



DAS ENDE DES POLIZEILICHEN LOCKSPITZELEINSATZES?

DR. KLAUS ELLBOGEN*

Nach einem aktuellen Urteil des 2. Strafsenats des BGH¹ ist Folge einer unzulässigen bzw. rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch einen verdeckten Ermittler die Annahme eines Verfahrenshindernisses. Bezugnehmend auf ein aktuelles Urteil des EGMR² zu dieser Problematik, bricht der Senat damit mit einer langjährigen Praxis der höchstrichterlichen (deutschen) Rechtsprechung, diese Konstellation nur im Rahmen der Strafzumessung strafmildernd zu berücksichtigen. Es stellt sich daher die Frage, ob dieses zweifelhafte Ermittlungsinstrument überhaupt noch eine Zukunft hat.

1. Polizeiliche Lockspitzel und ihre grundsätzliche Straflosigkeit

Eine Tatprovokation mittels eines Lockspitzels im hier zu untersuchenden Kontext kann zum einen durch Polizeibeamte (als verdeckte Ermittler) oder durch Privatpersonen, die aufgrund staatlicher Veranlassung handeln (sogenannte Vertrauens- bzw. V-Leute), erfolgen. Der Einsatz verdeckter Ermittler ist in den §§ 110a ff. StPO geregelt und nur unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig. Ob es auch für den Einsatz von V-Leuten einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, ist umstritten.³ Die wohl noch h.M. sieht in

der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 StPO allerdings eine ausreichende gesetzliche Stütze.⁴

Kommt es aufgrund des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers oder eines V-Mannes zu einer Straftat, so scheidet deren Strafbarkeit wegen Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) regelmäßig aus, weil sie als Lockspitzel oder agent provocateur keinen Vorsatz auf die Vollendung der Haupttat haben. Die derart begründete Straflosigkeit eines Lockspitzels ist allerdings insbesondere im Bereich von Drogendelikten nicht ganz unproblematisch. Überwiegend wird zwar angenommen, dass es für den agent provocateur ausreicht, wenn er nicht schon die formelle Vollendung der Tat verhindern kann, er doch Vorkehrungen trifft, dass eine materielle Beendigung der Tat ausbleibt bzw. eine Rechtsgutverletzung nicht eintritt.⁵ Unter Handeltreiben i.S.d. § 29 I Nr. 1 BtMG wird allerdings jede eigennützige auf die Förderung des Umsatzes von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit verstanden, für welche bereits auch eine einmalige, gelegentliche, vermittelnde oder bloß unterstützende Tätigkeit genügt. Jede umsatzfördernde Handlung sei ausreichend, ohne dass es bereits zur Anbahnung bestimmter Geschäfte gekommen sein muss. Die Förderung muss sich noch nicht einmal auf tatsächlich vorhandene Betäubungsmittel beziehen. Auch auf die

* Der Autor ist Habilitand von Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Lehrstuhl für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie.

¹ BGH, NJW 2016, 91; mit Anmerkung Eisenberg, NJW 2016, 98.

² EGMR, NJW 2015, 3631.

³ Dafür z.B. Lillie/Rudolf, NSZ 1995, 514, 516.

⁴ BT-Drs. 12/989, S. 41; BGH, NSZ 1995, 513; Burghard, Kriminalistik 1993, 683, 686; Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, 2004, S. 124 m.w.N.

⁵ Vgl. Fischer, StGB, § 26, Rn. 12; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 573. Seier/Schlehofer, JuS 1983, 50, 52 f.

tatsächliche Förderung des erstrebten Umsatzes kommt es nicht an, denn das Handeltreiben stellt kein Erfolgsdelikt dar.⁶ Unter diesen Voraussetzungen kann folglich bereits eine auch schon materiell beendete Straftat vorliegen, bevor der angestiftete Haupttäter überhaupt festgenommen und der Handel unterbunden wird. Um gleichwohl zur Straflosigkeit des agent provocateurs zu kommen, wird darauf verwiesen, dass ein missbilligter Erfolg im Sinne des § 29 I BtMG nur ein solcher Vorgang sei, der die Betäubungsmittel auf dem Weg zum Konsumenten weiterbringt, nicht jedoch Umsätze, durch welche diese der Polizei in die Hände gespielt und letztlich aus dem Verkehr gezogen würden.⁷

2. Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen

Es sind zwei unterschiedliche Situationen denkbar, in denen ein Lockspitzel zum Einsatz gebracht werden kann. Dieser kann zum einen (im Rahmen eines Scheinaufkaufes) auf einen bereits Tatverdächtigen bzw. Beschuldigten einwirken und zum anderen auf eine bislang unverdächtige und nicht tatgeneigte Person angesetzt werden. Gerade die zweite Konstellation findet in der polizeilichen Praxis offensichtlich nicht selten Anwendung. So werden Personen, die nicht zu einer Straftat entschlossen und auch nicht anderer Straftaten verdächtig sind, von V-Personen oder von verdeckten Ermittlern durch länger andauernde Überredungsversuche, intensive Beeinflussung, durch zähe Beharrlichkeit und unter Ausnutzung persönlicher Abhängigkeitsverhältnisse, aber auch durch Täuschung z.B. zur Begehung eines Betäubungsmitteldeliktens angestiftet.⁸ In den bekannt gewordenen Fällen wurden – zum Teil über Wochen und Monate – nicht tatgeneigte Personen „bearbeitet“ und mit dem Versprechen eines erheblichen Gewinns zur Tat provoziert oder der V-Mann machte den Erlass von Spielschulden davon abhängig, dass Rauschgift geliefert wurde oder er drohte gar damit, bei mangelnder Kooperation Straftaten anzuzeigen oder Geheimnisse preiszugeben.⁹ Dies hat zu der Feststellung geführt, dass hartnäckige Einwirkungen auf Zielpersonen, Verlockungen durch Vorzeigen großer Geldbeträge, die Ausnutzung von Notlagen, präzise Vorbereitung und intensive Steuerung der Begehung von Straftaten, Beschaffung von Tatmitteln einschließlich der

Freigabe sichergestellter Drogen zum Repertoire der Tatprovokation durch V-Leute gehöre.¹⁰

Eine derart durchgeführte Tatprovokation tangiert zumindest das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I 1 EMRK. Der EGMR leitet aus dieser Norm u.a. ab, dass eine unzulässige, das Recht auf ein faires Verfahren verletzende, Anstiftung bzw. Tatprovokation bereits dann vorliegt, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden nicht allein darauf beschränken, strafbares Verhalten zu ermitteln, sondern den Betroffenen derart beeinflussen bzw. anstiften, dass er eine Straftat begeht, die er sonst nicht begangen hätte, um die Tat nachweisen zu können, d.h. um Beweise zu beschaffen und die Tat strafrechtlich zu verfolgen. Aufgabe der Polizei sei es, Straftaten zu verhüten und aufzuklären, nicht aber zu ihrer Begehung anzustiften.¹¹ Maßgebliches Kriterium einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ist für den EGMR dabei, ob die Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungen im Wesentlichen passiv geführt haben.

Untere Grenze für die Zulässigkeit eines Lockspitzeleinsatzes ist dabei das Bestehen eines Tatverdachts gegenüber der provozierten Person.¹² Fehlt dieser, so ist die Tatprovokation unzulässig bzw. rechtsstaatswidrig und der Lockspitzel macht sich sogar selbst strafbar – wegen täterschaftlicher Beteiligung am initiierten Delikt oder wegen Anstiftung oder Beihilfe, die Regeln des agent provocateur greifen zu seinen Gunsten dann nämlich nicht.¹³ Der Einsatz des Lockspitzels ist in diesen Fällen unzulässig, denn der Angestiftete wird hierdurch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert¹⁴. Hierin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des Rechts auf ein faires Verfahren.¹⁵

3. Kriterien einer unzulässigen Tatprovokation

Der EGMR aber auch der BGH haben in ihrer Rechtsprechung Kriterien herausgearbeitet, welche eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation kennzeichnen. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass überhaupt noch keine Tatprovokation vorliegt, wenn der V-Mann oder der verdeckte Ermittler die Zielperson ohne sonstige Einwirkung lediglich

⁶ Vgl. *Rahlf* in MüKo StGB, § 29 BtMG, Rn. 283.

