Schriften zum Strafrecht

Heft 84

Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten

Von

Rainer Keller

Duncker & Humblot · Berlin

RAINER KELLER

Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten

Schriften zum Strafrecht

Heft 84

Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten

Von

Rainer Keller

Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Hannover gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Keller, Rainer:
Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten /
von Rainer Keller. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989
(Schriften zum Strafrecht; H. 84)
Zugl.: Hannover, Univ., Habil.-Schr., 1988
ISBN 3-428-06757-6
NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-06757-6

Vorbemerkung

Diese Arbeit habe ich im Mai 1987 abgeschlossen. Spätere Veröffentlichungen wurden vereinzelt in den Anmerkungen berücksichtigt. Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover hat die Arbeit als Habilitationsschrift angenommen.

Die Herren Prof. Calliess und Prof. Dencker haben die Arbeit durch Anregung und Kritik gefördert. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat den Druck großzügig unterstützt. Ihnen allen danke ich.

Hannover im Juni 1989

Rainer Keller

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 13

1. Definitionen 13
2. Tatsächliche Entwicklung und herkömmliche Bewertung der Deliktsprovokation 15
3. Zum historischen und soziologischen Verständnis von Deliktsprovokationen 19
4. Polizeiliche Deliktsprovokation und innere Sicherheit 21
5. Gang der Untersuchung 26

1. Teil

Normative Schranken der Deliktsprovokation

A. Spezifisch den Staat bindende Normen 27

I. Gesetzesbindung, Legalitätsprinzip und öffentliche Sicherheit 29
1. Bindung an Sekundärnormen 29
2. Entsprechungen im materiellen Strafrecht 32
3. Gesetzesbindung, Vertrauensschutz und scheinbar privates Handeln 33
4. Gesetzesbindung unzuständiger Behörden 34
5. Gesetzesbindung staatlich beauftragter Privater 36
6. Fazit 37

II. Tatstrafrecht versus Stigmatisierung von Tätern 39
1. Täterbezug der Provokation 40
2. Tatprinzip als Garantie sozialer Freiheit 41
3. Bindung von Exekutivbehörden und richterliche Unabhängigkeit 44
4. Das Prinzip des Tatstrafrechts nicht tangierende Provokationsarten 45

III. Schuldprinzip 46

IV. Grenzen strafprozessualer Ermittlungen und kompetenzielle Zuordnung der Provokation 47

V. Koppelungsverbot und Gewaltenteilung 50

VI. Zusammenfassung und Vergleich mit der Rechtsprechung 57

B. Elemente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grenze der Deliktsprovokation ... 59

I. Überblick zu den möglichen Beeinträchtigungen ... 59

II. Bisherige Fassung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seine Erweiterung ... 65

1. Zur Bedeutung und Begründung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ... 65

2. Bewertung der Deliktsprovokation nach der Sphärentheorie 69

3. Probleme der Sphärentheorie ... 72

4. Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ... 75

a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Deliktsprovokation ... 75

b) Begründung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ... 77

c) Privatisierung der Öffentlichkeit und Begrenzung der Verantwortung? ... 79

d) Unübersichtlichkeit der differenzierten Gesellschaft als Legitimation von Kontrolle? ... 81

e) Verrechtlichung von Freiheit – subjektives Recht und objektive Gerechtigkeit ... 82

5. Erweiterung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes jenseits informationeller Selbstbestimmung? ... 85

III. Schutz vor sozialer Desintegration ... 87

1. Verhältnis zwischen Bürgern und Selbstverantwortung ... 88

2. Das Verhältnis des Bürgers zum Staat ... 92

3. Stellungnahmen der Rechtsprechung und Alternativen der polizeilichen Deliktsprovokation ... 95

4. Rechtsstaatliche Normen als Verbot der Desintegration durch den Staat ... 99

IV. Schutz vor Vertrauensmißbrauch ... 99

1. Vertrauensschutz und Selbstverantwortung im Verhältnis zwischen Bürgern ... 101

a) Die Aufforderung, ein Delikt zu begehen ... 101

b) Die vertrauenswidrige Anzeige ... 104

c) Die Provokation ... 104

d) Schädigungsabsicht und Zweckverfehlung als mögliche Gründe des Mißbrauchsverbots ... 106

