekte. Das Studio des P wurde deshalb von der Drohne überfliegen. Die Bilder wurden live übertragen, aber nicht gespeichert. Die Auswertung war ergebnislos. P wurde von der Liste verdächtiger Objekte gestrichen, weil sein Stromverbrauch im 1. Quartal 2018 wieder sehr gering war.

Muss P über den Einsatz der Drohne informiert werden? Begründen Sie Ihre Ansicht, zitieren Sie die einschlägigen Normen dabei ausführlich. Bearbeiten Sie diese Aufgabe ggf. hilfsgrütachtlich. **Auch in dieser Aufgabe sollen der Aspekt der Wohnungetbetreffenheit und Art. 13 GG außer Betracht bleiben.**

Aufgabe 4 – Fortsetzung des Sachverhalts (max. 10 LP)

Die EG Hanf ermittelt inzwischen gegen einen Beschuldigten und oberserviert ihn längerfristig mehrere Stunden täglich zu unregelmäßigen Zeiten. Der Einsatzleiter erwägt, diese Observation auf durchgehend 24 Stunden an sieben Tage in der Woche auszudehnen und GPS-Peilsender an allen auf den Be-

schuldigten zugelassenen Kraftfahrzeugen anzubringen. Gegen Sie davon aus, dass jede Einzelmaßnahme für sich materiell rechtmäßig wäre. Welche Auswirkung hat diese Häufung verdeckter Maßnahmen

- in grundrechtlicher Hinsicht?
- An welcher Stelle im Prüfungsschema ist die Häufung verdeckter Maßnahmen anzusprechen?

6. Lösungsvorschlag zu Klausur 2

Klausur 2 – Aufgabe 1:

Ermächtigungsgrundlagen für den Drohneinsatz

Es ist ein repressiver Einsatz geplant, denn der Drohnenüberflug dient der Strafverfolgung gegen illegale Cannabisplantagen. Diese sind strafbar gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG (Anbau und Herstellung), bei nicht geringen Mengen in einer Plantage kommt auch § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Betracht. *Die ausführliche Normnennung wurde positiv bewertet; ein Hinweis allgemeine auf die §§ 29ff BtMG wurde mindestens erwartet.*

Definition Observation: Eine Observation ist eine planmäßig angelegte Beobachtung einer Zielperson.⁷ Der Begriff gilt gleichermaßen für Maßnahmen nach § 163 Abs. 1 und § 163f Abs. 1 StPO.

Fraglich ist, ob eine dieser Ermächtigungsgrundlagen erforderlich ist. Das wäre der Fall, wenn durch die Maßnahme personenbezogene Daten erhoben, genutzt oder gespeichert werden würden. Dies bestimmt sich nach dem **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG. Danach hat jeder Bürger das Recht, über die Erhebung, Verwendung und Speicherung seiner personenbezogenen Daten selbst zu entscheiden (Definition). Fraglich ist, ob durch den Einsatz der Drohne personenbezogene Daten betroffen sind. Personenbezug entsteht dadurch, dass eine Wohnung, ein Betrieb, ein Hinterhofgelände einen Eigentümer hat. Dieser ist den Ermittlern durch ihre Nachfragen beim Katasteramt, Gewerbe- und Meldeamt bekannt. Sofern bis jetzt kein ausdrücklicher Personenbezug, z. B. zu Mietern, besteht, kann dieser leicht durch Einholung von Zusatzinformationen hergestellt werden. Insofern liegen sowohl bestimmte als auch bestimmbar personenbezogene Daten vor.

Eingriff durch **durchlaufende Bilder?** Fraglich ist, ob bereits die durchlaufenden, nicht gespeicherten Bilder, zu einem Grundrechtseingriff führen. Das ist zu bejahen: der Beamte, der die Drohne steuert, nimmt personenbezogene Daten wahr. Er erhebt auch gezielt Daten dadurch, dass er die Drohne an ihren konkreten Zielort steuert.

Steht einem Eingriff möglicherweise entgegen, dass **keine Aufzeichnung** erfolgt? Die Tatsache, dass die Kamera der Drohne Bilder/Videos aufzeichnen kann, vertieft den Eingriff in das RIS/Recht am eigenen Bild. Der Bürger kann nämlich nicht ausschließen, dass eine Aufzeichnung erfolgt und stellt anhand der abstrakten Gefahr oder Vorstellung, gefilmt zu werden, sein Verhalten möglicherweise um.

Besteht diese Gefahr auch, obwohl der Einsatz der Drohne laut Sachverhalt **vom Boden aus unbemerkt** bleibt? Es wäre falsch anzunehmen, dass eine nicht wahrgenommene Datenerhebung keinen Eingriff in das RIS verursachen würde. Im Gegenteil wird dadurch, dass der Einsatz unbemerkt erfolgt, dem Bürger keine Gelegenheit gegeben, sich auf die Datenerhebung einzustellen. Wenn diese aber grundsätzlich verdeckt möglich ist, liegt ein schwerwiegender Eingriff in das RIS vor, welcher einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.

Eine (repressive) Ermächtigungsgrundlage ist erforderlich.