⁷ BGH, StV 1981, 549; BGH/D, MDR 1973, 554 (zu §§ 47, 49); *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797, 799 ff.

⁸ So z.B. in BGH, StV 1982, 53; BGH, NStZ 1993, 594 f. (der Sachverhalt erschließt sich vollständig erst durch die Anmerkung von *Puppe*, NStZ 1993, 595 ff.); BGH, StV 1995, 364 f.; BGH JZ 2000, 363 ff.; LG Frankfurt, StV 1984, 415 ff.; LG Stuttgart, StV 1984, 197 ff.

⁹ Siehe die Nachweise bei *Körner*, StV 1982, 382, 385.

¹⁰ *Eschelbach*, StV 2000, 390, 391; siehe auch schon *Körner*, BtMG, 5. Auflage (2001), § 31, Rn. 219.

¹¹ EGMR, NJW 2015, 3631, 3633.

¹² BGHSt 45, 321, 326; 47, 44, 48; BGH, NStZ 1995, 506, 507; BGH, JZ 2000, 363, 367; *Berz*, JuS 1982, 416, 420; *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 7, 13; *Mache*, StV 1981, 599, 600; *Sieg*, StV 1981, 636, 637.

¹³ Vgl. *Ostendorf/Meyer-Seitz*, StV 1985, 73, 76 f.; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114, 115.

¹⁴ BGH, StV 1995, 131; BGH, NStZ 1995, 506, 507; *Lehmann*, StraFo 1999, 109, 110.

¹⁵ EGMR, NStZ 1999, 47; BGH, JZ 2000, 363 ff.

* [DAS ENDE DES POLIZEILICHEN LOCKSPITZELEINSATZES?

darauf anspricht, ob dieser z.B. Betäubungsmittel beschaffen kann. Ebenso liegt es, wenn der V-Mann nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt.¹⁶

Liegt demnach tatsächlich eine Tatprovokation vor, so ist zunächst wesentlich, ob es vor Anordnung dieser Maßnahme objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene bereits an kriminellen Aktivitäten beteiligt war oder beabsichtigte, Straftaten zu begehen.¹⁷ Dabei kann berücksichtigt werden, ob der Betroffene vorbestraft ist oder bereits ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet worden ist. Für eine die Maßnahme rechtfertigende Tatgeneigtheit kann nach den Umständen des konkreten Falls z.B. sprechen, dass die Zielperson mit den üblichen Preisen für Betäubungsmittel vertraut ist, sie tatsächlich kurzfristig Drogen beschaffen kann und sie einen finanziellen Vorteil aus dem anzubahnenden Drogendeal ziehen würde.

Relevant ist daneben, ob auf den Betroffenen Druck ausgeübt wurde, um die Straftat zu begehen. Für eine unzulässige, aktive Tatveranlassung spricht dabei z.B., dass der Lockspitzel die Initiative bei der Kontaktaufnahme zum Betroffenen ergriffen hat, dass dieser ein Angebot trotz anfänglicher Ablehnung erneut gemacht hat, er hartnäckig zur Tat aufforderte und dabei den Kaufpreis über den Durchschnitt steigerte oder Entzugserscheinungen bzw. eine Notlage vorspiegelte, um das Mitleid des Betroffenen zu erregen.¹⁸

Aus diesen Vorgaben der Rechtsprechung kann daher geschlussfolgert werden, dass es unzulässig ist, eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person in einer dem Staat zurechenbaren Art und Weise zu einer Straftat zu verleiten. Aber selbst bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, wenn die Einwirkung auf die Zielperson im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist. Ob dies der Fall war, muss im Rahmen einer Abwägung ermittelt werden, bei welcher insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremd gesteuerten Aktivitäten des Betroffenen zu berücksichtigen sind.¹⁹