e) Mißbrauchsverbote in Sonderverhältnissen ... 111

f) Soziales Vertrauen und bürokratische Generalisierung . 113

2. Vertrauensschutz im Verhältnis zum Staat ... 114

3. § 136a StPO ... 116

a) Beschuldigter, Zeuge und Vorstadium des Strafprozesses 117

b) Vernehmung ... 120

c) Täuschung ... 123

V. Nemo tenetur se ipsum prodere und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ... 128
1. Schutz von Informationen über rechtswidriges Verhalten ... 128
2. Zusammenhang der informationellen Selbstbestimmung mit dem nemo tenetur-Grundsatz ... 131
3. Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz durch Täuschung? 133
4. Differenzierung des Schutzes von Beschuldigten und Nichtbeschuldigten ... 137
5. Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes außerhalb des Strafverfahrens ... 139
a) Alltäglicher Zwang zur Selbstbelastung und Verteilung des informationellen Risikos ... 139
b) Bedeutung der sozial gesonderten Sphäre der Öffentlichkeit für Freiheit und Zurechnung ... 142
c) Überlagerung der Öffentlichkeit und rechtliche Trennung 144
6. Zusammenfassung ... 147
7. Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber Privaten ... 148
VI. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Deliktsprovokation – Zusammenfassung ... 149

C. Zurechnung von Normverstößen zum Staat ... 151

D. Von der provozierten Tat betroffene Normen nichtstrafrechtlicher Art 158

E. Strafrechtliche Grenzen der Deliktsprovokation ... 160
I. Provokation des Versuchs durch Teilnahme ... 161
1. Teilnahme als Delikt gegen den Täter (Schuldteilnahmelehre und Modifikation) ... 161
2. Unrechtsteilnahme oder eigener Rechtsgutsangriff ... 165
3. Das Verhältnis von Delikts- und Ergänzungstatbeständen .. 173
a) Grenzen der Modifikation des Deliktstatbestandes bei Versuch und Teilnahme ... 175
b) Tatsächlicher Bezug des Teilnehmerverhaltens zum deliktstatbestandlichen Verhalten ... 177
c) Versuch des Versuchs ... 178
d) Bezug der Teilnahme auf das deliktstatbestandliche Verhalten bei der Kettenteilnahme ... 180
e) Bezug des strafbaren Unterlassens auf den Deliktstatbestand ... 190
f) Selbständiger Unwert des Versuchs? ... 191
g) Teilnahme am Versuch und Akzessorietät – Ergebnis ... 191
4. Provokation durch Beihilfe ... 194
5. Resümee ... 195
II. Provokation des vollendeten Delikts durch Teilnahme ... 195
1. Anwendbarkeit der materiellen Kriterien ... 198
a) Abstrakte Gefährdungsdelikte ... 198
b) Konkrete Gefährdungsdelikte und Dauerdelikte ... 201
c) Absichts- und Unternehmensdelikte ... 202
d) Rechtspolitische Erwägungen ... 204

2. Kritik der materiellen Kriterien 205
a) Materielle und gesetzliche Bestimmung von Rechtsgütern 205
b) Rechtsgüter und Verkehrsformen 208
c) Grenzen der Wertung und des Schuldprinzips 211
3. Analogie von Absichtsdelikt und Versuch 212
a) Politische Absichtsdelikte als Beispiel 213
b) Begründung der Analogie 215
c) Verhältnis von Vorsatz und Absicht 218
d) Verhältnis von Tätervorsatz und Teilnehmervorsatz 219
e) Formale Bedeutung der Akzessorietät 224
f) Materielle Bedeutung der Akzessorietät 225
g) Anwendbarkeit der §§ 28, 29 StGB 228
h) Schuldprinzip und Forderung nach Individualisierung 230
i) Vergleich mit notwendiger Teilnahme 232
k) Wertungswidersprüche 234
l) Vernachlässigung des Rechtsgüterschutzes oder Gesinnungshaftung 235
4. Provokation von Tendenz- und Unternehmensdelikten 236
5. Analogie zum Rücktritt und polizeiliche Interessen an Straffreiheit 238

