

Das Ende der Strafzumessungslösung nach einer menschenrechtswidrigen Tatprovokation

Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland)*

Von Wiss. Mit. **Julia Klaus**, Erlangen**

I. Einleitung

Die Tatprovokation gehört zu den Wiedergängern in Rechtswissenschaft und -praxis, die man, einmal gründlich durchdacht, bereits mit einer angemessenen Lösung würdigen zu können glaubte. Allerdings liegen zwei Lager derart hartnäckig und unnachgiebig über Kreuz, dass sie eine neuerliche Beschäftigung mit der Tatprovokation unumgänglich machen: einerseits der EGMR und weite Teile der Literatur, andererseits der BGH mit Rückendeckung durch das BVerfG. Im Kern geht es um die Frage, ob eine Tatprovokation, welche die Ausmaße eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK annimmt, mit einem Strafabatt für die provozierten Zielpersonen ausreichend kompensiert ist. Die menschenrechtliche Antwort war spätestens seit dem 2014 ergangenen Urteil des EGMR in Sachen *Furcht* eine unmissverständlich verneinende. Dennoch sträubte sich Karlsruhe – mit Ausnahme des 2. *Strafsenats* des BGH unter Fischer – dagegen, die Strafzumessungslösung aufzugeben. In der kürzlich entschiedenen Rechtssache *Akbay* signalisiert der EGMR das Ende seiner Geduld mit Ausflüchten wie behaupteten dogmatischen Unterschieden oder künstlichen Sachverhaltsdifferenzierungen. Diese Entscheidung soll vorliegend zunächst besprochen werden, bevor einige sich daraus ergebende Folgeprobleme für den Gesetzgeber und die Rechtspraxis beleuchtet werden.

II. Zum Sachverhalt

Im September 2009 ergab sich der Anfangsverdacht, der nicht vorbestrafte A handle in seinem Berliner Café mit Heroin.¹ Ab November 2009 setzte das LKA Berlin daher den im kriminellen Milieu zu verortenden Informanten M als Vertrauensperson auf A an. M wurden neben Auslagerenstatung und einem Honorar pro Einsatztag auch eine Erfolgsprämie, deren Höhe von der bei A sicherzustellenden Betäu-

bungsmittelmenge abhängen sollte, in Aussicht gestellt. Im Februar 2010 trat M mit der Legende, er kenne durch einen korrupten Hafendarbeiter einen Einfuhrweg für Heroin über den Bremerhavener Containerhafen, an A heran. A drückte seine Abscheu gegen Heroin aus, erwähnte jedoch, dass Kokain und Haschisch etwas anderes seien. Um nicht unbedarft zu erscheinen, behauptete A, er wolle sich bei seinen entscheidenden Kontakten umhören.

Nachdem A länger nichts von sich hatte hören lassen, beauftragten die Ermittler den M im Mai 2010 mit einer aktiveren Vorgehensweise. M informierte A, er habe sich in Bremerhaven für ihn eingesetzt und der Gewinn steige natürlich mit der Liefermenge. Der zögernde A wollte den Hafendarbeiter zuerst kennenlernen. Überdies verlangte M für sich und den Hafendarbeiter jeweils 50.000 Euro – eine Summe, über die A zunächst nicht verfügte. Als A im Juli 2010 aus einer Erbschaft 130.000 Euro erhielt, verließ er diese stattdessen an Bekannte. Auf weiteres Drängen des M versuchte A vergeblich, Kontakt zu einem Kokainlieferanten herzustellen.

Anfang August 2010 trafen M und A den Hafendarbeiter K, der in Wahrheit ein Verdeckter Ermittler war. Dieser Einsatz wurde erst Ende September 2010 durch ein Berliner Amtsgericht nach § 110b Abs. 2 StPO autorisiert. A zeigte sich tief beeindruckt vom Gespräch mit K und behauptete wahrheitswidrig, seine Kontakte in Südamerika würden den Containertransport von Kokain vorbereiten. In der Folge prahlte A vor M mit weiteren angeblichen Drogengeschäften, die offensichtlich nicht wahr sein konnten – so z.B. die Hochseeverseicherung eines Containers ab dem heutigen Nordmazedonien. Bei einem erneuten Treffen mit K und M Ende Oktober 2010 machte A Zusicherungen zu Lieferscheinen, Übergabeort und der ersten Hälfte der Provisionszahlung.

Im Februar 2011 musste A gegenüber M schließlich einräumen, dass er seine Versprechungen nicht halten können würde. Er versuchte, M mit einem anderen Geschäft zu verlocken. M begann jedoch, A unter Druck zu setzen und „an der Ehre zu packen“. Daraufhin brachte A einen späteren Mitangeklagten dazu, nach Venezuela zu fliegen. Letzterem gelang es allerdings nicht, dort wie erhofft ein Kokaingeschäft anzubahnen.

Im Zeitraum April/Mai 2011 fuhren A und sein Bekannter S in die Niederlande, um günstig arabischen Wasserpfeifentabak zu kaufen. Dabei erzählte A einem niederländischen Bekannten des S von dem sicheren Einfuhrweg über Bremerhaven. Der Niederländer bot an, sich um Kontakte nach Südamerika zu bemühen. Just in diesem Zeitraum wies eine polizeiliche Führungsperson den M an, dem A zu vermitteln, er solle „die ganze Sache mit dem Kokaintransport“ vergessen. Diese Anweisung beruhte auf der Einschätzung des K, dass A keine tatsächlichen Möglichkeiten zur Realisierung eines Kokainimports habe.

* Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204996> (4.6.2021).

** Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle Völkerstrafrecht des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. [LSE]) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Sie dankt Rechtsanwalt Ingo Klaus Wamser, Passau, für wertvolle Anmerkungen aus der Sicht eines Praktikers und Ass. jur. Florian Schmid, Heidelberg, für kritische Gedanken zu einer früheren Fassung.

¹ Die nachfolgende Sachverhaltswiedergabe stützt sich auf die Revisionsentscheidung BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 7 ff. = NStZ 2014, 277 (277 ff.), sowie auf ergänzende Angaben in EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 5 ff.