4. Die bisherige Rechtsprechung zu rechtswidrigen Tatprovokationen

Ursprünglich befürwortete die deutsche Rechtsprechung in Fällen rechtsstaatswidriger Tatprovokation aufgrund widersprüchlichen Verhaltens ein

Verfahrenshindernis wegen Verwirkung des staatlichen Strafanspruches.²⁰ Zur Beurteilung der Zulässigkeit der Tatprovokation zog die Rechtsprechung dabei ebenfalls die Grundlage und das Ausmaß des gegen den Beschuldigten bestehenden Tatverdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme des Lockspitzels sowie die Tatbereitschaft und eigene Aktivitäten dessen, auf den eingewirkt wurde, heran.²¹ Die Nichtbeachtung der Grenzen für das tatprovokierende Verhalten durch den Lockspitzel wurde dem Staat als Rechtsverstoß zugerechnet, denn das Rechtsstaatsprinzip untersage es den Strafverfolgungsbehörden, auf die Verübung von Straftaten hinzuwirken, wenn die Gründe dafür vor diesem Prinzip nicht bestehen könnten.²²

Allerdings gab der BGH bereits 1984 diese Rechtsprechung auf²³ und berücksichtigte seitdem das Vorliegen einer – zulässigen wie einer unzulässigen – Tatprovokation generell nur im Rahmen der Strafzumessung.²⁴ Ausgangspunkt war die Annahme, dass der Rechtsgüterschutz für den Staat keine verwirkbare Rechtsposition, sondern vielmehr eine Handlungspflicht sei, von welcher er sich nicht aufgrund eigenen bzw. ihm zurechenbaren Fehlverhaltens dispensieren könne.²⁵ Der staatliche Strafanspruch müsse daher auch in den Fällen einer unzulässigen Tatprovokation fortbestehen. Darüber hinaus hätten Strafverfahrenshindernisse auch nicht die Funktion die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren. Außerdem würden durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses die unterschiedlichen Fallgestaltungen unzulässiger Tatprovokation nicht hinreichend Beachtung finden, sondern es müssten nach dem Prinzip „Alles oder Nichts“ Entscheidungen hingenommen werden, die dem vom provozierten Täter verwirklichten Unrecht möglicherweise nicht entsprechen würden.²⁶ Da eine Tatprovokation jedoch die Schuld des Provozierten mindere, müssten strafmildernd die gesamten Umstände der Tat sowie die Art und Weise der Provokation berücksichtigt werden. Insbesondere bei einer unzulässigen Tatprovokation könne dies zur Folge haben, dass die sonst schuldangemessene Strafe unterschritten, ein besonders schwerer Fall

¹⁶ BGHSt 45, 321, 338; *Roxin*, JZ 2000, 369, 370.

¹⁷ EGMR, NStZ 1999, 47, 48; NJW 2015, 3631, 3633.

¹⁸ EGMR, NJW 2015, 3631, 3633; NJW 2009, 3565, 3566 f.

¹⁹ BGH, NStZ 2014, 277, 279; NJW 1984, 2300.

²⁰ BGH, NJW 1980, 1761; BGH, NStZ 1983, 80; BGH, NStZ 1981, 70; BGH, NStZ 1981, 394; LG Stuttgart, StV 1984, 197 ff.; LG Frankfurt/M, StV 1984, 415, 418.

²¹ BGH, NJW 1980, 1761; BGH, NStZ 1981, 70; BGH, StV 1981, 392.

²² BGH, NStZ 1981, 70; *Lüderssen*, FS Peters (1974), S. 349 ff.

²³ BGHSt 32, 345, 355.

