

Imme Roxin

**Die Rechtsfolgen schwerwiegender
Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege**

4., durchgesehene Auflage

Das Buch ist ein
Produkt der
Herbert Utz Verlag
München



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 723

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 1987

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der
Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem
oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Daten-
verarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugs-
weiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2004

ISBN 3-8316-0400-2

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

GLIEDERUNG

		SEITE
ERSTER ABSCHNITT:	DER MEINUNGSSTAND: RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR ZU DEN PROBLEMFELDERN	1
1. KAPITEL:	RECHTSPRECHUNG ZUR TATPROVOKATION DURCH LOCKSPITZEL	1
I.	ZURECHENBARKEIT DES LOCKSPITZELVERHALTENS FÜR DEN STAAT	2
II.	UNTER WELCHEN VORAUSSETZUNGEN IST DAS VERHALTEN DER LOCKSPITZEL RECHTSSTAATSWIDRIG ?	4
1.	Die veröffentlichten Entscheidungen zu dieser Frage (bis März 1985)	4
2.	Die Entscheidungen bis 1998 (Auswahl)	22
3.	Die nach dem Urteil des EGMR vom 09.06.1998 ergangenen Entscheidungen	27
4.	Zusammenfassung	29
III.	DIE FOLGERUNGEN AUS EINEM RECHTSSTAATSWIDRIGEN VORGEHEN DER PROVOKATEURE	31
1.	Verfahrenshindernis	31
2.	Strafausschließungsgrund	31
3.	Begründungen für die Annahme eines Verfahrenshindernisses	31
4.-6.	Berücksichtigung bei der Strafzumessung	32
	Die nach Auffassung des BGH gegen ein Verfahrenshindernis,	32
	einen Strafausschließungsgrund,	33
	ein Beweisverwertungsverbot sprechenden Gründe	36
2. KAPITEL:	LITERATUR ZUR TATPROVOKATION	37
I.	ZURECHENBARKEIT DES LOCKSPITZELVERHALTENS FÜR DEN STAAT	37
II.	DIE UNZULÄSSIGKEIT DES LOCKSPITZELVERHALTENS	38
III.	DIE FOLGERUNGEN AUS EINEM RECHTSSTAATSWIDRIGEN VORGEHEN DER PROVOKATEURE	42
3. KAPITEL:	RECHTSPRECHUNG ZUM ÜBERLANGEN STRAFVERFAHREN	51
I.	BEGINN UND ENDE DER ANGEMESSENEN FRIST	52

II.	WELCHER TATVORWURF LIEGT DEN VERFAHREN ZUGRUNDE, DIE BESONDERS LANGE GEDAUERT HABEN ?	53
III.	WANN IST DIE ANGEMESSENE FRIST ÜBERSCHRITTEN ? WELCHE GESICHTSPUNKTE SPIELEN INSOWEIT EINE ROLLE ?	54
	1. Die veröffentlichten Entscheidungen	54
	2. Nach dem Erscheinen der 2. Auflage er- gangene Entscheidungen (Auswahl)	84
	3. Zusammenfassung	87
IV.	URSACHEN ÜBERLANGER STRAFVERFAHREN	89
V.	STRAFRECHTLICHE BZW. STRAFPROZESSUALE KONSEQUENZEN EINES ÜBERLANGEN STRAFVER- FAHRENS	91
VI.	DIE GELTENDMACHUNG VON VERFAHRENSVER- ZÖGERUNGEN IN DER REVISION	98
4. KAPITEL:	STELLUNGNAHMEN IN DER LITERATUR ZUM ÜBERLANGEN STRAFVERFAHREN	99