Tatsächlich einigte sich A jedoch bei weiteren Treffen in den Niederlanden mit wohl südamerikanischen Personen auf eine Verschiffung von ca. 100 kg Kokain, wovon 16 kg an A gehen sollten. In der Folge trafen sich A, K und M mehrmals, um diesen Transport vorzubereiten. Sie besichtigten eine sog. „Bunkerwohnung“ sowie einen Kleintransporter – beides von den Ermittlern zur Verfügung gestellt und mit Mikrofonen bzw. Fahrzeuginnenraumüberwachung versehen.

Am 17. August 2011 traf in Bremerhaven das Schiff mit der Kokainlieferung ein. Nun kam U ins Spiel, ein anderer Bekannter des A, der sich um den Weitertransport der Drogen nach Berlin kümmern sollte. Entsprechend der zwischen K, M und A getroffenen Vereinbarung holten mehrere Tatbeteiligte die Drogen am 18. August 2011 aus dem Hafen ab und verbrachten sie in die „Bunkerwohnung“. Beim dortigen Verladen des Kokains erfolgte der Zugriff.

III. Entscheidung des EGMR

Erinnert man sich an die mittlerweile mehr als sechs Jahre zurückliegenden nationalen Gerichtsentscheidungen zu diesem Fall sowie deren kritische Besprechungen,² ist die vorliegende Entscheidung des EGMR im Ergebnis nicht überraschend. In ungeduldig wirkender Deutlichkeit schreiben die Straßburger Richter ihren deutschen Kollegen die menschenrechtlichen Erfordernisse für den Umgang mit einer solchen Tatprovokation ins Stammbuch.

1. Beschwerdebefugnis der Witwe des A

Zunächst hatte der Gerichtshof jedoch zu klären, ob die Beschwerde der Ehefrau des 2015 verstorbenen A überhaupt zulässig war. Eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK setzt grundsätzlich voraus, dass die Beschwerdeführer von der geltend gemachten Menschenrechtsverletzung selbst betroffen sind und jedenfalls bei Beschwerdeeinreichung noch leben.³ Sofern das unmittelbare Opfer bereits vor der Beschwerdeeinreichung verstorben ist, ist eine Beschwerde nur in zwei Ausnahmekonstellationen zulässig.

Erstens kann es sich bei den Beschwerdeführern um mittelbare Opfer handeln, die eine Betroffenheit in ihren eigenen Rechten darlegen.⁴ Diese Ausnahme ist vorwiegend in Fällen

des Art. 2 EMRK, d.h. bei Tod oder Verschwinden eines nahen Angehörigen, einschlägig.⁵ In Fällen der Art. 5, 6 oder 8 EMRK hat der Gerichtshof bisher zwei Möglichkeiten einer mittelbaren Verletzung naher Verwandter in eigenen Rechten anerkannt: zum einen ein „moralisches Interesse“ an der Entlastung des verstorbenen Opfers oder am Schutz der Reputation ihrer selbst und ihrer Familie, zum anderen ein „materielles Interesse“ an einer EGMR-Entscheidung durch die Betroffenheit in eigenen Vermögensrechten. Schließlich berücksichtigt der Gerichtshof neben diesen potentiellen Eigeninteressen der Verwandten auch ein allgemeines Interesse an einer Sachentscheidung,⁶ wodurch die Grenzen zur zweiten Ausnahme verschwimmen.

Zweitens kann es nämlich um eine Frage von allgemeinem Interesse bezüglich der „Achtung von Menschenrechten“ („respect for human rights“) gehen, an deren Klärung mittels einer Individualbeschwerde die Erben des verstorbenen Opfers ein legitimes Interesse darlegen müssen.⁷ Ein solches allgemeines Interesse besteht in Fällen, deren Kernfrage über Person und Interessen der Beschwerdeführer hinausgehen.⁸ Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Beschwerde letztlich auf die Gesetzgebung, das Rechtssystem oder die Rechtspraxis des betroffenen Mitgliedstaates bezieht.⁹ Wenngleich der EGMR die zwei Ausnahmekonstellationen zur Zulässigkeit einer nach dem Tod des unmittelbaren Opfers eingelegten Individualbeschwerde durch diese Ausführungen wieder besser unterscheidbar macht, schließt er die Rechtsausführungen doch mit dem Hinweis ab, dass er alle genannten Kriterien kumulativ in einer Gesamtschau bewerte.¹⁰

Für den vorliegenden Fall bejaht der EGMR ein moralisches Interesse der Witwe des A, die Reputation ihres möglicherweise zu Unrecht verurteilten Ehemannes wiederherzustellen.¹¹ Sollte der Gerichtshof eine Art. 6 EMRK verletzende Tatprovokation feststellen, so hätte diese zu einem Aus-

Kammer), Urt. v. 15.10.2009 – 17056/06 (Micallef v. Malta), Rn. 48.

⁵ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 70 m.w.N.

⁶ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 71; so schon EGMR, Urt. v. 17.7.2017 – 47848/08 (Centre of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien), Rn. 100 m.w.N.

⁷ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 69; so schon EGMR, Urt. v. 5.7.2005 – 55929/00 (Loyen u.a. v. Frankreich), Rn. 29.

⁸ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 76; so schon EGMR, Urt. v. 24.07.2003 – 40016/98 (Karner v. Österreich), Rn. 25.

⁹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 76, so schon EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.10.2009 – 17056/06 (Micallef v. Malta), Rn. 46.

¹⁰ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 77.

¹¹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 80 ff.

² Zu BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, siehe z.B. *Jahn*, JuS 2014, 371; *Sättle*, FD-StrafR 2014, 354628; *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 209. Zu BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, siehe z.B. *Jäger*, JA 2015, 473; *Jahn*, JuS 2015, 659; *Steinbeis*, Verfassungsblog v. 11.2.2015, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/gelegenheit-macht-diebe-von-v-maennern-strafrechtsdogmatik-und-dem-recht-auf-ein-faires-verfahren/> (4.6.2021).

³ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 67; so schon EGMR, Urt. v. 17.7.2017 – 47848/08 (Centre of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien), Rn. 96.