²⁴ Zustimmung z.B. *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 288; *Beulke/Rogat*, JR 1996, 517, 519; *Foth*, NJW 1984, 221, 222; *Lehmann*, StraFo 1999, 109, 110; *K. Meyer*, NStZ 1985, 134 f.; *Rieß* in LR StPO, § 163, Rn. 73a; *Senge* in KK StPO, vor § 48, Rn. 85.

²⁵ BGHSt 33, 354, 362; *K. Meyer*, NStZ 1985, 134; *Schumann*, JZ 1986, 66, 70; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797, 831.

²⁶ BGH, JZ 2000, 363, 366; ebenso *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, § 14, Rn. 21.

verneint oder auf die gesetzliche Mindeststrafe zurückgegangen werden darf. In gravierenden Einzelfällen komme sogar eine Milderung noch unter das gesetzliche Mindestmaß in Betracht. Selbst bei einem Verbrechen könne dann unter Umständen § 59 i.V.m. § 47 II StGB anwendbar sein.²⁷

Bereits 1998 hat der EGMR allerdings festgestellt, dass in der Tatprovokation eines Unverdächtigen ein Verstoß gegen den Grundsatz des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 I EMRK liegt.²⁸ Gleichwohl hat der BGH zunächst weiterhin an seiner Strafzumessungslösung festgehalten.²⁹ Aus der Entscheidung des EGMR sei nämlich nicht zwingend zu folgern gewesen, dass in diesen Konstellationen ein Beweisverbot oder ein Verfahrenshindernis anzunehmen sei. Der EGMR hätte selbst betont, dass die Zulässigkeit der Erhebung bzw. der Verwertung von Beweismitteln in erster Linie durch die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts geregelt werde und es grundsätzlich Sache der nationalen Gerichte sei, die von ihnen zusammengetragenen Beweise zu würdigen. Aufgabe des EGMR sei es hingegen festzustellen, ob ein Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art der Darstellung der Beweismittel fair war³⁰.

Auch nach Auffassung des BVerfG war es im Fall einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation möglich, den verleiteten Täter zu bestrafen, wenn nur eine ausreichende Kompensation im gerichtlichen Verfahren erfolge. Eine Verfahrenseinstellung könnte nur in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schütze. Das Rechtsstaatsprinzip fordere nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts, sondern verlange und gestatte auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.³¹

5. Rechtsprechungsänderung durch das Urteil des BGH vom 10.6.2015

Die Position des BGHs nur über die Strafzumessungszulösung auf rechtsstaatswidrige Tatprovokationen zu reagieren, wurde durch neuere Urteile des EGMR immer mehr in Frage gestellt und letztlich unhaltbar. Der EGMR hat zwar

ausdrücklich festgestellt, dass die Bekämpfung der organisierten Kriminalität (auf diesem Gebiet werden die Lockspitzel vor allem regelmäßig eingesetzt) den Einsatz wirksamer Maßnahmen verlangt. Dies rechtfertige es jedoch nicht, das Recht auf eine geordnete Rechtspflege der Zweckmäßigkeit zu opfern. Liegt eine rechtswidrige Tatprovokation vor, dürften die so gewonnenen Beweismittel in einem späteren Strafverfahren nicht verwertet werden. Eine erhebliche Milderung der Strafe sei kein Verfahren mit vergleichbaren Ergebnissen wie der Ausschluss der Beweismittel. Eine Verurteilung aufgrund der so gewonnenen Beweismittel bedeute eine Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I EMRK.³² Die deutsche Praxis war daher in diesen Fällen konventionswidrig und musste geändert werden.³³

