

Schriften zum Strafrecht

Band 417

**Die Zulässigkeit
der Legendierten Kontrolle
unter besonderer Berücksichtigung
der Legendierten Aktenführung**

Von

Katharina Funcke



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA FUNCKE

Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle
unter besonderer Berücksichtigung
der Legendierten Aktenführung

Schriften zum Strafrecht

Band 417

Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung der Legendierten Aktenführung

Von

Katharina Funcke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59004-1> abrufbar.



© 2024 Katharina Funcke
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-19004-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59004-9 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59004-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2023 vom Promotionsausschuss der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 3. Mai 2023 statt. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand ihrer Fertigstellung im Mai 2022.

Mein Dank gebührt zuerst meinem geschätzten Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Thomas Rönnau*. Er gab die Anregung zu diesem Thema und stand stets für einen fachlichen Austausch zur Verfügung, ließ mir bei der Bearbeitung aber auch alle Freiheiten. Herrn *Prof. Dr. Karsten Gaede* möchte ich für das äußerst zügige Vorlegen des Zweitgutachtens und das wertvolle Feedback danken.

Darüber hinaus haben viele weitere Personen zum Gelingen der Arbeit beigetragen: Zunächst erwähnen möchte ich meinen Onkel *Dr. Peter Funcke*, der mich in der Entscheidung für die Promotion sehr bestärkt hat. *Dr. Ramona Höft* danke ich für ihren großartigen Einsatz, das gesamte Manuskript zu lesen, und ihre zahlreichen klugen Anmerkungen. Großer Applaus gebührt außerdem meinem Bruder *Michael Funcke* für seinen geduldigen und humorvollen IT-Support.

Zutiefst dankbar bin ich auch meinen Eltern *Lisa Schenk-Funcke* und *Wilhelm Funcke*. Ihre stete und bedingungslose Unterstützung hat schon lange vor dem Projekt Doktorarbeit begonnen und mir überhaupt die Möglichkeit eröffnet, dieses anzugehen. Insbesondere mein Vater, an dem wohl ein Lektor verloren gegangen ist, hätte mir durch sein emsiges Korrekturlesen und seinen Ansporn keine größere Hilfe sein können.

Schließlich danke ich von Herzen meinem Mann *Jean-Pierre Funcke*, der mit mir wie niemand sonst alle Höhen und Tiefen dieses Prozesses erlebt hat. Auf seinen liebevollen Rückhalt konnte ich mich stets verlassen.

Hamburg, im September 2023

Katharina Funcke

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einführung	23
A. Zur Praxis der Legendierten Kontrolle	24
B. Gang der Untersuchung	26
C. Terminologie	27

2. Kapitel

Organisierte Kriminalität zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	34
A. Phänomen Organisierte Kriminalität	34
B. Rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität	46

3. Kapitel

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung	85
A. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben	86
B. Konzeption der StPO	96

4. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege lata	101
A. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	101
B. Zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis	107
C. Weitere rechtliche Konsequenzen der Legendierten Kontrolle	192
D. Zusammenfassung des 4. Kapitels	208

*5. Kapitel***Die Legendierte Aktenführung** 210

A. Praktische Bedeutung der (Legendierten) Aktenführung	210
B. Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	212
C. Praxis der Legendierten Aktenführung	227
D. Rechtliche Konsequenzen der Legendierten Aktenführung	255

*6. Kapitel***Die Legendierte Kontrolle de lege ferenda** 274

A. Vorfragen	274
B. Zur Ausgestaltung einer rechtmäßigen Legendierten Kontrolle	288

*7. Kapitel***Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick** 307

A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	307
B. Abschließende Thesen und Ausblick	311
C. Praxishinweise	313

Literaturverzeichnis 314**Stichwortverzeichnis** 346

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung 23

A. Zur Praxis der Legendenkontrolle	24
B. Gang der Untersuchung	26
C. Terminologie	27
I. Heimlichkeit	27
II. Verdeckte Ermittlung(smaßnahme)	27
III. Täuschung	29
1. Gesetzliche Regelungen	29
2. Ausklammerung der kriminalistischen List	30
3. Über die Lüge hinausgehendes Verständnis	31
4. Eigene Interpretation	31
IV. Zusammenfassende Einordnung der Legendenkontrolle	33

2. Kapitel

Organisierte Kriminalität zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung 34

