

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 154**

# **Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß**

**Rechtswissenschaftliche Analyse –  
Rechtsvergleichende Studie mit dem  
U.S.-amerikanischen Prozeßrecht**

**Von**

**Patric Makrutzki**



**Duncker & Humblot · Berlin**

PATRIC MAKRUTZKI

**Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 154**

# Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß

Rechtswissenschaftliche Analyse –  
Rechtsvergleichende Studie mit dem  
U.S.-amerikanischen Prozeßrecht

Von

Patric Makrutzki



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Makrutzki, Patric:**

Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß : rechtswissenschaftliche Analyse ;  
rechtsvergleichende Studie mit dem U.S.-amerikanischen Prozeßrecht /

Patric Makrutzki. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 154)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09598-7

D 25

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-09598-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1997/98 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.B. als Dissertation angenommen worden.

Mein besonderer Dank gilt zuerst Herrn Prof. Dr. *René Bloy*, der es mir ermöglichte, diese Arbeit nach dem von mir selbstgewählten Thema anzufertigen, und mir stets mit Rat und Tat zur Seite stand. Seine vorbildliche Betreuung und Förderung, die sich nicht zuletzt durch ständige Gesprächsbereitschaft, eine Fülle von Denkanstößen, aber auch konstruktiver Kritik niederschlugen, haben entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Dank aussprechen möchte ich ihm ebenso für die zügige Erstellung des Erstgutachtens.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. *Rüdiger Herren* für die rasche Anfertigung des Korreferats. Gleichmaßen gebührt mein Dank *Martina Kienzler* und *Friederike Hoffmann*, die bei der Korrektur der Arbeit und den notwendigen, recht zeitraubenden Recherchen unschätzbare Mitarbeit leisteten, sowie *Anneliese Kienzler*, die während des einjährigen Promotionsverfahrens ebenfalls wertvolle Unterstützung leistete.

Besonderer Dank gebührt ebenfalls den Mitarbeitern der Bibliothek der UCLA in Los Angeles für ihre ständige Hilfsbereitschaft beim Aufsuchen der einschlägigen Literatur, wodurch die Anfertigung des rechtsvergleichenden Teils meiner Arbeit zügig beendet werden konnte.

Schließlich und endlich gilt mein Dank meinen Eltern. Ihnen widme ich dieses Buch als Zeichen meiner Dankbarkeit.

Freiburg, im September 1999

*Wolf-Patric Makrutzki*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Erster Abschnitt</b>	
<b>Terminologie und Kriminologie</b>	<b>17</b>
§ 1 Einführung in die Problematik . . . . .	17
§ 2 Terminologie und Kriminologie . . . . .	19
A. Verdeckte Ermittlungen . . . . .	19
B. Organisierte Kriminalität . . . . .	22
1. Begriff und kriminologische Bestandsaufnahme . . . . .	22
2. Geeignetheit und Erforderlichkeit von verdeckten Ermittlungen? . . . . .	30
C. Personelle Begriffsbestimmungen . . . . .	31
1. Verdeckte Ermittler . . . . .	31
2. V-Personen . . . . .	33
3. Informanten . . . . .	34
4. Under cover Agent (u.c.a.) . . . . .	34
5. Agent Provocateur . . . . .	35
D. Empirik und Kriminologie in bezug auf die V-Person . . . . .	36
1. Kriminologisches Erscheinungsbild der V-Person . . . . .	39
a) Formeller Integrationsprozeß der V-Person . . . . .	39
b) Motivation zur polizeilichen Zusammenarbeit . . . . .	42
2. Empirik . . . . .	43
§ 3 Zusammenfassung des Ersten Abschnitts . . . . .	46
<b>Zweiter Abschnitt</b>	
<b>Verdeckte Ermittlungen im „Lichte der Verfassung“</b>	<b>48</b>
§ 1 Problemdarstellung . . . . .	48
§ 2 Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen . . . . .	49