Der Fall, welcher dem BGH-Urteil zugrunde lag, mit dem der Rechtsprechungswandel herbeigeführt wurde, zeigt deutlich die Fragwürdigkeit des derzeitigen Lockspitzeleinsatzes. Die Polizei war auf den später wegen Betäubungsmittelhandels verurteilten B im Zuge von Ermittlungen wegen Geldwäsche gegen D gestoßen. Obwohl es für eine Involvierung des B in Drogengeschäfte keine belastbaren Anhaltspunkte gab, wurde ein verdeckter Ermittler auf ihn angesetzt, der über sechs Monate (!) hinweg versuchte, B zur Beschaffung von Betäubungsmitteln zu bringen. Erst als der verdeckte Ermittler vortäuschte in Lebensgefahr zu sein, wenn er nicht Drogen beschaffen würde, stellte B, der zuvor keine Drogengeschäfte vermitteln wollte, einen Kontakt her. Ob er eine Vergütung für das vermittelte Geschäft erhalten hat oder erhalten sollte, ließ sich nicht aufklären. Obwohl das erkennende Landgericht im Verfahren Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Verdeckten Ermittlers hatte, verurteilte es den Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten. Den Verstoß gegen Art. 6 I EMRK hat es zwar erkannt, aber nur strafmildernd berücksichtigt.

Der BGH hingegen hat in seinem Urteil festgestellt, dass bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis gegeben ist.³⁴ Ausschlaggebend war für ihn dabei das Urteil des EGMR vom 23.10.2014³⁵

²⁷ BGHSt 32, 345, 355; BGH, NStZ 1992, 488; BGH, StV 1994, 169; BGH, NStZ 1995, 506 f.; BGH, StV 2000, 555 f.; BayObLG, JR 2000, 256, 257.

²⁸ EGMR, NStZ 1999, 47 f.

²⁹ BGHSt 45, 321 ff.; 47, 44 ff. Bereits damals kritisch *Roxin*, JZ 2000, 369 ff.; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114 f. Mit Bedenken ebenfalls *Kudlich*, JuS 2000, 951, 955.

³⁰ EGMR, NStZ 1999, 47, 48.

³¹ BVerfG, NJW 2015, 1083 f.

³² EGMR, NJW 2015, 3631.

³³ *Endrijs/Kinzig*, NStZ 2000, 271, 272; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 142.

³⁴ So bereits früher *Bruns*, NStZ 1983, 49; *Herzog*, StV 2003, 410, 412; *Küpper*, JR 2000, 257 ff.; *Lesch*, JA 2000, 450, 454; *Meyer* ZStW 95 (1983), 834, 853; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114, 117; *Taschke*, StV 1984, 178, 179. Zustimmung *Lochmann*, StraFo 2015, 492, 500; *Mitsch*, NStZ 2016, 57 f.

³⁵ EGMR, NJW 2015, 3631.

in welchem die deutsche Strafzumessungslösung erstmals explizit als unzureichend gewürdigt wurde, um den Verstoß gegen Art. 6 I EMRK auszugleichen. Rechtsdogmatisches Fundament war für den BGH, dass die EMRK in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes hat. Nach Auffassung des BVerfG gehört es sogar zur Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 III GG, dass die Gewährleistungen der EMRK und auch die Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu berücksichtigen sind. Setzt sich ein deutsches Gericht nicht mit einer einschlägigen Entscheidung des EGMR auseinander, kann dies gegen die Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.³⁶ Die bisherige Strafzumessungslösung konnte vor diesem Hintergrund keinen Bestand mehr haben.³⁷

Die Annahme eines Verfahrenshindernisses war dabei die einzige Möglichkeit im deutschen Strafverfahrensrecht, die Vorgaben des EGMR umzusetzen. Insbesondere die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes kam nicht in Betracht. Ein solches schließt nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln aus. In den Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation liegt das Problem aber schon vor der Erlangung des Beweismittels (etwa einer Zeugenaussage), denn die zu beweisende Straftat als solche darf wegen des Konventionsverstoßes bereits nicht verfolgt werden. Es würde also nicht genügen, die aufgrund der Tatprovokation erlangten Beweise über ein Beweisverwertungsverbot auszuschließen. Das gesamte Strafverfahren an sich ist aufgrund des rechtsstaatswidrigen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden unzulässig.³⁸ Dies wird durch das Verfahrenshindernis zum Ausdruck gebracht.