A. Phänomen Organisierte Kriminalität	34
I. Begriff	34
1. Strafrechtliche Terminologie	34
a) Definitionsversuche	34
b) Kritik	36
c) Handhabung der Praxis	37
2. Polizeirechtliche Definitionen	38
3. Zusammenfassung	38
II. Haupteinnahmequelle Drogenkriminalität	39
1. Zusammenhang zwischen Drogen- und Organisierter Kriminalität	39
2. Drogendelikte	40
III. Bedrohte Rechtsgüter	41
1. Risiken durch Organisierte Kriminalität im Allgemeinen	41
2. Risiken durch Organisierte Drogenkriminalität im Speziellen	43
3. Aktuelles Lagebild	44

IV. Zusammenfassung	46
B. Rechtliche Bewältigung Organisierter Kriminalität	46
I. Staatliche Akteure	46
II. (Historischer) Einfluss Organisierter Kriminalität auf das Recht	48
1. Gefahrenabwehr	48
2. Strafverfolgung	51
III. Strafrechtliche Erfassung Organisierter Drogenkriminalität	52
1. Bildung krimineller Vereinigungen gem. § 129 StGB	52
2. Geldwäsche gem. § 261 StGB	53
3. Regelbeispiele und Qualifikationen	54
4. Vermögensabschöpfung	55
5. Zwischenfazit	56
IV. Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität	56
1. Verdeckte Ermittler	57
2. Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte	58
3. Vertrauenspersonen und Informanten	58
4. Abhörmaßnahmen	59
5. Online-Durchsuchungen	60
6. Zusammenfassung	61
V. Überschneidungsbereiche	61
1. Vermengungstendenzen	62
2. Individuelle Zuordnung von Einzelakten zu bestimmter Rechtsgrundlage	62
3. Doppelfunktionale Maßnahmen	64
a) Relevanz für die weitere rechtliche Bewertung	65
b) Relevanz bei der Bekämpfung Organisierter (Drogen-)Kriminalität ..	67
c) Begriff	67
d) Einordnung	69
aa) Äußerliches Zusammenfallen mehrerer Akte	69
bb) Exklusivität	70
(1) Vorrang des Gefahrenabwehrrechts	70
(2) Vorrang des Strafprozessrechts	72
cc) Schwerpunkt der Maßnahme	75
dd) Gleichberechtigtes Nebeneinander	76
ee) Subjektive Perspektiven	79
(1) Wahlmöglichkeit des Beamten	79
(2) Perspektive des Betroffenen	79
ff) Kumulative Anwendung	80
gg) Zusammenfassende Stellungnahme	81
(1) Zur Möglichkeit einer gesetzlichen Klarstellung	81
(2) Abzulehnende Ansichten	81

Inhaltsverzeichnis	13
(3) Vorzugswürdige Ansicht	83
VI. Ergebnis des 2. Kapitels	84

3. Kapitel

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung	85
A. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben	86
I. Täuschung als Verstoß gegen die Menschenwürde?	86
II. Täuschung als Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens?	88
1. Waffengleichheit	89
2. Nemo tenetur	90
III. Täuschung als Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör?	94
IV. Allgemeine Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip	95
V. Fazit	96
B. Konzeption der StPO	96
I. Zum Grundsatz der Offenheit und Erkennbarkeit staatlichen Handelns	97
II. Täuschungsverbot gem. § 136a StPO vs. Verdeckte Ermittler gem. § 110a StPO	98
III. Generalermittlungsklausel gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO als Täuschungsbefugnis?	99

4. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege lata	101
A. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	101
I. BGH, Urteil vom 11.02.2010 – 4 StR 436/09	101
II. BGH, Beschluss vom 21.07.2011 – 5 StR 32/11	102
III. BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16	103
IV. BGH, Urteil vom 15.11.2017 – 2 StR 128/17	105
V. BGH, Urteil vom 17.01.2018 – 2 StR 180/17	106
VI. Zwischenfazit	107
B. Zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis	107
I. Beweiserhebung	107
1. Vorangegangene Ermittlungen	108
2. Verfolgung des Fahrers	108
a) Eingriffsqualität: Allgemeines Persönlichkeitsrecht	109
aa) Private Selbstentfaltung	109
bb) Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit und Ehrschutz	111
cc) Informationelle Selbstbestimmung	112
b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Verfolgung	113