§ 3 Verstoß gegen das „Gebot der Offenheit staatlichen Handelns“? . . . . .	51
A. Das Gebot der Offenheit staatlichen Handelns in der Strafprozeßordnung . . . . .	51
B. Gebot der Offenheit aufgrund der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .	55
§ 4 Verdeckte Ermittlungen und Grundrechtsschutz des Beschuldigten . . . . .	60
A. Verdeckte Ermittlungen und die Würde des Menschen . . . . .	63
1. Schutzbereich der Menschenwürde . . . . .	63
2. Menschenwürde als Grenze verdeckter Ermittlungen . . . . .	65
B. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG . . . . .	69
1. Darstellung des Schutzbereiches . . . . .	69
2. Strafprozessuale Erscheinungsformen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts . . . . .	70
a) Problementwicklung . . . . .	70
b) Direkte Anwendung der §§ 136a, 136, 163a Abs. 4, 163a Abs. 3 StPO . . . . .	73
c) §§ 136a, 163a Abs. 3 StPO analog aufgrund „vernehmungähnlicher Situation“? . . . . .	74
d) §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 StPO analog und die „vernehmungähnliche Situation“? . . . . .	78
e) „Nemo tenetur“ und verdeckte Ermittlungen . . . . .	87
3. Exkurs: Informationelles Selbstbestimmungsrecht und verdeckte Ermittlungen . . . . .	94
C. Art. 13 GG – Unverletzlichkeit der Wohnung. . . . .	101
D. Ergebnis . . . . .	103
§ 5 Eingriffsqualität verdeckter Ermittlungen durch V-Personen . . . . .	104
A. Grundrechtseingriff durch V-Personen und Verdeckte Ermittler? . . . . .	104
B. Das „Freiwilligkeitskriterium“ . . . . .	105
C. Rechtsverhältnis und Rechtsstatus der V-Person . . . . .	107
§ 6 Verfassungsmäßige Rechtfertigung von V-Personen-Einsätzen . . . . .	113

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	11
A. Analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO für die V-Person? . . . . .	113
B. Die „Schwellentheorie“ . . . . .	115
C. §§ 161, 163 StPO i.V.m. „Übergangsbonus“? . . . . .	119
D. Rechtfertigung durch § 34 StGB? . . . . .	119
E. „Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht“ . . . . .	122
F. Verwaltungsvorschriften als ausreichende Rechtsgrundlage? . . . . .	122
G. Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht? . . . . .	123
§ 7 Verdeckte Ermittlungen und das „Legalitätsprinzip“ . . . . .	124
§ 8 „Tatprovokation durch V-Personen“ . . . . .	127
A. Grenzen der zulässigen Tatprovokation in der Rechtsprechung . . . . .	128
1. Theoretische Darstellung . . . . .	128
2. Praxisbeispiele . . . . .	131
B. Ansichten zur Tatprovokation in der Literatur . . . . .	133
C. „Schwere der Tat“ als absolute Grenze der beachtlichen Rechtsstaatswidrigkeit? . . . . .	134
D. Kritische Würdigung und eigene Stellungnahme . . . . .	136
§ 9 Zusammenfassung des Zweiten Abschnitts . . . . .	137

### Dritter Abschnitt

<b>Die „einsatzbedingte Straftat“</b>	139
§ 1 Strafbarkeit wegen Teilnahme . . . . .	139
A. Strafgrund der Teilnahme . . . . .	140
1. Lehre von der Schuldteilnahme . . . . .	140
a) Darstellung . . . . .	140
b) Kritische Würdigung . . . . .	143
2. Verursachungstheorie . . . . .	149
a) Darstellung . . . . .	149
b) Kritische Würdigung . . . . .	151
3. Akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie . . . . .	153

a) Darstellung . . . . .	153
b) Kritische Würdigung . . . . .	153
4. Modifizierte Ansicht Roxins . . . . .	155
a) Darstellung . . . . .	155
b) Kritische Würdigung . . . . .	157
5. Ergebnis . . . . .	159
<b>B. Grundsätzliche Überlegungen zur Teilnahme strafbarkeit von V-Personen .</b>	<b>160</b>
<b>C. Teilnahme an einer versuchten Haupttat . . . . .</b>	<b>161</b>
1. Versuchte Tat als Tat im Sinne von § 26 StGB? . . . . .	162
2. Determination des Teilnahmevorsatzes . . . . .	164
3. Objektive Gefährdung des Rechtsguts als konstitutives Element des Anstifterunrechts? . . . . .	166
4. Ergebnis . . . . .	169
<b>D. Teilnahme an einer vollendeten Haupttat . . . . .</b>	<b>170</b>
1. Ausgangslage . . . . .	170
a) Delikte mit präventivem Rechtsgüterschutz . . . . .	172
b) Gemeinsamkeiten der „Vorverletzungsdelikte“ . . . . .	178
2. Lehre von der formellen Vollendungsgrenze . . . . .	179
a) Darstellung . . . . .	179
b) Kritik . . . . .	181
3. Lehre von der materiellen Beendigungsgrenze . . . . .	185
a) Darstellung . . . . .	185
b) Kritik . . . . .	186
4. Systematisch-teleologisches Lösungsmodell . . . . .	189
5. Divergierende Theorien . . . . .	199
a) Irreparabilität des Rechtsgutsschadens . . . . .	199
b) Lehre vom fehlenden Erfolgsunrecht . . . . .	200
c) Kritische Würdigung aus analytischer Sicht . . . . .	201
6. Ergebnis . . . . .	202
<b>E. Sonderproblem: Beteiligung an abstrakten Gefährdungsdelikten . . . . .</b>	<b>202</b>
1. Ausgangsproblem . . . . .	203
2. Strafgrund der abstrakten Gefährdungsdelikte . . . . .	210