6. Zweifel an der Sinnhaftigkeit von Lockspitzel-Einsätzen

An der Bekämpfung insbesondere schwerer Straftaten im Bereich der organisierten Kriminalität besteht zweifellos ein großes öffentliches Interesse. Allerdings gibt es für den Staat keine Wahrheitserforschung um jeden Preis.³⁹ Die Strafverfolgungsbehörden müssen sich insbesondere an die Grenzen, welche durch das Grundgesetz, die StPO und die EMRK gezogen werden, halten. Dies scheint gerade beim Einsatz von Lockspitzeln nicht immer der Fall

bzw. für die im staatlichen Auftrag Handelnden besonders schwer zu sein.

Gerade die zahlreichen bekannt gewordenen Beispiele zu rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen lassen aber auch grundsätzliche Zweifel an diesem Ermittlungsinstrument – einer Verbrechensprophylaxe mittels Verbrechensprovokation⁴⁰ – aufkommen. Wenn z.B. ein V-Mann bei seiner Tätigkeit in der Drogenszene eine nicht zum Betäubungsmittelhandel entschlossene Frau durch Aufbau und Ausnützung einer scheinbaren Liebesbeziehung zur Beschaffung von Betäubungsmitteln veranlasst,⁴¹ lässt sich die Sinnhaftigkeit dieser Tatprovokation nur schwer erkennen. Selbst wenn Ergebnis dieses Tuns sein sollte, dass tatsächlich etwa Drogen vom Markt genommen wurden, bleibt die Frage, warum hierzu unbescholtene Bürger zuvor in Schuld verstrickt werden mussten. Der Standpunkt, es ergebe sich aus dem materiellen Strafrecht, dass der Staat bis zur Grenze des Nötigungsnotstandes von seinen Bürgern erwarte, solchen Tatprovokationen zu widerstehen, mag vertretbar sein.⁴² Es erscheint aber zumindest nicht sinnvoll, in diesen Fällen erst die Gelegenheit zur Begehung von Straftaten zu schaffen, um dann mit der ganzen Härte des Strafrechts zuzuschlagen.⁴³ Es gehört sicher nicht zu den vordringlichsten Aufgaben des Staates, die Rechtstreue seiner Bürger derart auf die Probe zu stellen. Vielmehr sollte es Aufgabe eines Rechtsstaates sein, den unbescholtenen und unverdächtigen Bürger in seiner Rechtstreue zu unterstützen und vor der Begehung von Straftaten zu bewahren⁴⁴. Auch das BVerfG hat insoweit bereits festgestellt, dass die von der Staatsanwaltschaft eingesetzten Ermittlungspersonen Straftaten aufklären, aber nicht selbst herbeiführen sollen.⁴⁵ Ziel der Polizeiarbeit sollte daher keine Straftatverführung im Sinne einer kriminalistischen Arbeitsbeschaffung sein.⁴⁶

Rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen scheint im Übrigen stets folgendes Muster zugrunde zu liegen: die Ermittlungsbehörden verdächtigen eine Person, eine bestimmte Art von Straftaten (z.B. im Bereich

³⁶ BVerfG, NJW 2004, 3407. Im Übrigen ergibt sich die Pflicht zur Berücksichtigung einschlägiger Urteile des EGMR auch aus Art. 46 EMRK.

³⁷ BGH, NJW 2016, 91, 95; ebenso *Hauer*, NJ 2015, 203; *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 761, 769; *Pauly*, StV 2015, 411, 412; *Petzsch*, JR 2015, 88, 89; *Sommer*, StraFo 2014, 508 ff.

³⁸ Vgl. *Wolter*, ZIS 2012, 238.

³⁹ BVerfG, JZ 2011, 249, 250; BGHSt 14, 358, 365; *Jahn*, StraFo 2011, 117.

⁴⁰ So *Lüderssen*, FS Peters (1974), S. 349.

⁴¹ So im Fall des AG Heidenheim, NJW 1981, 1628.