III. Provokation durch Mittäterschaft 246

IV. Straffreie Mittel der Provokation 250
1. Besondere Mittel der Anstiftung 250
2. Sozialadäquanz als Grenze der Teilnehmerhaftung 252
3. Subjektive Freiheitsrechte als Grenze der Teilnehmerhaftung 254
4. Parallelen in anderen Rechtsgebieten 257
5. Objektive oder subjektive Kriterien der subjektiven Rechte 259
6. Zusammenfassung 262

V. Besonderheiten der staatlichen Provokation (Pflichtdelikte) 262
1. Allgemeine Delikte und staatliche Sonderpflichten 263
a) Öffentliche Sicherheit und Garantenpflicht 264
b) Der polizeiliche Provokateur als Täter 268
c) Garantenpflichten für Kollektivrechtsgüter 270
2. Besondere Pflichtdelikte 273
3. Haftung Privater als Amtsträger 275

VI. Zusammenfassung der strafrechtlichen Grenzen der Deliktsprovokation 276

2. Teil

Möglichkeiten der Rechtfertigung und Begründung von Deliktsprovokationen

A. Rechtfertigung privater Provokationen gemäß § 34 StGB 277
I. Provokation zwecks Ahndung vergangener Straftaten 278
1. Schutz von Kollektivrechtsgütern – subjektives Recht und objektive Gerechtigkeit 279
2. Konkretisierung und Gesetzesbindung des Rechtsguts 284
3. Formales Recht und materiales Rechtsgut 286
4. Rechtsgut und Prozeß 287
II. Provokation zwecks Gefahrenabwehr durch Strafe 291
III. Sicherheit der Volksgesundheit als Beispiel eines Kollektivrechtsgutes 294
IV. Gefährdung von Rechtsgütern und Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen 296
V. Beeinträchtigte Rechtsgüter und Abwägung 300
VI. Probleme der Angemessenheit und Kommensurabilität des Mittels der Provokation 306
1. Verbot, auf die Seite des Unrechts zu treten? 308
2. Unzuständigkeit Privater beim Schutz von Kollektivrechtsgütern? 311
3. Begrenzung privater Nothilfe gemäß den staatlichen Befugnissen? 315
4. Vorrang rechtlich geordneter Verfahren 317
a) Strikter oder relativer Vorrang von Verfahren 318
b) Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur 319
c) Verhältnis von polizeilichen Verfahren und privatem Eingriff 323
d) Die Phase staatlich organisierter Gefahrenabwehr 326
e) Fazit 329

B. Einverständnis und Einwilligung 330

C. Öffentlichrechtliche Begründungen der staatlichen Deliktsprovokation 331
I. Strafprozeßrecht 331
II. Polizeirecht, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 331
1. Konkrete Gefahr, Gefahrverdacht, Gefahrenvorsorge 331
2. Polizeipflichtigkeit 335
3. Geeignetheit und rechtliche Unmöglichkeit 336
4. Gesetzesbindung 337
5. Geringstmöglicher Eingriff und Verhältnismäßigkeit 343
6. Fazit 344
III. Verfassungsschutzrechtliche Gefahrenvorsorge als Begründung der Deliktsprovokation 345
IV. Präventive Verbote, gesetzliche Befreiungen und behördliche Erlaubnisse 348