⁴ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 69; so schon EGMR (Große

schluss aller dadurch erlangten Beweismittel oder zu ähnlichen Konsequenzen führen müssen. Daher könne eine solche Feststellung den Betroffenen ermöglichen, auf nationaler Ebene gegen ihre auf auszuschließende Beweismittel gestützte Verurteilung vorzugehen.¹² Weiter weist der EGMR auf die besonders nahe Beziehung zwischen A und seiner Ehefrau hin und merkt an, dass A schließlich erst kurz vor Einlegung der Individualbeschwerde verstorben war.¹³

Wesentlich gewichtiger für das Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als menschenrechtstreuer Mitgliedstaat der EMRK erscheint die Bejahung auch der zweiten Ausnahmekonstellation durch den EGMR. Kernfrage der vorliegenden Beschwerde seien die Konsequenzen, welche nationale Gerichte aus einer von ihnen als konventionswidrig erkannten Tatprovokation zu ziehen hätten, um Art. 6 EMRK insbesondere in seiner Auslegung durch den EGMR in Sachen Furcht Geltung zu verschaffen. Diese Kernfrage gehe in ihrer Bedeutung über die Interessen des A und der zwei weiteren Beschwerdeführer hinaus. Sie betreffe Rechtssystem und Rechtspraxis der Bundesrepublik.¹⁴

Der EGMR erkennt an, dass der 2. *Strafsenat* des BGH aufgrund der Furcht-Entscheidung zwischenzeitlich seine Rechtsprechung dahingehend geändert hatte, dass auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation grundsätzlich ein Verfahrenshindernis zu folgen habe. Diese Entscheidung vom Juni 2015 hatten die mit dem vorliegenden Fall befassten Gerichte allerdings nicht mehr berücksichtigen können, weshalb sie die Beschwerdebefugnis nicht entfallen lasse.¹⁵ Es ist nicht ersichtlich, ob dem EGMR die außergewöhnlich progressive Rolle, die der 2. *Strafsenat* unter Fischer angenommen hatte, bekannt war. Tatsächlich war es auch unter diesem Blickwinkel weise, die Sache nicht als geklärt anzusehen: Der 1. *Strafsenat* des BGH erklärte im Dezember 2017 vorsichtshalber in einem obiter dictum, dass ein Verfahrenshindernis nach einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nur in Ausnahmefällen anzunehmen sei.¹⁶

2. Tatprovokation als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

In der Begründetheit der Individualbeschwerde stellt der EGMR in Übereinstimmung mit den nationalen Gerichten eine Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzende Tatprovokation im Ermittlungsverfahren fest. Anders als die nationalen Gerichte sieht er in der Strafzumessungslösung jedoch keine den Konventionsverstoß heilende Kompensation.

Der EGMR prüft den potentiellen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK dabei in zwei Schritten: Zunächst untersucht er in einer „materiellen Prüfung“, ob tatsächlich eine Tatprovokation erfolgt ist.¹⁷ Ist dies der Fall oder kann der Gerichtshof dies mangels ausreichender Informationen in den nationalen Akten, aufgrund fehlender Aktenübermittlung oder widersprüchlicher Angaben der Parteien nicht feststellen, kommt er zum zweiten Schritt einer „prozessualen Prüfung“.¹⁸ Dabei untersucht der EGMR, ob die nationalen Gerichte ausreichende Schritte zur Aufklärung einer behaupteten Tatprovokation unternommen haben und, wenn eine solche festgestellt oder von der Staatsanwaltschaft nicht widerlegt werden konnte, ob sie die erforderlichen Konsequenzen im Einklang mit der EMRK gezogen haben.¹⁹

a) Materielle Prüfung einer Tatprovokation

Im Rahmen seiner materiellen Prüfung definiert der EGMR zunächst die polizeiliche Tatprovokation. Anders als die deutschen Gerichte unterscheiden die Straßburger Richter nicht zwischen einer rechtsstaatswidrigen, d.h. unzulässigen, und einer rechtsstaatsgemäßen, d.h. zulässigen, Tatprovokation. Sie differenzieren vielmehr zwischen konventionswidriger Tatprovokation und legitimen verdeckten Ermittlungen. Eine Tatprovokation im Sinne der Rechtsprechung des EGMR liegt vor, wenn Ermittler – ob Behördenmitarbeiter oder andere, von ihnen instruierte Personen – sich nicht auf eine im Wesentlichen passive Verfolgung kriminellen Verhaltens beschränken, sondern solch einen Einfluss auf die Verdächtigen ausüben, dass die Ermittler zu einer ansonsten nicht begangenen Tat anstiften, um gerade diese Tat nachweisen und verfolgen zu können.²⁰ Der EGMR untersucht an zwei Faktoren, ob das Ermittlerverhalten „im Wesentlichen passiv“ war: den Gründen für die verdeckten Ermittlungen und dem Verhalten der Ermittler.²¹

Kriterien, die gegen ausreichende Gründe für die verdeckten Ermittlungen sprechen, sind fehlende Vorstrafen der Verdächtigen, keine früheren Ermittlungsverfahren gegen diese und keine Hinweise auf Tatgeneigtheit vor dem Kontakt mit den Ermittlern.²² Im Gegensatz dazu sprechen eine gewisse Vertrautheit der Verdächtigen mit aktuellen Drogenpreisen, Möglichkeiten zur kurzfristigen Beschaffung von Betäubungsmitteln und ihre Gewinnspanne bei derartigen

¹² EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 81.

¹³ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 82.

¹⁴ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 87.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 88; vgl. BGH, Urt. v. 15.06.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 53 ff. = NJW 2016, 91 (96 f.) m. Anm. Eisenberg.

¹⁶ BGH, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, Rn. 30 = NSStZ 2018, 355 (356) m. Anm. Esser.

¹⁷ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 111.

¹⁸ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 120.

¹⁹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 121.

²⁰ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 112; so schon EGMR (Große Kammer), Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramanaukas v. Litauen), Rn. 55; ebenso EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 37.

²¹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 114.

²² EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akabay u.a. v. Deutschland), Rn. 115.