3. Lösungsmodelle zur Reduktion des Anwendungsbereichs der abstrakten Gefährdungsdelikte in der Literatur . . . . .	212
a) Methodischer Ansatz am „Gefahrerfolg“ . . . . .	212
(1) Rabl, Schröder und die „Gegenbeweis-Theorie“ . . . . .	212
(a) Darstellung . . . . .	212
(b) Kritik . . . . .	213
(2) Cramer und die „Theorie von der Handlungseignetheit“ . . . . .	215
(a) Darstellung . . . . .	215
(b) Kritik . . . . .	217
b) Methodischer Ansatz an der „Handlung“ . . . . .	218
(1) Horn, Brehm und die „Theorie von der Sorgfaltswidrigkeit“ . . . . .	218
(a) Darstellung . . . . .	218
(b) Kritik . . . . .	221
c) Andere Lösungsvorschläge . . . . .	223
(1) Darstellung . . . . .	223
(2) Kritik . . . . .	228
4. Eigenes Lösungsmodell: Die Vorsatzschuldtheorie . . . . .	234
a) Methodischer Ansatz . . . . .	234
b) Darstellung . . . . .	238
§ 2 Sonstiger strafrechtlich relevanter Bereich von V-Personen . . . . .	247
A. Strafbarkeit wegen Beihilfe . . . . .	247
B. Strafbarkeit wegen Täterschaft . . . . .	247
§ 3 Korrektur der Strafbarkeit der V-Person mit Hilfe des Opportunitätsprinzips? . . . . .	249
§ 4 Zusammenfassung des Dritten Abschnitts . . . . .	250

Vierter Abschnitt

**Rechtliche Konsequenzen des rechtswidrigen V-Personen-Einsatz** 252

§ 1 Problemdarstellung . . . . .	252
§ 2 Die rechtswidrige Tatprovokation . . . . .	252
A. Einführung . . . . .	252

B. Rechtsprechungsanalyse	253
C. Stand der wissenschaftlichen Erörterung	258
1. Materiell-rechtliche Lösungsansätze	258
2. Prozessuale Lösungsansätze	260
a) Tatprovokation als Verfahrenshindernis?	260
(1) Verfahrenshindernis wegen Verwirkung des Strafanspruchs	260
(2) Verfahrenshindernis aufgrund einer „Zweckverfehlung“	262
(3) Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen?	263
b) Neuere Rechtsprechung des BVerfG in bezug auf verfassungsrechtliche Verfahrenshindernisse	267
c) Beweisverwertungsverbot	269
3. Sonstige Lösungsvorschläge	272
D. Kritische Würdigung der Ansichten von Rechtsprechung und Wissenschaft	274
E. Rechtsvergleich mit dem U.S.-amerikanischen Recht	289
1. Einleitung	289
2. „The Entrapment Defense“	291
a) „Subjektive Test“	292
b) „Objective Test“	295
c) „Hybrid Test“	296
3. „Due Process of Law“	296
4. Ergebnis	298
§ 3 Eigenes Lösungsmodell: Konsequenzen des V-Personen-Einsatzes	299
A. Rechtsfolge des strafprozessualen Ermittlungseinsatzes von V-Personen de lege lata	299
1. Dogmatischer Fundus und Ausgangsüberlegung	299
2. Darstellung der Lösung	300
B. Sonderproblem: Rechtsfolge rechtswidriger Tatprovokation	312
1. Ausgangsüberlegung	312
2. Zur Problemlokalisation für staatlich veranlaßte Tatprovokationen	312
3. Konklusionen aus der Problemlokalisation für die bisherigen Lösungsmodelle und die eigene Lösung	318

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>15</b>
<b>§ 4 Zusammenfassung des Vierten Abschnitts</b> . . . . .	<b>318</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	<b>321</b>
<b>Sachverzeichnis</b> . . . . .	<b>348</b>