aa) Strafprozessrechtliche Observation	113
bb) Gefahrenabwehrrechtliche Observation	115
cc) Einordnung der Rechtsnatur	116
c) Fazit	117
3. Manipulation des Fahrzeugs	117
4. Identitätsfeststellung	119
a) Eingriffsqualität der „echten“ Identitätsfeststellung	119
b) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der „echten“ Identitätsfeststellung	120
aa) Strafprozessrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung	120
bb) Gefahrenabwehrrechtliche „echte“ Identitätsfeststellung	122
cc) Einordnende Stellungnahme	123
c) Fazit	124
5. Legendierte Durchsuchung	124
a) Eingriffsqualität der Fahrzeug- und Personendurchsuchung	125
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	125
(1) Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre	125
(2) Schutz des sozialen Geltungsanspruchs	126
(3) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	126
bb) Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG	127
cc) Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 GG ..	128
dd) Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG	129
b) Rechtsnatur und Ermächtigungsgrundlage der Durchsuchung	129
aa) Gefahrenabwehrrechtliche Durchsuchung	130
(1) Allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO	130
(2) Polizeirechtliche Durchsuchung (mitsamt Sicherstellung/Beschlagnahme)	132
(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen	133
(b) Problemfelder	133
(aa) Keine (überwiegend) gefahrenabwehrrechtliche Natur der Maßnahme	133
(α) Strafprozessualer Gesamtkontext	134
(β) Strafprozessrechtliche Akteure	136
(γ) Kriminaltaktische Erwägungen bei der Art der Durchführung	136
(δ) Kein Wahlrecht zur Umgehung von Beschuldigtenrechten	137
(ε) Fazit	138
(bb) Keine (zutreffende) Belehrung über Durchsuchungsgrund	139

(3) Zollamtliche Überwachung gem. § 10 Abs. 3 ZollVG	139
bb) Strafprozessuale Durchsuchung	141
(1) Durchsuchung gem. § 163b Abs. 1 S. 3 StPO	141
(2) Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO	141
(a) Zum Vorliegen der Voraussetzungen	142
(b) Problemfelder	143
(aa) Nichtbeachtung des Richtervorbehalts	143
(bb) Mangelnde Offenheit der Durchsuchung bzw. Un- anwendbarkeit der §§ 102, 105 StPO	145
(cc) Irrtumsbedingte Einwilligung der betroffenen Per- son	149
(dd) Unverhältnismäßigkeit mangels Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe	150
c) Fazit	153
6. Legendierte Kommunikation: Suggestion einer (zufälligen) Routine- bzw. Verkehrskontrolle	153
a) Fallgruppen und Eingriffsqualität Legendierter Kommunikation	153
aa) Eingriffsqualität bei ausdrücklicher oder konkludenter Unwahr- heit	153
(1) Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren	154
(a) Waffengleichheit	154
(b) Nemo tenetur	155
(2) Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör	156
bb) Eingriffsqualität bei Nichtoffenlegung vorangegangener Ermitt- lungen	156
cc) Eingriffsqualität der Legendierten Identitätsfeststellung	157
(1) Informationelle Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit ..	157
(2) Eingriffsqualität des Täuschungselements	158
dd) Eingriffsqualität bei fehlender Kommunikation	159
ee) Zwischenfazit	159
b) Täuschung als eigenständige Maßnahme	159
c) Ermächtigungsgrundlage und Rechtsnatur der Täuschung	160
aa) § 163b StPO	160
bb) Zurückstellung der Benachrichtigung gem. § 101 Abs. 4 Nr. 12, Abs. 5, 6 S. 1 StPO	161
cc) Generalklausel § 161 StPO	161
d) Fazit	162
7. Legendierte Kommunikation: Vernehmung	162
a) Vorliegen von Vernehmungssituationen	162
b) Rechtmäßigkeit der Befragung	163
aa) Verstoß gegen Belehrungspflichten aus §§ 136, 163a Abs. 4 StPO	163