Transaktionen für ausreichenden Anlass zu einer verdeckten Ermittlung.²³

Beim Verhalten der Ermittler fokussiert sich der EGMR auf den Druck, den diese auf die Verdächtigen ausgeübt haben. Die Grenzen im Wesentlichen passiver Ermittlungen werden überschritten, wenn die Kontaktinitiative von der Polizei ausging, Angebote trotz ursprünglicher Ablehnung durch die Verdächtigen erneuert wurden, es zu beharrlichen Aufforderungen kam, die Ermittler Angebote über dem Durchschnittspreis abgegeben oder gar durch vorgegebene Entzugserscheinungen an das Mitgefühl der Verdächtigen appelliert haben.²⁴

Da der Sachverhalt Anlass dazu gibt, schließt der EGMR Erläuterungen zur indirekten Tatprovokation an. Eine solche sei dann menschenrechtlich relevant, wenn auch die Person ohne direkten Kontakt zu den Ermittlern durch das Vorgehen letzterer zu ihren Taten veranlasst wurde. Dabei stützt sich der Gerichtshof auf drei Kriterien: Es war für die Ermittler vorhersehbar, dass die direkt provozierte Person eine andere Person kontaktieren und einbeziehen würde; die Aktivitäten der anderen Person wurden auch durch das Ermittlerverhalten „bestimmt“; die nationalen Gerichte bewerten die direkt provozierte Person und die andere Person als „Komplizen“.²⁵

Die Beweislast für alle vorstehenden Kriterien, anhand derer eine direkte wie indirekte Tatprovokation geprüft wird, liege in der Regel beim Staat. Dieser müsse sich entlasten, sofern die Beschuldigten nicht völlig unplausibel behaupten, zur Tat provoziert worden zu sein. Eine solche Entlastung werde praktisch schwierig, wo es an formellen Genehmigungen und ordentlicher Überwachung verdeckter Ermittlungen fehlt.²⁶ Dadurch möchte der EGMR die nationalen Ermittlungsbehörden zur ordentlichen Aktenführung und Beachtung von Genehmigungserfordernissen erziehen, damit es schon der Justiz in den Mitgliedstaaten leichter möglich ist, potentiell konventionswidrige Tatprovokationen überhaupt erst zu erkennen.

Im vorliegenden Fall stellt der EGMR fest, dass A und der zweite Beschwerdeführer S, nicht jedoch der dritte Beschwerdeführer U, von der Polizei konventionswidrig zu ihren Taten provoziert wurden.²⁷ Auch wenn gegen A ein gewisser Anfangsverdacht des Heroinhandels bestand, bestätigte sich dieser durch den Einsatz des M über mehrere Monate nicht. Vielmehr wurde den Ermittlern klar, dass A tatsächlich über keine bestehenden Kontakte zur Beschaffung

von und zum Handel mit Drogen verfügte.²⁸ Dennoch setzten sie mittels M, der ein erhebliches finanzielles Eigeninteresse aufwies, für circa anderthalb Jahre weitere Anreize für den A, Drogen auf dem vermeintlich sicheren Einfuhrweg über Bremerhaven zu importieren. Ohne diesen Einfuhrweg wären A und seine Komplizen nicht in der Lage gewesen, mit den zufälligen Bekannten aus den Niederlanden den Kokainimport zu organisieren.²⁹ Der nicht vorbestrafte S, gegen den noch nie ermittelt worden war und bei dem es auch keine Hinweise auf eine entsprechende Tatgeneigtheit gab, wurde als vorhersehbarer Komplize des A indirekt provoziert.³⁰ Auch für ihn, der vom LG Berlin als Gehilfe des A verurteilt worden war, spielte der vermeintlich sichere Einfuhrweg die bestimmende Rolle.³¹ Diese Einfuhrmöglichkeit mag zwar auch für U insoweit relevant gewesen sein, als sie sein Entdeckungsrisiko hätte mindern können. Der EGMR beurteilt dies allerdings nur als günstige Gelegenheit, die U für seine Beteiligung am geplanten Transport des Kokains von der Bremerhavener Wohnung nach Berlin ergriff. Sein Handeln war nicht durch die Ermittler bestimmt.³²

b) Prozessuale Prüfung einer Tatprovokation

In der prozessualen Prüfung verschiebt der EGMR seinen Fokus von den Ermittlern zu den mitgliedstaatlichen Gerichten. Während er diesen auch weiterhin das konkrete Verfahren zur Aufklärung einer behauptete Tatprovokation überlassen möchte, wiederholt er nachdrücklich seine ständige Rechtsprechung zu den Folgen einer festgestellten oder nicht widerlegten konventionswidrigen Tatprovokation.³³ Demnach könne das öffentliche Interesse an der Kriminalitätsbekämpfung die Verwertung von aus einer Tatprovokation gewonnenen Beweisen nicht rechtfertigen, da dies hieße, ein von Anfang an unfaires Verfahren zu riskieren.³⁴ Damit die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK erfüllt werden, seien das nationale Strafverfahren einzustellen, alle aus der Tatprovokation erlangten Beweismittel auszuschließen oder eine Prozedur mit gleichartigen Konsequenzen anzuwen-

²³ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 115.

²⁴ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 116.

²⁵ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 117; so schon EGMR, Urt. v. 1.3.2011 – 13109/04 (Lalas v. Litauen), Rn. 45.

²⁶ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 118; so schon EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 48 ff.

²⁷ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 131, 147.

²⁸ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 126.

²⁹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 127.

³⁰ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 128 f.

³¹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 130.

³² EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 146 f.

³³ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 122.