D. Begründung staatlicher Deliktsprovokationen durch § 34 StGB 354

I. Eingriffe in Individualrechtsgüter 355
1. Argumente für die Anwendung des § 34 StGB auf hoheitliche Eingriffe 355
2. Kritik der Ausweitung des § 34 StGB 358
3. Grenzen der Legitimation von Mitteln durch Zwecke 361
4. Begründung staatlicher Eingriffe durch rechtlich geordnete Verfahren 363
5. Empirische Differenzen von privatem und staatlichem Handeln 364
6. Allgemeine Rechtsgedanken und Analogie 365
7. Ausnahmezustand und Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege 367

II. Eingriffe in Rechtsgüter der Allgemeinheit 369
1. Erweiterter Vorbehalt des Gesetzes und Primat parlamentarischer Entscheidung 371
2. Vorrang des Gesetzes, öffentliches und Privatinteresse 374

E. Rechtswidrige staatliche Deliktsprovokation und Ausschluß des Strafunrechts gemäß § 34 StGB 377

I. Allgemeine Erwägungen 378

II. Die Bedeutung des Handlungsunwerts für das Strafrecht 380

III. Die Bedeutung von Rollenpflichten für das Strafrecht 381

IV. Sozialethik als Kriterium 384

V. Die Bedeutung des Rechtsgüterschutzes für das Strafrecht 386

VI. Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe 388

VII. Ungleichheit und Rollenverteilung 392

VIII. Normzweckerwägungen 392
1. Schutz der Rechtsstaatlichkeit 393
2. Zweck von Kompetenzregelungen 394
3. Hypothetischer Kausalverlauf, rechtmäßiges Alternativverhalten 396
4. Gesonderte Bewertung von Kompetenzanmaßungen? 397
5. Die Rettungstendenz der Amtshandlung 398
6. Vergleich mit anderen Regelungen 401

IX. Teilweise Rechtfertigung, Analogie und Verhältnismäßigkeitserwägungen 404

X. Fazit zum Strafunrechtsausschluß 409

Ergebnis der gesamten Untersuchung 410

Literaturverzeichnis 414

Einleitung

Provozieren heißt hervorrufen. Etwas soll sich zeigen. Der Zoologe stößt im Experiment ein Verhalten des Tieres an, um seine Gesetzmäßigkeit zu erkennen. Der Verhaltensforscher läßt Menschen in einer Versuchsanordnung agieren, um ihre Reaktionsregelmäßigkeiten herauszufinden. Der Provokateur hat ein strategisches Verhältnis zum Provozierten. Daß dieser etwas Bestimmtes tun soll, darüber ist er mit ihm einig. Der Provokateur hat aber mit der Handlung etwas anderes vor, als der, der sie selbst vollzieht. Er erhebt sich über die Perspektive des Handelnden und läßt diesen in die Falle laufen, wenn er ihm feindlich gesonnen ist.

1. Definitionen

Im folgenden soll als Provokation oder Deliktsprovokation bezeichnet werden: das Fördern einer Straftat mit dem Wissen, daß der Täter entgegen seiner eigenen Erwartung der Strafe nicht entgehen wird, und mit der Absicht, mit der Straftat oder der Bestrafung des Täters weitere, von den Zielen des Täters abweichende Ziele zu erreichen — etwa durch das Beobachten des Täters den Weg zu anderen, als gefährlich eingeschätzten Personen oder Gegenständen zu finden oder durch die Teilnahme am kriminellen Tun das Vertrauen der Akteure zu erwerben und in der kriminellen Szene respektiert zu werden oder mit den Beweisen der Tat den Täter zur Kooperation mit der Polizei zu erpressen oder durch die Tat einen Anlaß zu exekutivischen Zwangsmaßnahmen gegen den Täter oder Dritte (z. B. Auflösung einer Demonstration) zu schaffen oder durch die gegen den Täter zu vollstreckende Freiheitsstrafe diesen eine Zeitlang unschädlich zu machen. Die hier gegebene Bestimmung soll nur pragmatisch und vorläufig den Gegenstand der Untersuchung umreißen. ‚Provokation' ist kein Rechtsbegriff. Für eine juristisch intendierte Untersuchung wie die vorliegende ist es deshalb nicht nötig, einen inhaltlich begründeten Begriff der Provokation zu entwickeln. Man kann noch viele andere kriminogene Verhaltensweisen, die nicht von der gegebenen Bestimmung erfaßt sind, als Provokation bezeichnen und rechtlich problematisieren, etwa eine Stadtplanung, die realisiert wird in dem Wissen, daß sie viele künftige Bewohner zu kriminellem Handeln stimuliert, oder die Gestaltung und Werbung eines Supermarktes in der Voraussicht, daß viele Leute zu Diebstählen stimuliert werden, die mit vorbereiteten Kontrolleinrichtungen beobachtet und der Bestrafung zugeführt werden sollen. Derartiges wird hier nicht erörtert in dem pragmatischen Interesse, das Thema zu begrenzen.