bb) Verstoß gegen das Täuschungsverbot aus § 136a StPO	165
c) Fazit	167
8. Eingriff durch Kumulation der Legendierten Methoden?	167
II. Beweisverwertung	168
1. Beweise aus der Legendierten Kontrolle (unmittelbar) vorangegangenen Ermittlungshandlungen	170
2. Beweise aus der Legendierten Durchsuchung	171
a) Gezielte Funde	171
aa) Unanwendbarkeit des § 161 Abs. 3 StPO (§ 161 Abs. 2 StPO a. F.)	171
bb) Abwägung hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbotes	173
(1) Proportionalitätsmaxime als Ausgangspunkt	174
(2) Schutzzweck des Richtervorbehalts	174
(a) Schweretheorie: Ausgleich für schwerwiegende Grundrechtseingriffe	174
(b) Gesetzeswahrung und präventiver Rechtsschutz	175
(c) Ausgleich für prozesseexterne und -interne Doppelbelastung	177
(d) Gewaltenteilende Funktion	178
(e) Weitere Erklärungsansätze	178
(f) Kritik	178
(g) Stellungnahme	179
(3) Ablauf bei hypothetischem Ermittlungsverlauf	180
(4) Bewusste und systematische Umgehung als schwerer Verstoß	182
(a) Bewertung der Altfälle vor dem Leiturteil des BGH im Jahr 2017	183
(b) Neubewertung nach aktueller Rechtsprechung	184
(aa) Keine Legalisierungswirkung des Leiturteils	185
(bb) Kein Irrtum der Ermittlungsbehörden	185
(α) Zum Inhalt des Leiturteils	186
(β) Zum Horizont der Ermittlungsbehörden	187
(5) Generalpräventive Wirkung als anzuerkennender Faktor? ...	188
(6) Ergebnis	188
b) Zufallsfunde und mittelbare Erkenntnisse	189
3. Beweise aus der Legendierten Kommunikation	190
4. Beweise aus der „echten“ und der Legendierten Identitätsfeststellung ..	192
C. Weitere rechtliche Konsequenzen der Legendierten Kontrolle	192
I. Prozessuale Konsequenzen: Rechtsschutz	193
II. Materiellrechtliche Konsequenzen	194
1. Strafbarkeitsrisiken für hoheitliche Akteure	194
2. Strafbarkeitsrisiken für Betroffene	195

a) Potenziell erfüllte Tatbestände	195
aa) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB	195
(1) Zur Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs	196
(a) Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff	196
(b) Verwaltungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff/Wirk- samkeitstheorie	198
(c) Vollstreckungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff	198
(2) Anwendung auf die Legendierte Durchsuchung	199
(a) Formelle Rechtswidrigkeit der Legendierten Durchsu- chung i. S. v. § 113 StGB	199
(aa) Kein Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit ..	199
(bb) Verstoß gegen Belehrungspflichten	201
(cc) Verstoß gegen den Richtervorbehalt	201
(b) Materielle Rechtswidrigkeit der Legendierten Durchsu- chung i. S. v. § 113 StGB	202
(aa) Keine Eingriffsermächtigung	202
(bb) Privilegierungen	202
(α) Irrtumsprivileg	202
(β) Handeln auf Anweisung	203
(3) Fazit	205
bb) Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 StGB ..	205
b) Rechtfertigungsfragen: Notwehrrecht des Betroffenen gem. § 32 StGB	205
aa) Legendierte Kontrolle als Notwehrlage	206
bb) Gebotenheit: Einschränkung der Gegenwehr	206
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	207
3. Zusammenfassung	208
D. Zusammenfassung des 4. Kapitels	208

5. Kapitel

Die Legendierte Aktenführung	210
A. Praktische Bedeutung der (Legendierten) Aktenführung	210
I. Zur zunehmenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der Akten- führung	210
II. Bedeutung der Legendierten Aktenführung für die Legendierte Kontrolle ..	212
B. Der Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	212
I. Verfassungsrechtliche Bedeutung	213
1. Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Prüfung	213
a) Wahrheitsfindung	213
b) Gerechtigkeit und Wahrung des Schuldprinzips	214