³⁴ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbat u.a. v. Deutschland), Rn. 123; so schon EGMR, Urt. v. 9.6.1998 - 44/1997/828/1034 (Teixeira de Castro v. Portugal), Rn. 35 f.; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramanauskas v. Litauen), Rn. 54; EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 34; EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 47, 64.

den.³⁵ Niemand dürfe für kriminelles Verhalten, das aus einer staatlichen Tatprovokation resultierte, auch nur in Teilen bestraft werden.³⁶ Daher könne selbst eine erhebliche Straf-
reduktion nicht als Prozedur mit gleichartigen Konsequenzen gewertet werden.³⁷ Im Übrigen könne das Geständnis einer provozierten Tat weder die Tatprovokation noch ihre Folgen für das Verfahren ausmerzen.³⁸

Im vorliegenden Fall setzt sich der EGMR vornehmlich mit vermeintlichen Unterschieden zur Rechtssache Furcht auseinander, da das BVerfG die Strafzumessungslösung auch mit der mangelnden Vergleichbarkeit der Fälle Akbay und Furcht verteidigt hatte.³⁹ Der EGMR stellt fest, dass sich die Tatgerichte in beiden Fällen auf Geständnisse sowie auf Aussagen einer Vertrauensperson und eines Verdeckten Ermittlers stützten, wenngleich das LG Berlin letzteren im Fall Akbay weniger Gewicht zugesprochen hatte.⁴⁰ Der Gerichtshof wiederholt seine Vorgabe aus der Rechtssache Furcht zum Beweisverwertungsverbot oder einer gleichartigen Prozedur und konkretisiert, dass dies für alle Beweismittel gelte, die im Zusammenhang („link“) mit der ein unfares Verfahren begründenden Tatprovokation stehen.⁴¹ Schon in der Sache Furcht hatte der EGMR diesen Zusammenhang auch für das in der Hauptverhandlung abgelegte Geständnis bejaht.⁴²

Vorliegend sind die Straßburger Richter überzeugt, dass es A und S gar nicht möglich gewesen sei, das tatsächliche Ausmaß der Tatprovokation auf anderem Wege als durch Geständnisse aufzuzeigen.⁴³ Dies sei ein ausreichender Zu-

sammenhang mit der Tatprovokation, aufgrund dessen neben den polizeilichen Ermittlungsergebnissen auch die Geständnisse nicht hätten verwertet werden dürfen.⁴⁴ Der EGMR erkennt an, dass das LG Berlin und der BGH zeitlich vor dem Straßburger Urteil in Sachen Furcht entschieden hatten.⁴⁵ Dies gilt jedoch nicht für das BVerfG, dessen Unterscheidung der Fälle Furcht und Akbay die Straßburger Richter nicht nachvollziehen können.⁴⁶ Da die nationalen Gerichte nicht die maßgeblichen Konsequenzen aus der Tatprovokation gezogen hätten, seien A und S nach wie vor in ihrem Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt.⁴⁷

3. Weitere Beschwerdegegenstände

Nach seiner umfassenden Auseinandersetzung mit der Tatprovokation streift der EGMR nur noch knapp die weiteren Beschwerdegegenstände, zu welchen die Witwe des A vorge-
tragen hatte. Sie hatte die fehlende Konfrontationsmöglich-
keit in der Hauptverhandlung sowie die lückenhafte Akten-
führung zu M gerügt.⁴⁸ Nach Ansicht des EGMR hätten auf-
grund der Tatprovokation ohnehin weder M als Zeuge noch
die durch M generierten weiteren Beweismittel verwertet
werden dürfen. Dass die trotzdem erfolgte Verwertung Art. 6
Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt hat, wurde bereits oben festge-
stellt. Daher sieht der Gerichtshof es nicht als geboten an,
über diese weiteren Beschwerdegegenstände zu entschei-
den.⁴⁹

4. Gerechte Entschädigung

Abschließend wendet sich der EGMR einer gerechten Ent-
schädigung der Beschwerdeführer nach Art. 41 EMRK zu.
Da die Witwe des A bemerkenswerterweise keine dahinge-
hende Forderung erhoben hatte, war allein über Schaden
sowie Kosten und Auslagen des zweiten Beschwerdeführers
S zu entscheiden.⁵⁰ Dieser hatte einen Nichtvermögensscha-
den durch seine Verurteilung und mehrjährige Strafhaft gel-
tend gemacht, wofür ihm der Gerichtshof von den geforder-
ten 40.700 Euro nach billigem Ermessen 18.000 Euro zu-

³⁵ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 122 f., 132; so schon EGMR, Ur t. v. 24.4.2014 – 6228/09 (Lagutin u.a. v. Russland), Rn. 117; EGMR, Ur t. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 64.

³⁶ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 123; so schon EGMR, Ur t. v. 23.11.2017 – 47074/12 (Grba v. Kroatien), Rn. 95.

³⁷ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 124; so schon EGMR, Ur t. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 68 f.

³⁸ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 124; so schon EGMR (Große Kammer), Ur t. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramanauskas v. Litauen), Rn. 72; EGMR, Ur t. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 60.

³⁹ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 134; vgl. BVerfG Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, Rn. 53.

⁴⁰ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 135.

⁴¹ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 136.

⁴² EGMR, Ur t. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 14.

⁴³ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 137.

⁴⁴ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 138.

⁴⁵ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 138.

⁴⁶ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 138.

⁴⁷ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 139, 142.

⁴⁸ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 151.

⁴⁹ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 153.

⁵⁰ EGMR, Ur t. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 155.

spricht.⁵¹ Darüber hinaus hat die Bundesrepublik dem S Anwaltskosten und Auslagen i.H.v. 4.190 Euro zu ersetzen.⁵²

IV. Folgeprobleme und Ausblick

Die Entscheidung des EGMR in Sachen Akbay bietet Anlass, sich mit vier Folgeproblemen zu beschäftigen: einem etwaigen Tätigwerden des Gesetzgebers zur Tatprovokation (1.), der darüberhinausgehenden Regelungsbedürftigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen (2.), der potentiellen Strafbarkeit von Lockspitzeln (3.) sowie dem Erfordernis einer qualifizierten Belehrung der zur Tat provozierten Beschuldigten (4.).