## Erster Abschnitt

# Terminologie und Kriminologie

### § 1 Einführung in die Problematik

In neuerer Zeit ist eine stetige Entwicklung der polizeilichen Praxis, Rechtsprechung und nicht zuletzt auch der Gesetzgebung zu erkennen, die in zunehmenden Maße verdeckte Ermittlungsmethoden zur Verbrechensaufklärung und -vorbeugung zuläßt. Als Rechtfertigung dieser neueren Form der Verbrechensbekämpfung wird regelmäßig auf die Gefahren der Organisierten Kriminalität (O.K.) sowie auf deren Immunität gegen konventionelle Ermittlungsmethoden verwiesen. Insbesondere die Rechtsprechung nahezu aller Gerichtszweige<sup>1</sup> betont die Notwendigkeit und Rechtmäßigkeit des Einsatzes von heimlich ermittelnden Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern. Auch die Bundesregierung<sup>2</sup> hat in ihrer Begründung zum Entwurf des OrgKG erklärt, daß die Organisierte Kriminalität gegenüber den herkömmlichen Ermittlungsmethoden weitgehend immun seien. Organisierte Kriminalität lasse sich mit offen ermittelnden Polizeibeamten, beziehungsweise offenen Ermittlungsmethoden nicht wirkungsvoll bekämpfen. Die Strafverfolgungsorgane müßten daher zu Ermittlungsmethoden greifen, die es ihnen erlauben, in das Innere der kriminellen Organisationen einzudringen. Ein wesentliches Instrument hierzu sei der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen. Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup>, wenn es in seinem Urteil vom 3. Oktober 1987 ausführt: „Bei der Bekämpfung des Rauschgifthandels können die Strafverfolgungsorgane nicht ohne den Einsatz sogenannter V-Leute auskommen, sofern sie ihrem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten überhaupt gerecht werden sollen.“

Auffallend an diesen Ausführungen ist, daß eine genaue wissenschaftliche Erklärung dessen, was denn eigentlich „Organisierte Kriminalität“ ist und war-

---

<sup>1</sup> BVerfG in: NJW 1996, 448 ff.; BVerfGE 57, 250 (284 f.); BVerfG in: NStZ 1991, 445; BGHSt 32, 115 (120 ff.); BGHSt 33, 83 (90 f.); BGH in: NStZ 1991, 194; BVerwG in: JZ 1992, 360 ff.; BVerfG in: NJW 1981, 1719 (1724); BGH in: NJW 1980, 1761; BGH in: StV 1994, 368.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 12/89, S. 21 (41).

<sup>3</sup> BVerfG in: NJW 1987, 1874; BVerfG in: NJW 1992, 168; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 110a Rn. 5; *Pfeiffer/Fischer*, § 110a Rn. 1.

um herkömmliche Ermittlungsmethoden nicht erfolgversprechend sind, nicht vorgenommen wird<sup>4</sup>. Zwar finden sich in den Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität<sup>5</sup> dazu Ausführungen in Form einer Begriffsbestimmung sowie der Beschreibung von Erscheinungsformen und möglicher Indikatoren zur Erkennung O.K. relevanter Sachverhalte. Wie jedoch schon die Richtlinien ihrem eigenen Wortlaut nach erkennen lassen, handelt es sich hierbei lediglich um eine Beschreibung des Ist-Zustandes dieser Kriminalitätsform. Eine wissenschaftliche Darstellung hinsichtlich der Entstehung, der konkreten Arbeitsweise und der Aufrechterhaltung einer kriminellen Organisation kann in diesen Richtlinien nicht einmal ansatzweise gesehen werden. Indes ist es als wesentlicher Fortschritt zu bezeichnen, daß zumindest die Tendenz zu erkennen ist, daß die O.K. gegenwärtig schrittweise als Gesamtkomplex wissenschaftlich erfaßt werden soll.