Zu prüfen ist, ob eine **längerfristige oder kurzfristige Observation** vorliegt. Dazu ist eine ggf. Negativbestimmung über die Legaldefinition aus § 163f Abs. 1 StPO erforderlich. *Die Legaldefinition der längerfristigen Observation gemäß Gesetzestext muss nicht wiederholt, sondern nur subsumiert werden.* Eine Maßnahme von durchgehend 24 Stunden ist nicht geplant. Laut Sachverhalt liegt die tägliche Einsatzzeit der Drohne bei max. 60 Minuten.

Der Einsatz könnte jedoch an **mehr als zwei Tagen** geplant gewesen sein. Die Einsatzdauer kann aus den Angaben des Sachverhalts wie folgt hochgerechnet werden: bei Annahme von 20 Arbeitstagen im Monat und maximal zwei täglich überflogenen Objekten können maximal 40 Objekte im Monat aufgeklärt werden. Bei 120 Objekten nimmt die Abklärung aller Verdachtsfälle mindestens ein Quartal in Anspruch. Gegen die Annahme einer längerfristigen Observation spricht jedoch, dass es keine verdachtsbegründenden Tatsachen gibt, die alle 120 abzuklärenden Objekte einer Tätergruppierung zuordnen. Es handelt sich vielmehr um **jeweils isolierte Ermittlungsverfahren**, jeweils ein neues Ermittlungsverfahren pro überflogenen Objekt. An jedem Objekt dauert der Einsatz einmalig 20–30 Minuten, so dass eine kurzfristige Observation gemäß § 163 StPO anzunehmen ist. Nach hM ist sie über die Ermittlungsgeneralklausel nach § 163 Abs. 1 StPO zulässig.

Einsatz technischer Mittel aus § 100h StPO

Zusätzlich zu der Ermächtigungsgrundlage für die Observation muss auch der Einsatz technischer Mittel durch eine Ermächtigungsgrundlage gedeckt sein. In Betracht kommt hier § 100h StPO, da die Thematik des Eingriffs in das Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 GG erlassen worden war.⁸

Es liegt **kein Anfertigen von Lichtbildern** vor, da nur live-Bilder ohne Speicherung übertragen werden. § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO scheidet daher aus. Der Grundrechtseingriff durch das Erfassen und Betrachten der Bilder wird bereits von § 163 StPO erfasst. In dem Einsatz der Drohne könnte ein Einsatz „sonstiger technischer Mittel“ liegen. Spezielle Observationstechnik ist abzugrenzen zu allgemein gebräuchlichen Hilfsmitteln einer Beobachtung.

Nach einer Ansicht liegt „sonstige“ Observationstechnik nur vor, wenn sie sich nicht auf das Erstellen von Lichtbildern bezieht. Damit wäre die Kamera der Drohne nur von Nr. 1 erfasst, soweit sie dauerhaft aufzeichnet. Diese Ansicht wird jedoch dem Eingriff durch die Verwendung des Flugobjekts, der Drohne, nicht gerecht. Eine Observation erfolgt grundsätzlich „von Mensch zu Mensch“, also auf Augenhöhe. Eine staatliche Beobachtung aus der Luft ist nur mittels Technik realistisch. Die Drohne wird dadurch zu einer speziellen Observationstechnik, dass sie die Beobachtung in einer Art und Weise ermöglicht, die durch eine personengestützte Beobachtung nicht zu leisten gewesen wäre. Ergänzend zur Aufnahme- und Videofunktion der Drohnenkamera kann auf die GPS-gestützte Navigation verwiesen werden. Es würde auch der Tiefe des Grundrechtseingriffs nicht gerecht, die Drohne wegen der damit verbundenen Aufnahmefunktion nur unter § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO einzuordnen. Denn Nr. 1 enthält weniger Eingriffsvoraussetzungen als Nr. 2.⁹

Die Maßnahme ist **gegen Beschuldigte** möglich. Dabei sind noch keine Beschuldigten identifiziert. Das ist unschädlich, weil sich die Anordnung gemäß § 100h StPO auch auf noch unbekannte Beschuldigte beziehen kann.

Als Ermächtigungsgrundlage ist neben § 163 Abs. 1 StPO auch § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO für den Einsatz spezieller Observationstechnik heranzuziehen.

Klausur 2 – Aufgabe 2:

Anfangsverdacht und qualifizierter Anfangsverdacht

- Ein Anfangsverdacht gemäß § 152 Abs. 2 StPO liegt vor, wenn Tatsachen die Annahme begründen, dass eine verfolgbare Straftat möglich erscheint.

Ein qualifizierter Anfangsverdacht wird im Gesetz mit den Worten beschrieben: „Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht ...“. Er ist **nicht gesetzlich geregelt**. Dieser muss auf einer „gesicherten Tatsachenbasis“ im Sinne eines schlüssigen Tatsachenmaterials beruhen, das nach der Lebenserfahrung und unter Berücksichtigung kriminalistischer Erfahrungswerte den belastbaren Schluss zulässt, dass eine Tat (ggf. eine Katalogtat) vorliegt. Vermutungen

reichen nicht aus. Ein qualifizierter Anfangsverdacht ist mehr als ein einfacher Anfangsverdacht, muss jedoch nicht die Stärke eines dringenden Tatverdachts erreichen.