1. Legislatives Tätigwerden zur Tatprovokation

Der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung sieht vor, während der noch andauernden 19. Legislaturperiode den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur Tatprovokation zu prüfen.⁵³ Auf dieser Grundlage beauftragte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Mai 2017 die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes mit der Erstellung eines Gutachtens.⁵⁴ Aus dem im Dezember 2020 vorgelegten Gutachten geht nicht hervor, bis zu welchem Zeitpunkt die Kommission neue Rechtsprechung berücksichtigt hat. Nach den zahlreichen Verweisen in der Akbay-Entscheidung auf die schon vor Mai 2017 ergangene Rechtsprechung des EGMR, insbesondere das gegen Deutschland ergangene Urteil in Sachen Furcht, hätte die verfügbare Straßburger Jurisprudenz allerdings ausreichen müssen, um zu einem aus menschenrechtlicher Sicht klaren Ergebnis zu kommen.⁵⁵ Ohnehin war schon im Jahr 2000 bezweifelt worden, ob die deutschen Gerichte nach der Rechtssache Teixeira de Castro noch an der Strafzumessungslösung würden festhalten können.⁵⁶

Nichtsdestotrotz schlägt die Kommission in ihrer These 11 zur Tatprovokation einstimmig folgende gesetzliche Regelung vor: „Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern

(§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“⁵⁷ Mit einer solchen Regelung ließe sich – so die Kommission – einerseits angemessen auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation reagieren, andererseits könne dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung Rechnung getragen werden.⁵⁸

Mit dem besprochenen EGMR-Urteil in Sachen Akbay ist die erste Alternative des Vorschlags hinfällig. Straßburg hat unmissverständlich klargestellt, dass eine Bestrafung von zur Tat provozierten Personen menschenrechtlich nicht zulässig ist. Doch auch die zweite Alternative, das Absehen von Strafe, ist nicht der Königsweg. Zum einen passt jedenfalls § 60 StGB als allgemeine, wenngleich im Gesetzesvorschlag nicht referenzierte Norm auf der Voraussetzungsseite nicht. Auch die Einschränkung des § 60 S. 2 StGB in typischerweise von staatlicher Tatprovokation betroffenen Bereichen wie der Betäubungsmittelkriminalität oder der organisierten Kriminalität ist nicht sachdienlich. Um Inkongruenzen vorzubeugen, müsste § 60 StGB mitreformiert oder eine klare *lex specialis* geschaffen werden, was im Kommissionsentwurf bedauerlicherweise nicht ausreichend diskutiert wird.

Zum anderen setzt das Absehen von Strafe – jedenfalls wie es bisher im Rahmen des § 60 StGB und bestehender Spezialregelungen praktiziert wird – einen Schuldspruch, d.h. ein soziales Unwerturteil,⁵⁹ voraus. Selbst ein Schuldspruch, der von einem Absehen von Strafe gefolgt wird, bedarf der Legitimation durch ein prozessordnungsgemäßes, faires und auch im Übrigen nicht gegen die Menschenrechte des Beschuldigten verstoßendes Strafverfahren.⁶⁰ Des Weiteren führt ein Schuldspruch auch bei Absehen von Strafe dazu, dass der Verurteilte grundsätzlich gem. § 465 Abs. 1 S. 2 StPO die Kosten des von vornherein nicht fairen Verfahrens, das auf der staatlichen Tatprovokation beruht, zu tragen hat. Ein bloßes Absehen von Strafe würde folglich zu rechtsethischen Widersprüchen führen.

Vor diesem Hintergrund liegt dem Bundestag ein Beschlussantrag vom 15. Dezember 2020 vor. Darin soll die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfs, der die EGMR-Rechtsprechung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation in der StPO umsetzt, aufgefordert werden.⁶¹ Der Antrag enthält keinen eigenen Regelungsvorschlag, daher sei dem Gesetzgeber an dieser Stelle ein Blick in die österreichische StPO empfohlen, deren § 5 Abs. 3 lautet:

„Es ist unzulässig, Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze

⁵¹ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 156, 158.

⁵² EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 163.

⁵³ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag – 19. Legislaturperiode, S. 123, abrufbar unter

<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (4.6.2021).

⁵⁴ BT-Drs. 19/18348, S. 3; Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Vertrauenspersonen und Tatprovokation, 2019, S. 118, abrufbar unter

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Gutachten_DRB_Vertrauenspersonen.pdf?blob=publicationFile&v=2 (4.6.2021).

⁵⁵ Vgl. Holterhus/Mittwoch/El-Ghazi, JuS 2018, 313 (325).

⁵⁶ Endriß/Kinzig, NSStZ 2000, 269 (272).

⁵⁷ Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (Fn. 54), S. 108, 118.

⁵⁸ Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (Fn. 54), S. 108 f.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.7.1997 – 2 BvR 1371/96, Rn. 10 = BVerfGE 96, 245 (249); BVerfG, Beschl. v. 5.7.2019 – 2 BvR 167/18, Rn. 35 = NJW 2019, 2837 (2839).

⁶⁰ Vgl. Börner, Legitimation durch Strafverfahren, 2014, S. 101; BGH NSTZ 2016, 52 (58) m. Anm. Mitsch.

⁶¹ BT-Drs. 19/25352, S. 2.

der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958) widerstreitenden Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken.“

Eine solche Grundsatzregelung hat das Potenzial, nach innen ein Signal an Ermittler und Strafverfolger zu senden und nach außen die Haltung der Bundesrepublik zu den in der EMRK kodifizierten Menschenrechten klarzustellen. Gleichwohl entbindet sie nicht davon, zu den adäquaten Rechtsfolgen einer unzulässigerweise durchgeführten Tatprovokation Stellung zu beziehen. Diese nimmt der Beschlussantrag vom 15. Dezember 2020 genauer in den Blick. Er fordert eine Änderung des StrEG dahingehend, dass in Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Entschädigung für Nichtvermögensschäden auf 250 Euro pro angefangenen Tag der Freiheitsentziehung angehoben wird. Eine Aufrechnung von erhaltener Kost und Logis in der Justizvollzugsanstalt sei auszuschließen. Der Verzicht auf die Geltendmachung dieses Anspruchs dürfe zudem nicht – wie dies in der Praxis häufig der Fall ist – von Seiten der Strafverfolgungsbehörden zur Bedingung für eine Verfahrenseinstellung gemacht werden.⁶²

In Anbetracht der aktuell in § 7 Abs. 3 StrEG vorgesehenen 75 Euro pro angefangenen Tag ist die von den Antragstellern vorgeschlagene Erhöhung drastisch. Allerdings hat eine solche Regelung im nationalen Recht höheres Disziplinierungspotenzial als vom EGMR in Einzelfällen festgesetzte Entschädigungen nach Art. 41 EMRK. Bevor es zu Letzterem kommt, müssen Betroffene entsprechend beraten, willens und fähig sein, den Rechtsweg bis nach Straßburg zu beschreiten. Im Gegensatz dazu ist eine Entschädigung nach dem StrEG gerade nicht ausgeschlossen, wenn ein Betroffener es unterlassen hat, den Rechtsweg zu beschreiten, § 5 Abs. 2 S. 2 StrEG.