Verwundern darf die Beschränkung auf die bloße Beschreibung der Erscheinungsform der O.K. hingegen nicht, weil es kaum gesicherte empirische Erkenntnisse über Erscheinungsbild, Umfang und Struktur des organisierten Verbrechens gibt<sup>6</sup>. Erst in neuerer Zeit ist eine wissenschaftliche<sup>7</sup> und politische Auseinandersetzung mit dieser Frage zu beobachten. So führte beispielsweise das „Economic and Social Council“ der UNO 1994 in Neapel die „World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime“ durch, an der 142 Staaten teilnahmen. Ergebnis dieser Konferenzen war die Verabschiedung zweier Entwürfe unter den Titeln: „Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime“ und „Establishment of an International Task Force“. In Deutschland fand am 1. und 2. Dezember 1994 in Trier<sup>8</sup> auf Einladung der Europäischen Rechtsakademie und der Vereinigung für europäisches Strafrecht e.V. eine ähnliche Veranstaltung statt. An dieser Veranstaltung nahmen 200 Teilnehmer aus 18 Ländern teil. Es ist also eine allmähliche Mobilisierung zur kriminologischen Erforschung des Phänomens „Organisierte Kriminalität“ durchaus zu erkennen.

---

<sup>4</sup> So heißt es etwa bei *Krey*, Rechtsprobleme, Rn. 20: „Es liegt auf der Hand, daß es Staatsaufgaben von hohem Verfassungsrang gibt, die zu ihrer Erfüllung geheimer Ermittlungen bedürfen (...) Zu solchen Staatsaufgaben, die verdeckte Ermittlungen und Geheimhaltung gebieten können, ohne daß dagegen verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären, zählt das BVerfG zutreffend (...) die Bekämpfung der Bandenkriminalität.“

<sup>5</sup> Abgedruckt in: *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Anlage E.

<sup>6</sup> *Bindzus* in: *JuS* 1995, 373.

<sup>7</sup> Ausführlich hierzu: *Bögel*, Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland; *Sieber* in: *JZ* 1995, 758 ff.

<sup>8</sup> Siehe dazu das Resümee unter dem Titel „Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen“ in: *DRiZ* 1995, 81.

Bedenkt man in diesem Zusammenhang daneben, daß der Einsatz verdeckter Ermittlungen jedweder Art in der Hauptsache mit der Existenz der O.K. gerechtfertigt wird, ist eine eingehende Studie zur Erforschung dessen, was denn „Organisierte Kriminalität“ ist, nicht nur von erheblichem Vorteil für die Klärung der Sachfragen, sondern geradezu unentbehrlich. Hassemer<sup>9</sup> kritisiert deshalb die derzeitige Entwicklung der Kriminalpolitik zu Recht als „Kriminalpolitik unter Nichtwissen“. Eigens im Hinblick auf die Organisierte Kriminalität stellt er fest<sup>10</sup>: „Wir wissen fast nichts Genaues über den Gegenstand, um den es geht, sind aber gleichwohl fest entschlossen, ihn zu bekämpfen; wir schießen also mit scharfer Munition auf ein undeutliches Ziel.“ Um diesem Einwand so gut es geht zu begegnen, soll nachstehend der derzeitige Stand der kriminologischen Forschung in bezug auf die Organisierte Kriminalität in den Grundzügen dargestellt werden. Hierbei wird sich das Interesse auf die Beantwortung nachstehender Fragen konzentrieren:

- Hat das Organisierte Verbrechen ein Ausmaß angenommen, daß deren Bekämpfung als Staatsaufgabe von hohem Verfassungsrang angesehen werden kann?
- Ist der Einsatz von verdeckten Ermittlungen ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität?

Zweck dieses Kapitels ist es, neben diesen kriminologischen Untersuchungen auch die Terminologie im Zusammenhang mit verdeckten Ermittlungen zu klären. Dies ist schon deshalb wichtig, weil über die beim Einsatz von verdeckten Ermittlungsmethoden auftretenden Rechtsfragen nur dann nutzbringend diskutiert werden kann, wenn Klarheit über die Gegenstände der Erörterung besteht<sup>11</sup>.

## § 2 Terminologie und Kriminologie

### A. Verdeckte Ermittlungen

An dieser Stelle soll eine begriffliche Erfassung dessen, was überhaupt unter „verdeckten Ermittlungen“ zu verstehen ist, erfolgen. Wie bereits dieser Terminus vermuten läßt, besteht das strafprozessuale Ermittlungsinstitut „verdeckte Ermittlungen“ aus zwei Komponenten: „Ermitteln“ und „Verdeckt“.

Der Begriff „Ermittlung“ findet sich beispielsweise im Wortlaut der §§ 160, 161 StPO. Diese Normen sind im zweiten Abschnitt des zweiten Buches der Strafprozeßordnung, der das Ermittlungsverfahren zum Gegenstand hat, lokali-

<sup>9</sup> Hassemer in: StV 1995, 483 (487).

<sup>10</sup> Hassemer, a.a.O.

<sup>11</sup> Weichert, S. 119; Liskin in: DRiZ 1987, 187 (184).