c) Durchsetzung materiellen Rechts	214
d) Justizförmigkeit	215
2. Faires Verfahren	216
a) Waffengleichheit	216
b) Rechtliches Gehör	217
3. Gewaltenteilungsprinzip	218
4. Zusammenfassung	220
II. Einfachgesetzliche Ausformungen und Bedeutung für die Verfahrensparteien	220
1. Ermittlungsbehörden: Protokoll über Untersuchungshandlungen gem. § 168b StPO	220
2. Staatsanwaltschaft: Verantwortlichkeit vor Gericht gem. § 199 Abs. 2 StPO	221
a) Konzeptionelle Stellung der Staatsanwaltschaft	221
b) Folgerungen für die Polizei	223
3. Gericht: Vorbereitung der Hauptverhandlung und Entscheidungsfindung	223
4. Beschuldigte: Recht auf Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 1 StPO	225
5. Zusammenfassung	227
C. Praxis der Legierten Aktenführung	227
I. Varianten Legierter Aktenführung in Zusammenhang mit der Legierten Kontrolle	227
1. Explizite Unwahrheit	227
2. Ungekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen	227
3. Vorspiegeln der mangelnden Verfügbarkeit der Akten	229
4. Verpflichtung der Verteidigung zu Vertraulichkeit	230
5. Sonderfall: Gekennzeichnetes Auslassen bestimmter Informationen	232
6. Praxistauglichkeit der Vorgehensweisen und Zwischenergebnis	233
II. Rechtmäßigkeit Legierter Aktenführung bei der Legierten Kontrolle	233
1. Legierte Aktenführung gegenüber den Betroffenen	234
a) Legierte Aktenführung als Grundrechtseingriff	234
aa) Zur Bedeutung des § 31 BtMG	234
bb) Legierte Aktenführung als Täuschung	237
b) Rechtsgrundlage	238
aa) Ausnahme vom Recht auf Akteneinsicht: § 147 Abs. 2 S. 1 StPO	239
(1) Einschränkung bei Gefährdung des Untersuchungszwecks	239
(a) Vorliegen mehrerer Verfahren?	240
(b) Gefährdung des Untersuchungszwecks auch bei anderen Verfahren?	241
(aa) Darstellung des Streitstandes	242
(bb) Stellungnahme	243
(2) Anhaltspunkte für eine Gefährdung	244

(3) Gegen Ausnahme: Wesentliche Informationen zur Haftprüfung gem. § 147 Abs. 2 S. 2 StPO	245
(a) Maßstab	247
(aa) Einfließen in die Haftentscheidung	247
(bb) Einfließen etwaiger Entlastungsfaktoren	247
(b) Wesentlichkeit einzelner Informationen	249
(aa) Polizeiliche Begleitung als wesentlicher Faktor ...	249
(bb) Gerichtsverwertbarkeit der Beweise als wesentlicher Faktor	250
(4) Zwischenergebnis	250
bb) Ausnahmen vom Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit	251
(1) Täuschungsbefugnis gem. § 147 Abs. 2 StPO?	251
(2) Täuschungsbefugnis gem. §§ 161, 163 StPO?	252
(3) Verschlussachen	252
(4) Zwischenergebnis	253
c) Zusammenfassung	253
2. Legendierte Aktenführung gegenüber der Staatsanwaltschaft	253
3. Legendierte Aktenführung gegenüber dem (Haft-) Richter	255
D. Rechtliche Konsequenzen der Legendierten Aktenführung	255
I. Prozessuale Konsequenzen	255
1. Kein Beweisverwertungsverbot	255
2. Verfahrenshindernis	256
a) Legendierte Aktenführung nach Abschluss der Ermittlungen	257
b) Legendierte Aktenführung während des Ermittlungsverfahrens	258
3. Rechtsschutz	259
II. Strafrechtliche Risiken für Hoheitsträger	261
1. Urkundenfälschung gem. § 267 StGB	261
a) Inhaltlich falsche Beschreibung	261
b) Änderung der Paginierung	261
c) Herausnehmen einzelner Seiten	261
d) Änderung eines Berichts	263
e) Fazit	264
2. Mittelbare Falschbeurkundung gem. § 271 StGB	264
3. Urkundenunterdrückung gem. § 274 StGB	264
4. Verwahrungsbruch im Amt gem. § 133 StGB	266
5. Rechtsbeugung gem. § 339 StGB durch Legendierte Aktenführung ...	267
a) Antrag auf Haftbefehl	268
b) Unvollständige Anklageerhebung	271
6. Strafvereitelung im Amt gem. §§ 258, 258a StGB	272