ZWEITER ABSCHNITT: DIE PROBLEMATIK DER RECHTSSTAATSWIDRIGKEIT	109	DF
5. KAPITEL: EINFÜHRUNG UND BEGRÜNDUNG DER EIGENEN AUSGANGSPOSITION	109	9.
6. KAPITEL: DIE EINZELNEN ELEMENTE DES RECHTSSTAATSPRINZIPS	110	10
7. KAPITEL: DIE UNZULÄSSIGKEIT DER TATPROVOKATION DURCH STAATLICHE LOCKSPITZEL	112	11
I. WERDEN GRUNDRECHTE DES PROVOZIERTEN VERLETZT ?	112	
1. Verstoß gegen die Menschenwürde: Art. 1 Abs. 1 GG ?	112	
2. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG - Freie Entfaltung der Persönlichkeit ?	117	
3. Verstoß gegen § 136 a StPO ?	121	
II. VERSTOSS GEGEN DAS PRINZIP VOM GESETZESVORBEHALT	125	
1. bis 4. Ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich ?	126	
5. Gibt es eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Tatprovokation durch Lockspitzel ?	129	
III. VERSTOSS GEGEN DAS ÜBERMASSVERBOT	147	
IV. GESAMTERGEBNIS DES 7. KAPITELS	151	
8. KAPITEL: DIE RECHTSSTAATSWIDRIGKEIT EINES ÜBERLANGEN STRAFVERFAHRENS	152	
I. VERFASSUNGSRECHTLICHES BESCHLEUNIGUNGSGEBOT	153	
II. WANN IST DAS VERFASSUNGSRECHTLICHE BESCHLEUNIGUNGSGEBOT VERLETZT ?	157	

MINISTERIUM DER JUSTIZ

DRITTER ABSCHNITT:	RICHTERLICHE RECHTSFORTBILDUNG UND DAS GEWALTENTEILUNGSPRINZIP	168
9. KAPITEL:	ZULÄSSIGKEIT RICHTERLICHER RECHTSFORTBILDUNG	168
10. KAPITEL:	DIE VORAUSSETZUNGEN RICHTERLICHER RECHTSFORT- BILDUNG	169
11. KAPITEL:	DIE LÜCKENHAFTIGKEIT DER VORHANDENEN GESETZLICHEN REGELUNG	171
I.	KEINE REGELUNGSLÜCKE WEGEN BERÜCKSICHTIGUNG BEI DER STRAFZUMESSUNG ?	171
II.	VERJÄHRUNGSVORSCHRIFTEN ALS REGELUNG DES ÜBERLANGEN STRAFVERFAHRENS ?	183

VIERTER ABSCHNITT:	DIE RECHTLICHEN FOLGERUNGEN AUS DER RECHTS- STAATSWIDRIGKEIT DER UNZULÄSSIGEN TAT- PROVOKATION	186
12. KAPITEL:	DIE ZURECHENBARKEIT DES LOCKSPITZELVERHALTENS FÜR DEN STAAT	186
I.	GRUNDLAGE FÜR DIE ZURECHNUNG ZULÄSSIGEN LOCKSPITZELVERHALTENS	186
II.	ZURECHNUNG UNZULÄSSIGEN VERHALTENS	188
III.	ZURECHENBARKEIT STRAFBAREN LOCKSPITZELVER- HALTENS	189
13. KAPITEL:	VERFAHRENSHINDERNIS ALS RECHTLICHE FOLGE UN- ZULÄSSIGEN LOCKSPITZELVERHALTENS ?	197
I.	VERFAHRENSHINDERNIS WEGEN VERWIRKUNG DES STAATLICHEN STRAFANSPRUCHES ODER WEGEN WIDERSPRÜCHLICHEN STAATLICHEN VERHALTENS ?	197
II.	VERFAHRENSHINDERNIS ABGELEITET AUS DEM RECHTS- STAATSPRINZIP ?	205
14. KAPITEL:	BEWEISVERWERTUNGSVERBOT	214
15. KAPITEL:	ABSEHEN VON STRAFE	217
16. KAPITEL:	STRAFAUSSCHLIESSUNGSGRUND	220