Deshalb sind auch nicht Gegenstand der Untersuchung die rechtlichen Konsequenzen der unzulässigen Provokation, insbesondere die in den letzten Jahren viel diskutierte Frage, ob und wie der von der Polizei Provozierte strafbar und verfolgbar ist. Bei dieser Fragestellung wird meist nach einzelnen mit der Provokation verbundenen Rechtsverstößen gesucht, die wegen ihrer Art oder Schwere begründen könnten, daß die provozierte Tat nicht strafbar, nicht verfolgbar oder nicht beweisbar ist. Da solche Konsequenzen vorliegend nicht Erkenntnisziel sind, wird nicht folgenorientiert nach einzelnen Rechtsverstößen geforscht, sondern umfassend erörtert, ob und unter welchen Bedingungen eine Provokation unzulässig und strafbar ist. Die Beantwortung dieser Frage kann relevant sein vor allem für staatliches, insbesondere polizeiliches Handeln, das beansprucht, Gesetzesvollzug zu sein. Punktuell allerdings, wo sie ohne weiteres naheliegen, werden auch vorliegend die Konsequenzen von Provokationen für die Strafbarkeit des Provozierten angesprochen. Auch werden sich bisher wenig beachtete Rückwirkungen zeigen: Die Provokation kann gerade deshalb zulässig sein, weil der Provozierte durch sie straffrei wird.

Die Provokation als solche ist — anders als etwa polizeiliche Standardmaßnahmen — im Recht nirgends vorgesehen. Deshalb kann nicht primär geprüft werden, ob und wann etwa Kriterien ihrer Begründetheit erfüllt sind. Zunächst (1. Teil) ist vielmehr zu fragen, wie die Provokation rechtlich begrenzt ist. In einem weiteren Schritt (2. Teil) kann dann untersucht werden, ob die Provokation, die eine rechtliche Grenze überschreitet, gleichwohl begründet oder gerechtfertigt ist. Soweit dies nicht der Fall ist, wird schließlich (2. Teil E) geprüft, ob u. U. die spezifische Strafrechtswidrigkeit der Provokation ausgeschlossen sein kann.

Die Provokation von Straftaten, so wie sie hier definiert wurde, kann im wesentlichen in drei Hinsichten rechtlich begrenzt oder begründet sein: Einmal kann das Fördern des Rechtsbruchs oder seiner schädlichen Wirkungen zu Lasten Dritter die Provokation unzulässig machen. Dafür ist das Staats- und Verwaltungsrecht einschlägig, das den Behörden gebietet, gesetzmäßig zu handeln und nicht grundlos in die Rechte der Bürger einzugreifen, weiter die allgemeinen Normen, die jedermann gebieten, die Rechte anderer zu achten, schließlich das Strafrecht, das jedermann verbietet, an Straftaten anderer teilzunehmen. Die Provokation kann weiter unzulässig sein, wenn sie den Provozierten rechtswidrig belastet. Insofern ist vor allem das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen, das eventuell die mit der Provokation einer Straftat verbundene Gefahr der sozialen Desintegration, den Vertrauensmißbrauch, den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung und die Veranlassung zur Selbstüberführung (nemo tenetur se ipsum prodere) verbietet.