7. Falsche uneidliche Aussage gem. § 153 StGB	273
8. Zusammenfassung	273

6. Kapitel

Die Legendierte Kontrolle de lege ferenda	274
A. Vorfragen	274
I. Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Regelung prima vista	274
1. Verfassungskonforme Implementierung des Täuschungselements	275
2. Geeignetheit hypothetisch rechtmäßiger Legendierter Kontrollen	276
a) Wirksamkeit des Durchsuchungselements	277
b) Wirksamkeit des Täuschungs- und Irrtumsmoments	277
II. Gesetzgeberische Pflicht zum Erlass einer neuen Ermächtigungsgrundlage?	279
1. Verfassungsrechtliches Gebot effektiver Strafverfolgung	279
2. Internationale und europäische Vorgaben	282
3. Ergebnis	282
III. Interessengerechtigkeit	283
1. Bewertung aus Sicht der Ermittlungsbehörden	283
2. Bewertung aus Sicht der Betroffenen	285
a) Auswirkungen des Grundsatzes der Klarheit und Bestimmtheit	285
b) Erhöhung des Schutzniveaus durch eingrenzende Voraussetzungen ..	286
3. Bewertung aus Sicht der Gesamtrechtspflege	286
a) Rechtsstaatliche Gesichtspunkte (ratio legis)	286
b) Ökonomische Gesichtspunkte	287
4. Zusammenfassung	287
B. Zur Ausgestaltung einer rechtmäßigen Legendierten Kontrolle	288
I. Bisher vorgetragene Ideen	288
1. Vorschlag von <i>Lange-Bertalot</i> und <i>Aßmann</i>	288
2. Vorschlag von <i>Krehl</i>	289
3. Vorschlag von <i>Löffelmann</i>	289
4. Vorschlag von <i>Brodowski</i>	289
5. Vorschlag von <i>Jäger</i>	289
6. Vorschlag von <i>Schefer</i>	289
II. Eigene Erwägungen	290
1. Mögliche Ausgestaltung	290
a) Ermächtigungsgrundlage	290
aa) Angleichung der polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen	291
bb) Modifikation des § 102 StPO?	291
cc) Repressives Standardzwangsmittel	292
b) Eingriffsvoraussetzungen	293

aa) Vorausgesetzter Verdachtsgrad	293
bb) Beschränkung auf bestimmte Kriminalitätsformen	293
cc) Zweckbindung und Subsidiarität	294
dd) Anordnungskompetenz	294
(1) Notwendigkeit des Richtervorbehalts de lege ferenda	294
(2) Möglichkeit einer Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden ..	295
(3) Vorübergehende Suspendierung der Bekanntmachung gem. § 35 StPO	296
c) Rechtsfolgen	297
aa) Durchsuchungselement	297
bb) Täuschungselement	299
(1) Benennung als Täuschung	299
(2) Begrenzung der Täuschung	299
(a) Inhaltliche Begrenzung	300
(b) Zeitliche Begrenzung	301
(c) Aufklärungserfordernis	302
cc) Legendierte Aktenführung de lege ferenda	302
(1) Offene Probleme	303
(a) Konflikt mit dem Fairnessprinzip und dem Recht auf effektive Verteidigung	303
(b) Offenlegung bei Untersuchungshaft	303
(c) Konflikt mit dem Gewaltenteilungsprinzip und dem Anspruch auf rechtliches Gehör	304
(2) Ergebnis	304
d) Eigener Formulierungsvorschlag	305
2. Gesamtergebnis	305
III. Zusammenfassung des 6. Kapitels	306

7. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	307
A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	307
B. Abschließende Thesen und Ausblick	311
C. Praxishinweise	313
Literaturverzeichnis	314
Stichwortverzeichnis	346

1. Kapitel

Einführung

Naturgemäß besteht seit jeher ein Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis staatlicher Aufklärung sowie der Verfolgung von Straftaten auf der einen und der Wahrung von Beschuldigtenrechten auf der anderen Seite.¹ Dabei basieren nicht alle Ermittlungsinstrumente auf expliziten gesetzlichen Regelungen von Zwangsmaßnahmen.² Neue Formen der Kriminalität entwickeln sich schnell; dementsprechend sollen sich auch die Ermittlungsbehörden kurzfristig anpassen und schlagkräftig reagieren können. Bereits vor Jahren wurde geäußert, die Kriminalpolitik agiere, gezwungenermaßen oder nicht, auch ohne wissenschaftliche Fundierung.³ Beispielsweise erfolgten staatliche Reaktion auch auf das Phänomen der Organisierten Kriminalität, obwohl nur wenig gesichertes Wissen darüber vorhanden gewesen sei.⁴

Mittlerweile wird gar ein gewisser „rechtlicher Pragmatismus“ kritisiert: In einem ersten Schritt handle die Behörde und suche erst danach eine „passende“ Ermächtigungsgrundlage, um ihr Vorgehen legitimieren, also die Ermittlungsergebnisse verwerten zu können.⁵

Innerhalb des Katz-und-Maus-Spiels zwischen Kriminalität und Strafverfolgung sind Heimlichkeit und Täuschung wichtige Instrumente, die (auch) von Seiten des Staates in großem Stil eingesetzt werden: durch Abhören von Telefonen, verdeckt ermittelnde Polizeikräfte, Infiltration krimineller Organisationen mittels

¹ S. aber bereits *Paeffgen*, in: FS Rudolphi, S. 21, der darauf hinweist, dass Freiheits-sicherung und Kriminalitätsbekämpfung keine notwendigen Gegensätze seien, sondern Korrelationsbegriffe, deren Erfüllung sowohl freiheits-gewährleistend als auch freiheits-begrenzend wirke.