- b) Ein Anfangsverdacht reicht aus bei Maßnahmen nach § 163 Abs. 1 StPO oder § 163f Abs. 1 Satz 1 StPO. Ein qualifizierter Anfangsverdacht wird z.B. in § 163d Abs. 1 oder § 163f Abs. 1 Satz 3 StPO verlangt.

Klausur 2 – Aufgabe 3:

Forts. Porzellanmaler P unverdächtig – Informationspflicht?

Benachrichtigungspflichten sind § 101 StPO geregelt. P war hier Zielperson, denn das von ihm betriebene Porzellanmalstudio war Gegenstand der Überprüfung. Es liegt eine kurzfristige Observation gemäß § 163 Abs. 1 StPO vor (Verweis nach oben), so dass § 101 StPO in dieser Hinsicht nicht greift. § 163 StPO ist in § 101 Abs. 1 StPO nicht genannt.

Es liegt aber eine Datenerhebung gemäß § 100h StPO vor, welcher in § 101 Abs. 1 StPO genannt ist. Nicht relevant ist die Unterscheidung zwischen Nr. 1 und Nr. 2; § 101 StPO greift für den gesamten § 100h Abs. 1 StPO. Die Zielperson ist gemäß § 101 Abs. 4 Nr. 7 StPO zu benachrichtigen. *Falsch wäre, hier die Frage der Erheblichkeit der Betroffenheit aufzuwerfen. P ist Zielperson, nicht mitbetroffener Dritter.* Eine Zurückstellung der Benachrichtigung kann sich aus den weiteren Bestimmungen des Abs. 4 und Abs. 5 ergeben, das weitere Verfahren folgt dann aus Abs. 6.

- 1 Das Modulhandbuch der Akademie der Polizei Hamburg wurde zwischenzeitlich curricular verändert. Beibehalten wurden Unterschiede in der Ausbildung der Kommissaranwärter für den Dienstzweig Kriminalpolizei und die Dienstzweige Schutzpolizei/Wasserschutzpolizei. Das gegenwärtige Modul K14 „Besondere Kriminalitätsfelder“ für den Dienstzweig Kriminalpolizei entspricht weitgehend dem Modul, in welchem die vorgestellten Prüfungen abgelegt wurden.
- 2 Beschl. vom 2.7.2009, 2 BvR 1691/07, juris.
- 3 Vgl. dazu *Fischer*, StGB-Komm., 68. Aufl. 2021, § 263 Rn. 217.
- 4 Vgl. aktuell LG Tübingen, Beschl. vom 11.3.2020 – 9 Qs 28/20, BeckRS 2020, 14109.

Klausur 2 – Aufgabe 4:

Kumulation verdeckter Maßnahmen

- a) Es handelt sich um eine Anhäufung verdeckter Maßnahmen, eine sog. Kumulation. Kumulativ erhöht sich die Eingriffintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt. Eine Totalüberwachung „24-7“ und eine zusätzliche Überwachung aller Kraftfahrzeuge erhöht den Grundrechtseingriff erheblich.

Sofern kein privater Rückzugsraum verbleibt, wäre der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen, welcher aus der Menschenwürde abgeleitet wird. Dagegen spricht in diesem Fall konkret, dass bei Observation und Peilung nur Daten aus dem öffentlichen Raum außerhalb von Wohnungen erhoben werden. Auch werden z.B. Gespräche weder mittels Abhörmaßnahmen außerhalb der Wohnung noch mittels TKÜ erfasst. Dennoch ist der Grundrechtseingriff im Vergleich zur Einzelmaßnahme kumulativ erhöht.

- b) Der Grundrechtseingriff einer polizeilichen Maßnahme wird in seiner Art und Tiefe im Prüfungspunkt „Verhältnismäßigkeit“ berücksichtigt. Bei sog. „verdeckten“ Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt, teilweise auch ersetzt, durch die jeweilige sog. Subsidiaritätsklausel. Laut Aufgabenstellung sind die angedachten Einzelmaßnahmen jede für sich rechtmäßig, also für sich allein betrachtet, auch verhältnismäßig. Angesichts einer Kumulation verdeckter Maßnahmen ist es daher notwendig, dass Gesamtpaket aller Maßnahmen **einer weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung** zu unterziehen.

- 5 *Köhler* in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 63. Aufl. 2020, § 163f Rn. 4.
- 6 Eine mutmaßliche oder sogar hypothetische Einwilligung scheidet aus, weil die Geschädigte O. einwilligungsfähig war und hätte gefragt werden können. Ein Kandidat unterstellte die Einholung einer Einwilligung durch die die Anzeige aufnehmenden Schutzpolizeibeamten. Dies wurde das positiv bewertet.
- 7 *Soiné* in *Soiné* Strafprozessordnung, 132. Update, § 163f, Rn. 4.
- 8 Vgl. *Singelstein*, NStZ 2014, 305 (309).
- 9 Zur gesamten Problematik, auch zur Einordnung von Drohnen, *Singelstein*, NStZ 2014, 305ff.