Beide Reformvorschläge des Beschlussantrags sind daher begrüßenswert. Auch wenn der Antrag jüngst aus dem Bundestagsplenum an die Ausschüsse für Recht und Verbraucherschutz sowie für Inneres und Heimat überwiesen wurde,⁶³ scheint es allerdings wenig wahrscheinlich, dass es vor Ende der aktuellen Legislaturperiode zu einer Gesetzesänderung kommt.

2. Regelungsbedürftigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen

Eine ebenso regelungsbedürftige Materie ist der Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen).⁶⁴ Im Gegensatz zum Ein-

satz eines Verdeckten Ermittlers, der in §§ 110a–110c StPO seine Rechtsgrundlage findet, wird der Einsatz von V-Personen bislang lediglich auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO sowie Anlage D der RiStBV gestützt.⁶⁵ Auch wenn der EGMR dies im vorliegenden Fall ausreichen ließ,⁶⁶ legen der Sachverhalt sowie die deutliche Kritik von BGH⁶⁷ und BVerfG⁶⁸ an staatsanwaltschaftlichem und polizeilichem Vorgehen die Regelungsbedürftigkeit der Materie nahe.⁶⁹

Im Bereich der Gefahrenabwehr hat der allgemein eher für einen Hang zum harten Durchgreifen bekannte und für seine Polizeirechtsreformen zuletzt häufig kritisierte bayerische Landesgesetzgeber einen begrüßenswerten Schritt getan. Seit 2018 existiert mit Art. 38 BayPAG eine Rechtsgrundlage für den präventiv-polizeilichen Einsatz von V-Personen.⁷⁰ Art. 38 Abs. 2 BayPAG ordnet einen Richtervorbehalt an, sofern sich der Einsatz gegen eine bestimmte Person richtet oder dabei eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betreten werden soll, und ermöglicht dem Richter dabei nähere Maßgaben zur Führung der V-Person. Für den vorliegenden Kontext von besonderem Interesse sind Art. 38 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 BayPAG, wonach V-Personen nicht eingesetzt werden dürfen, um „in einer Person, die nicht zur Begehung von Straftaten bereit ist, den Entschluss zu wecken, solche zu begehen“ oder um „eine Person zur Begehung einer über ihre erkennbare Bereitschaft hinausgehenden Straftat zu bestimmen“. Schließlich ordnet Art. 38 Abs. 6 BayPAG eine fortlaufende Zuverlässigkeitsüberprüfung an, die u.a. einzubeziehen hat, ob die V-Person von den Geld- und Sachzuwendungen für ihre Tätigkeit auf Dauer als überwiegende Lebensgrundlage abhängen würde.

Der Bundesgesetzgeber sollte sich jedenfalls an diesen Absätzen des Art. 38 BayPAG orientieren, die Voraussetzungen für den Einsatz von V-Personen sind tendenziell jedoch zugleich an diejenigen für Verdeckte Ermittler in § 110a Abs. 1–3 StPO anzulehnen.⁷¹ Letzteres soll sicherstellen, dass die Hürden für den Einsatz Verdeckter Ermittler nicht umgangen werden, indem die Strafverfolger übermäßig auf in ihrer Zuverlässigkeit weniger gut einschätzbare, da dienstrechtlich nicht gebundene V-Personen zurückgreifen.⁷² Gera-

[FEC1DA11823C1C46BB.1 cid289? blob=publicationFile &v=4](#) (4.6.2021).

⁶⁵ Vgl. Decker, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 135 ff.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 37273/15, 40913/15 (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 147.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 43 ff. = NSTZ 2014, 277 (280 f.).

⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, Rn. 35 ff.

⁶⁹ Vgl. zur Tatprovokation durch V-Personen Eschelbach, StV 2000, 390 (394); allgemeiner Decker (Fn. 65), S. 144 f.

⁷⁰ Seit 2019 findet sich für Niedersachsen eine ähnliche Regelung in § 36 NPOG, seit 2020 für Baden-Württemberg in § 49 BWPolG.

⁷¹ Vgl. Soiné, ZRP 2021, 47 (48 f.).

⁷² Den Einsatz Verdeckter Ermittler verfassungsrechtlich als milderes Mittel einordnend Decker (Fn. 65), S. 159 f.

⁶² BT-Drs. 19/25352, S. 2.

⁶³ BT-Plenarprotokoll 19/206 (28.1.2021), S. 25946C, 25948D.

⁶⁴ Vgl. Soiné, ZRP 2021, 47; Gercke, StV 2017, 615 (626); Esser, in: Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens – Anlagenband I: Gutachten, 2015, S. 45 (59), abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anlage_1_StPO_Kommission.pdf;jsessionid=75B65A0DC66C05

de vor einer solchen „Privatisierung“ der Strafverfolgung hat der EGMR schon in der Rechtssache *Ramanauskas* gewarnt.⁷³

Ein Folgeproblem des Einsatzes von V-Personen ist die ihnen auf Grundlage der RiStBV, Anlage D, in der Praxis regelmäßig zugesicherte Vertraulichkeit. Sie steht einer Zeugeneinvernahme in der Hauptverhandlung grundsätzlich entgegen. Wenn die von der V-Person gewonnenen Informationen lediglich durch deren Führungspersonen und Aktenvermerke eingebracht werden, berührt dies den Unmittelbarkeitsgrundsatz und bedeutet eine Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips sowie des Konfrontationsrechts der Verteidigung. Derartige Einschränkungen bedürfen eines validen Grundes und klar definierter Grenzen.⁷⁴

Eine bereits normierte Grenze ist die Verknüpfung der Vertraulichkeit mit der Zuverlässigkeit einer V-Person, welche die Praxis jedoch nicht im gebotenen Maße zu nutzen scheint. Nach den RiStBV, Anlage D, Punkt I. 4. entfällt die Bindung der Staatsanwaltschaft und Polizei an eine Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung in vier Szenarien, worauf Informanten und V-Personen vor jeder Zusicherung hinzuweisen sind. Diese Szenarien liegen vor, wenn eine Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird (lit. a), die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht oder sich sonst als unzuverlässig erweist (lit. b), sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt (lit. c), oder die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht (lit. d).