FÜN

GES

LITE

STIC

FÜNFTER ABSCHNITT:	DIE RECHTLICHEN FOLGERUNGEN AUS DER RECHTS- STAATSWIDRIGKEIT ÜBERLANGER STRAFVERFAHREN	230
I.	DER IN BETRACHT ZU ZIEHENDEN MÖGLICHKEITEN	230
II.	DER STRAFÄHNLICHE CHARAKTER DES ÜBERLANGEN STRAFVERFAHRENS	232
III.		
1.	Der Regelstrafrahmen als zeitliche Obergrenze bei qualifizierter Überlänge des Verfahrens	236
2.	Einwände gegen den Regelstrafrahmen als zeitliche Obergrenze	238
3.	Verfahrenshindernis bei Ausschöpfung des Regel- strafrahmens durch staatliche Verfahrensver- zögerungen	243
IV.	ABSEHEN VON STRAFE	250
GESAMTERGEBNIS		254
LITERATURVERZEICHNIS		256
STICHWORTVERZEICHNIS		276

ERSTER ABSCHNITT: DER MEINUNGSSTAND:

RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR ZU DEN PROBLEMFELDERN

1. KAPITEL: RECHTSPRECHUNG ZUR TATPROVOKATION DURCH LOCKSPITZEL

Schon die Überschrift zeigt, dass im Rahmen dieser Arbeit nur das Bestimmen zur Tat durch einen Lockspitzel untersucht werden soll. Ein Bestimmen zur Tat ist nicht die reine Informationsbeschaffung durch Aushorchen oder Entgegennehmen von Hinweisen. Unter das Aushorchen fällt auch die bloße Anfrage, ob z.B. Betäubungsmittel beschafft werden können. Wenn der so Angesprochene darauf hin Rauschmittel besorgt, eine Straftat begeht, liegt keine Tatprovokation vor¹⁶. An einem Bestimmen zur Tat und damit an einer Tatprovokation fehlt es auch, wenn der Angesprochene bereits zuvor seine Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten offen zu erkennen gegeben hat¹⁷. Zur Tat provoziert hingegen der Lockspitzel, der die Tatbereitschaft weckt oder zur Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit auf den Täter stimulierend einwirkt¹⁸.

Hinsichtlich der Tatprovokation sind es drei Problemfelder, die die Rechtsprechung beschäftigen:

- I. Ist jedes Verhalten eines Provokateurs den staatlichen Verfolgungsorganen zurechenbar ?
- II. Unter welchen Voraussetzungen ist die Tatprovokation durch einen Lockspitzel rechtsstaatswidrig ?
- III. Welche Folgerungen sind aus einem rechtsstaatswidrigen Vorgehen der Provokateure zu ziehen ?

¹⁶

BGH Urteil vom 18.11.1999 StrVert 2000, 57, 61; anders wohl Kinzig, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR vom 09.06.1998, StrVert 1999, 288, 291, der eine Tatprovokation schon annimmt, wenn die Teilnahme des Lockspitzels *conditio sine qua non* für die Ausführung der Tat war.

¹⁷

¹⁸

BGH Urteil vom 18.11.1999 StrVert 2000, 57, 61

Löwe/Rosenberg-Rieß, StPO, 24. Auflage 1989 § 163 Rdnr. 66; BGH Urteil vom 18.11.1999 StrVert 2000, 57, 61

I. ZURECHENBARKEIT DES LOCKSPITZELVERHALTENS FÜR DEN STAAT.

Als Provokateure (agents provocateurs) oder Lockspitzel (diese Begriffe werden von der Rechtsprechung synonym gebraucht) kommen einmal Polizeibeamte in Frage, die als »under-cover-agents«¹⁹ in die Szene eingeschleust werden. Zum anderen bedienen sich die Ermittlungsbehörden aber auch sogenannter V-(Vertrauens) Leute²⁰; d.h.: Privatpersonen, die für die Polizei tätig werden. Der Gesetzgeber hat im OrgKG einen weiteren Begriff definiert, den des Verdeckten Ermittlers. Verdeckte Ermittler sind danach Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln (§ 110 a StPO). Auch ein Verdeckter Ermittler kann als Provokateur auftreten²¹. Ebenso wenig wie dem V-Mann und dem nur gelegentlich als under-cover-agent tätigen Polizisten ist es ihm aber erlaubt, in rechtsstaatswidriger Weise zu Taten zu provozieren. Die Problematik einer rechtsstaatswidrigen Provokation stellt sich mithin auch bei ihm²². Es braucht daher bei den nachfolgenden Untersuchungen zwischen den verschiedenen Gruppen der als Lockspitzel auftretenden Personen grundsätzlich nicht unterschieden zu werden²³. Vielmehr wird allgemein von Lockspitzel oder Provokateur gesprochen.