⁴² In diesem Sinne *Sinn/Maly*, NSTZ 2015, 379, 382, nach denen die Botschaft einer Verurteilung im Fall einer (auch rechtswidrigen) Tatprovokation lauten müsse, dass man dem Versuch einer Verleitung zu kriminellem Verhalten standzuhalten habe.

⁴³ *Harzer*, StV 1996, 336, 341, spricht in diesem Zusammenhang von einer Perversion der Staatsgewalt.

⁴⁴ *Mache*, StV 1981, 599, 600. Ähnlich *Beckmann*, StV 1986, 179; *Endriß/Kinzig*, NJW 2001, 3217, 3221.

⁴⁵ BVerfG, NJW 2015, 1083, 1084.

⁴⁶ *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114, 115.

des Betäubungsmittelhandels) zu begehen⁴⁷ bzw. bereits eine bestimmte (derartige) Straftat begangen zu haben, ohne hierfür hinreichende Beweise zu haben. Da die vorhandenen Beweismittel nicht für die Einleitung eines Strafverfahrens ausreichen, wird dann ein Lockspitzel eingesetzt, um die passenden Beweise zu beschaffen. Bei den dann eingesetzten Mitteln, um den „Verdächtigen“ zu einer Straftat zu bewegen (Geld, Versprechungen, Drohungen, Liebesbeziehungen etc.), ist es dann meist nur eine Frage der Zeit, bis sich der Erfolg einstellt. Kriterium der Strafbarkeit ist dann nicht die Schuld des Täters, sondern dessen Verführbarkeit. Wenn der private V-Mann dann auch noch eine Erfolgsprämie erhält, weil er geholfen hat, einen Straftäter zu überführen, sind die rechtsstaatlichen und auch moralischen Bedenken gegen dieses Verhalten kaum noch auszuräumen.

7. Ausblick

Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokationen besteht künftig ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis. Das Betreiben eines Strafverfahrens begründet für die beteiligten Amtsträger dann eine Straftat gemäß § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger). Nur im Falle einer rechtmäßigen Tatprovokation darf ein Strafverfahren durchgeführt werden. Dabei stellt sich aber regelmäßig das Problem der Beweisbarkeit der Aussagen der eingesetzten V-Männer und Verdeckten Ermittler. Die Strafverfolgungsbehörden geben für diese

Personen meist aus Furcht um deren Leben und Gesundheit oder auch um diese weiter einsetzen zu können, Sperrerklärungen (§ 96 StPO) ab bzw. erteilen keine Aussagegenehmigung (§ 54 StPO). Dies hat zur Folge, dass deren wahre Identität geheim bleibt und ihre Aussagen nur mittelbar ins Verfahren eingeführt werden können, z.B. über die Vernehmung der polizeilichen Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen oder die Verlesung der erstellten Protokolle. Teilweise wird auch eine audiovisuelle Vernehmung gemäß § 274a StPO (eventuell unter optischer oder akustischer Abschirmung oder Verfremdung) erfolgen können.⁴⁸ Folge der Sperrerklärungen ist aber in jedem Fall, dass im gerichtlichen Verfahren die Glaubwürdigkeit des eingesetzten Lockspitzels und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage nicht hinreichend sicher beurteilt werden können. Angesichts dieser beweisrechtlichen Probleme, der aber gleichwohl hohen personellen und finanziellen Gefahren und der moralischen wie strafrechtlichen Fragwürdigkeit dieses Ermittlungsinstruments, sollten die Strafverfolgungsbehörden auf dessen Einsatz künftig ganz verzichten.



⁴⁷ Grundsätzlich kann zwar auch die Neigung der Zielperson, Straftaten zu begehen, einen Lockspitzeleinsatz rechtfertigen, dies aber nur, wenn zusätzlich ein (konkreter) Tatverdacht vorliegt.

⁴⁸ Siehe hierzu im Einzelnen *Ellbogen*, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, S. 138 ff, S. 191 ff.



But first:
coffee!

Ulf's Café im HPI

Mo – Fr: 09:00 – 18:00 Uhr
Prof.-Dr.-Helmert Straße 2-3
14482 Potsdam