Schließlich kann die Provokation wegen ihres Zweckes (z. B. Gefahrenabwehr, Gefahrenvorsorge, Rettung bedrohter Rechtsgüter im Notstand) begründet oder gerechtfertigt sein. Der Zweck kann die Provokation auch rechtswidrig machen, wenn sie für ihn das falsche Mittel ist (z. B. weil sie die Strafjustiz für die

exekutivische Gefahrenabwehr instrumentalisiert, weil durch sie die Strafe nicht mehr auf Taten, sondern auf gefährliche Personen bezogen wird).

2. Tatsächliche Entwicklung und herkömmliche Bewertung der Deliktsprovokation

Für die rechtliche Bewertung der Provokation von Straftaten sind ihre realen Zusammenhänge wichtig. Daß sie von Privaten ausgeht, schien lange Zeit eine Ausnahme zu sein. Das ändert sich vermutlich mit dem Wachsen der privaten Sicherheitsdienste[1]. 1980 soll es davon 542 gegeben haben mit insgesamt über 60.000 Beschäftigten. Die Zahlen steigen. Die privaten Dienste werden engagiert z. B. von Betrieben zur Kontrolle des Personals und der Kunden. Nach detaillierten Berichten aus der Sicherheitsbranche gehört mehr oder weniger provokatorisches Vorgehen zu den professionell, d.h. regelmäßig eingesetzten Mitteln. Daß dies stets rechtlich einwandfrei geschähe, ist wegen des materiellen Interesses der Akteure am Erfolg unwahrscheinlich. Es wird von Arbeitgebern berichtet, die Kündigungsgründe schaffen, indem sie Angestellte zu Straftaten provozieren lassen. Bekannt ist, daß Versicherungsunternehmen Detektive engagieren, die die verschwundene Beute von Straftaten sicherstellen sollen; Zugang zu der Beute verschafft sich der Detektiv eventuell über die Provokation einer Straftat. Denkbar ist auch, daß Personen oder Unternehmen, die sich von professionellen Kriminellen bedroht glauben, einen privaten Sicherheitsdienst beauftragen, die Gefahr abzuwenden, was erreicht wird, indem die als gefährlich eingeschätzten Personen zu einem Delikt provoziert werden, bei dem sie der Polizei in die Hände fallen.

Schließlich arbeiten private Sicherheitsdienste mit staatlichen Stellen zusammen im Bereich des Verfassungsschutzes, insbesondere beim Schutz sicherheitsempfindlicher Betriebe. Die privaten Dienste fungieren hier nicht, wie es juristischen Vorstellungen vom exklusiven staatlichen Gewaltmonopol naheliegt, als Konkurrenz der Polizei, sondern als deren Verlängerung. Führende Polizeibeamte nehmen die privaten Dienste gegen Vorurteile in Schutz und bewerten das Verhältnis als partnerschaftlich[2], was Berichte über den Detektiv Mauss bestätigen. — Im Hinblick auf die Expansion und Professionalisierung der privaten Sicherheitsdienste einerseits und auf die Brauchbarkeit der Deliktsprovokation für ihre Zwecke andererseits ist es durchaus relevant, die rechtlichen Grenzen der von Privaten ausgehenden Deliktsprovokation zu bestimmen. Wie sich zeigen

---

[1] Zum folgenden: Busch u.a., Die Polizei in der Bundesrepublik, S. 41 ff.; Wirsching, Den Schnüfflern auf der Spur, S. 62 ff., 149 f, 172 ff. mit ausführlicher Darstellung der Arbeitsweise privater Sicherheitsdienste (der Autor ist Unternehmensberater für Betriebskriminalität und Sicherheit).

[2] Vgl. Busch u.a., a.a.O., S. 44 ff. mit Belegen. Kritisch zur Privatisierung von Polizeigewalt Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277 ff.