² Diesen Begriff kritisierend *Amelung*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, S. 15 f., der den Begriff in Fällen ohne physisch wirkenden Zwang für irreführend hält und daher den Begriff der „strafprozessualen Grundrechtseingriffe“ vorschlägt; krit. dazu *Schroeder*, JZ 1985, 1028, 1029: „völlig prozessexterner Gesichtspunkt“. Da sich der Begriff der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen eingebürgert hat, wird er auch im Folgenden verwendet.

³ *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 42.

⁴ *Kinzig*, Organisierte Kriminalität, S. 42; näher sogleich 2. Kap. A.

⁵ So *Albrecht*, Anna H. (2018): „Irgendwie bekommen wir das schon hin ... (Un)Zulässigkeit legendierter Ermittlungshandlungen“, Vortrag bei der 8. Herbsttagung der WisteV., 19.10.2018, Bucerius Law School, Hamburg.

V-Leuten, Einsatz von Lockspitzeln, Online-Durchsuchungen und vieles mehr.⁶ In diesem Zusammenhang ist auch die polizeiliche Praxis der sog. „Legendierten Kontrollen“, die von vielen kritisch gesehen wird, unlängst in den Fokus sowohl der wissenschaftlichen Debatten als auch der Öffentlichkeit gerückt.⁷

Anhand der Legendierten Kontrolle zeigt sich exemplarisch die scheinbar ausweglose Lage, in der sich die Strafverfolgungsbehörden befinden, aber auch, wie die staatliche Täuschung im Strafverfahren als mittlerweile alltägliche Waffe im Kampf gegen schwere Kriminalität beiläufig um immer neue Formen erweitert wird.

A. Zur Praxis der Legendierten Kontrolle

„Legendiert“ steht im strafrechtlichen Kontext für verschleiert, getarnt, verdeckt, unter einem Vorwand.⁸ So arbeitet beispielsweise der Verdeckte Ermittler gem. §§ 110a ff. StPO unter einer Legende, die den wahren Namen und Beruf, die richtige Anschrift sowie sonstige familiäre und persönliche Umstände durch erfundene Angaben ersetzt.⁹ Bei der Legendierten (Verkehrs-)Kontrolle handelt es sich typischerweise um die polizeiliche Überprüfung eines Kraftfahrzeugs.¹⁰ Der Fahrer des Wagens wird angehalten und er und sein Fahrzeug sodann ohne vorherige richterliche Anordnung durchsucht – für den Fahrzeugführer soll sich dieses Vorgehen als eine allgemeine Verkehrskontrolle gem. § 36 Abs. 5 StVO bzw. eine Zollkontrolle gem. § 10 Abs. 2 oder 3 ZollVG darstellen.¹¹ Daher wird

⁶ So schon *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1. Für einen Überblick s. *Soiné*, NStZ 2010, 596.

⁷ *Janisch*, „Die Polizei, dein Freund und Täuscher“, in: SZ v. 19.04.2017, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/bgh-entscheidung-die-polizei-dein-freund-und-tauescher-1.3469460>, Stand: 30.05.2022; *Müller-Neuhof*, „Täuschen und tarnen ist nichts für Polizisten“, in: Tagesspiegel v. 25.04.2017, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/verdeckte-ermittlungen-taueschen-und-tarnen-ist-nichts-fuer-polizisten/19713996.html>, Stand: 30.05.2022; *Haneke*, „Erlaubte List der Ermittler“, in: FAZ v. 27.04.2017, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/bundesgerichtshof-erlaubt-umstrittene-polizeiliche-kontrollen-14989017.html>, Stand: 30.05.2022.

⁸ *Hauschild*, in: MüKo StPO, § 108 Rn. 7; *Schiemann*, Anm. zu BGH, NStZ 2017, 651, 657; *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 544 nennen das Im-Dunkeln-Lassen des Betroffenen eine „Legendierung“.