Voraussetzung für die Zurechnung des Lockspitzelverhaltens als Handeln der staatlichen Strafverfolgungsbehörden ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass der agent provocateur im Auftrag oder mit Billigung staatlicher Behörden tätig geworden ist²⁴ oder der für die Anleitung des V-Mannes zuständige Amtsträger die Provokation hätte unterbinden können²⁵. Nicht ausreichen soll es, wenn der Provokateur weder den allgemeinen noch einen konkreten Auftrag von den Ermittlungsorganen hatte. Das soll auch dann gelten, wenn er bei anderen Gelegenheiten als polizeilicher Lockspitzel tätig gewesen ist²⁶. Noch weiter geht das OLG Düsseldorf in

¹⁹ Gössner/Herzog: Im Schatten des Rechts, 1984, 45 ff
²⁰ Ostendorf/Meyer-Seitz: Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes, StrVert 1985, 73ff
²¹ BGH JR 1996, 515 mit Anmerkung Beulke/Rogat JR 1996, 517
²² BGH StrVert 1995, 364.
²³ Sinner/Kreutzer Anm. zu BGH StrVert 2000, 57, 114, 115
²⁴ BGH Urteil vom 06.02.1981 2 StR StrVert 1981, 392; BGH Beschluss vom 23.12.1981 2 StR StrVert 1982, 151; BGH Urteil vom 21.09.1983 2 StR NSIZ 1984, 78
²⁵ BGH Urteil vom 18.11.99 StrVert 2000, 57,59
²⁶ BGH Beschluss vom 10.08.1982 5 StR StrVert 1983, 2

seinem Beschluss vom 10.08.1983²⁷ mit seinen Anforderungen. Ein tatprovokierendes Verhalten muss nach Meinung des Oberlandesgerichtes nur dann dem Staat zugerechnet werden, wenn der Provokateur im Auftrag bzw. mit Kenntnis der Polizei den Tatentschluss des Angeklagten hervorgerufen hat. Das geht, da es den Einsatz für eine spezielle Tat verlangt, noch über das hinaus, was der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 10.08.1982²⁸ gefordert hatte, wonach der konkrete oder allgemeine Auftrag ausreichen sollte.

Wenn nicht endgültig geklärt werden kann, ob staatlichen Ermittlungsorganen die unzulässige Tatprovokation zuzurechnen ist, darf sich nach Auffassung der Rechtsprechung diese Unklarheit nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken, d.h. auch in einem solchen Fall kann ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis vorliegen²⁹.

In neueren Entscheidungen finden sich – freilich nicht zur Tatprovokation, sondern zur rechtswidrigen Ermittlungstätigkeit – Äußerungen der Gerichte, die auf eine pauschale Ablehnung jeder Zurechnung schließen lassen³⁰: Nachlässigkeiten, Missgriffe oder schwere Verfehlungen einzelner Bediensteter könnten nicht dem Staat als solchem zugerechnet werden mit der Folge, dass er den Strafanspruch verliere.

Dieser Tendenz in der Rechtsprechung hat der erste Senat in seinem Urteil vom 18.11.1999 eine Absage erteilt. »Die unzulässige Tatprovokation ist«, so der BGH, »dem Staat im Blick auf die Gewährleistung des fairen Verfahrens dann zuzurechnen, wenn diese Provokation mit Wissen eines für die Anleitung der Vertrauensperson verantwortlichen Amtsträgers geschieht oder dieser sie jedenfalls hätte unterbinden können.«³¹

27

StrVert 1983, 450

28

BGH StrVert 83, 2

29

BGH Beschluss vom 13.07.1984, NSIZ 1984, 519

30

OLG Karlsruhe StrVert 1986, 10; BGH StrVert 1985, 398

31

BGH Urteil vom 18.11.1999 StrVert 2000, 57, 59