⁹ Vgl. BGHSt 41, 64, 65: veränderte Identität; *Soiné*, NStZ 2003, 225, 227; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 110a Rn. 7; *Bruns*, in: KK-StPO, § 110a Rn. 10. Freilich können nicht nur staatliche Behörden, sondern auch Betroffene legendiert agieren; so formuliert auch jüngst BGH, NJW 2019, 867.

¹⁰ Zum Begriff der Legendierten Kontrolle s. auch *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabrizius, BTMG, § 29 Rn. 86; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a; *Nowroussian*, Täuschung im Ermittlungsverfahren, S. 15; *Schefer*, Vortäuschung eines Zufallsfundes, S. 28 f.; *Lenk*, NVwZ 2018, 38, 39.

¹¹ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a.

die Kontrolle auch typischerweise mit dem (angeblichen) Fehlverhalten des Fahrers¹² oder offensichtlichen Mängeln des Fahrzeugs¹³ begründet.¹⁴ Tatsächlich beruht die Kontrolle aber auf vorangegangenen verdeckten Ermittlungen, die mit Sicherheit oder zumindest einiger Wahrscheinlichkeit den Fund von Beweismitteln an Bord erwarten lassen.¹⁵ In der Praxis handelt es sich zumeist um von kriminellen Organisationen geschmuggelte (also auch steuerstrafrechtlich relevante), illegale Betäubungsmittel.¹⁶ Dieses Vorwissen decken die Behörden dem Kurier gegenüber jedoch nicht auf – er soll an die Legende glauben, es handle sich um eine zufällige Kontrolle und einen zufälligen Fund. Grund für dieses verdeckte Vorgehen ist, dass einerseits der „Gesamtermittlungserfolg“ nicht gefährdet werden soll. Denn der angehaltene Kurier ist regelmäßig Teil einer größeren kriminellen Organisation und die nicht abgeschlossenen Ermittlungen gegen weitere Mitglieder könnten scheitern, wenn diese sich ihrer gewahr würden.¹⁷ Einmal gewarnt könnten die Hintermänner beispielsweise von einer Einreise in die Bundesrepublik absehen, auf andere Schmuggelrouten oder Kommunikationswege ausweichen etc. Auch verdeckt agierende Ermittler müssten ggf. ihre wahre Identität preisgeben und wären für den weiteren Einsatz „verbrannt“.¹⁸ Andererseits soll der Kurier auch nicht unbehelligt Betäubungsmittel in den Markt einführen können. Die Ermittlungsbehörden geraten dadurch in einen Zielkonflikt.¹⁹

Die Legendierte Kontrolle soll dieses „ermittlungstaktische Dilemma“²⁰ auflösen. Damit der Kurier auch nach der Kontrolle nicht im Rahmen einer Akteneinsicht von den tatsächlichen Ermittlungshintergründen erfährt und diese Informationen weitergeben kann, werden sie oftmals auch in der Akte nicht offengelegt.

¹² So in BGH, NJW 2017, 3173, 3174: Der Fahrer fuhr etwa 10 km/h zu schnell und wurde daraufhin angehalten.

¹³ So in BGH, NSTz 2010, 294: Zunächst ließen Polizeibeamte unbemerkt Luft aus den Reifen des Fahrers, um dann aufgrund dessen „vermeintlich oder tatsächlich nervöser Reaktion“ den Wagen zu durchsuchen.

¹⁴ Weitergehend der BGH, NSTz-RR 2018, 146 zugrunde liegende Fall, in dem eine Routineüberprüfung betreffend ein kürzlich begangenes Raubdelikt vorgespiegelt wurde.

¹⁵ Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1a; Müller/Römer, NSTz 2012, 543.

¹⁶ Vgl. Kempf, in: FS Fischer, S. 673: „Prototyp“; Lenk, NVwZ 2018, 38, 39; s. aber Herzog, in: FS Schlothauer, S. 37, der von Legendierten Kontrollen im Vorfeld von Festivals berichtet. Sofern im Weiteren auch von Drogen die Rede ist, sind ausschließlich illegale Substanzen gemeint.

¹⁷ Müller und Römer bezeichnen den Kurier daher als „Randfigur“, dies., NSTz 2012, 543; s. auch Altwater, in: FS Schlothauer, S. 3 f.

¹⁸ Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110a Rn. 30b.

¹⁹ Altwater, in: FS Schlothauer, S. 3.

²⁰ Lenk, NVwZ 2018, 38, 39; vgl. auch Kempf, in: FS Fischer, S. 673; zu den kriminaltaktischen Überlegungen Müller/Römer, NSTz 2012, 543.