Im vorliegenden Fall ist bemerkenswert, dass die Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung um M aufrechterhalten wurde, obwohl er seinen Führungspersonen mehrfach falsche Informationen zu Tatgeneigtheit und Tatvermögen des A gegeben hatte. Neben der falschen Informationsgabe, die vorbehaltlich einer Prüfung der subjektiven Merkmale unter lit. a fallen könnte, kommen in Anbetracht des Hinweises des BGH an die Staatsanwaltschaft, die Strafbarkeit des M zu prüfen,⁷⁵ auch lit. c und lit. d in Betracht.

Es lässt sich mangels Aktenkenntnis nicht abschließend einschätzen, mit welchen Gründen ein Entfall der Bindung vorliegend verneint wurde oder ob die Gerichte einen solchen überhaupt in Erwägung gezogen haben. Die ohnehin spärlichen und nicht mit dem Gewicht des parlamentarischen Gesetzgebers ausgestatteten Regelungen zu V-Personen in den RiStBV sollten von der Praxis nicht nur in ihrer ermächtigenden, sondern auch in ihrer sanktionierenden Dimension genutzt werden. Diese sanktionierende Dimension existiert in ihrer begrenzenden Wirkung nicht zur Gängelung der Strafverfolger, sondern setzt grund- und menschenrechtliche Anforderungen an die Durchsetzung des staatlichen Strafan-

spruchs um. Bleibt sie ungenutzt, bedarf das deutsche Strafprozessrecht umso dringender einer formellen Regulierung des Einsatzes von V-Personen.⁷⁶

3. Potentielle Strafbarkeit des Lockspitzels

Damit ist die Thematik einer eigenen potentiellen Strafbarkeit von Lockspitzeln bereits angeschnitten. Milieutypische Straftaten zur Schaffung oder Aufrechterhaltung der Legende sollen an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Der Fokus liegt hier auf einer Anstifterstrafbarkeit bezüglich der provokierten Tat. Einen speziellen, auf die Tatprovokation zugeschnittenen Erlaubnissatz, der den agent provocateur rechtfertigen könnte, gibt es nicht.⁷⁷ Daher sind die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtfertigungs-, Schuldausschluss- und Entschuldigungsgründe maßgeblich.

a) Tatbestand

Im Tatbestand ist vor allem die subjektive Seite relevant. Der auf die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat gerichtete Teil des Anstiftersvorsatzes muss nach herrschender Meinung jedenfalls die (formelle) Vollendung dieser Haupttat umfassen.⁷⁸ Will der Provokateur, dass die Haupttat im Versuch stecken bleibt, scheidet seine Anstifterstrafbarkeit schon an dieser Stelle. Diese Auslegung des § 26 StGB stützt sich auf den Strafgrund der Teilnahme, welcher überwiegend in einem eigenen mittelbaren Angriff des Beteiligten auf das tatbestandlich geschützte Rechtsgut gesehen wird.⁷⁹

Schwieriger und bei Lockspitzeleinsätzen wie dem vorliegenden praxisrelevanter sind die Konstellationen, in denen der Provokateur zwar die (formelle) Vollendung der Haupttat anstrebt, jedoch nicht von ihrer (materiellen) Beendigung ausgeht oder diese sogar aktiv verhindern will. Dies ist bei allen Delikten denkbar, bei denen die Tatbestandsvollendung der Rechtsgutsbeeinträchtigung unterscheidbar vorausgeht. Bleibt man bei den Erwägungen zum „akzessorischen Rechtsgutsangriff“ als Strafgrund der §§ 26, 27 StGB, wird man auch hier den Anstiftersvorsatz verneinen müssen.⁸⁰ Gerade bei V-Personen, die mittels einer Erfolgsprämie motiviert werden sollen, neigt der BGH dazu, jeglichen Täter- oder Teilnehmersvorsatz unter Verweis auf das dominierende Prämienziel und das diesem logisch vorausgehende Zwi-

⁷³ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (*Ramanauskas v. Litauen*), Rn. 65.

⁷⁴ Vgl. zu den einschlägigen Anforderungen in der jüngeren EGMR-Rspr. *Dionysopoulou*, ZIS 2017, 629; zuvor schon *Safferling*, NStZ 2006, 75.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 48 = NStZ 2014, 277 (281).

⁷⁶ Siehe zu einem neuen § 110e StPO *Soiné*, ZRP 2021, 47 (49 f.).

⁷⁷ Siehe aber *Hübners* Vorschlag, eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für zulässige Lockspitzeleinsätze de lege ferenda doppelfunktional als strafprozessuale Legitimation und als materiellen Rechtfertigungsgrund auszugestalten: *Hübner*, Rechtsstaatswidrig, aber straflos?, 2020, S. 198 f.

⁷⁸ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 26 Rn. 4 m.w.N.

⁷⁹ *Rönnau*, JuS 2015, 19; vgl. schon RGSt 15, 315; BGH, Urt. v. 3.6.1981 – 2 StR 235/81 = StV 1981, 549.

⁸⁰ *Rönnau*, JuS 2015, 19 (20).

schenziel eines rechtzeitigen polizeilichen Zugriffs zu verneinen.⁸¹

Allerdings herrscht längst nicht bei allen Straftatbeständen Einigkeit darüber, welche Rechtsgüter diese schützen. Steht eine Mehrzahl geschützter Rechtsgüter im Raum, so werden diese auch nicht zwingend zum selben Zeitpunkt verletzt bzw. konkret gefährdet. Überdies handelt es sich bei fast allen Tatbeständen des für Lockspitzeinsätze besonders relevanten Betäubungsmittelstrafrechts um abstrakte Gefährdungsdelikte.⁸² Bei diesem Deliktstypus ist die Rechtsgutsbeeinträchtigung ein „tatbestandsexternes Ereignis“,⁸³ weshalb die Lehre vom „akzessorischen Rechtsgutsangriff“ dort den Strafgrund des § 26 StGB nicht mehr korrekt erfassen kann, ohne bei sich selbst eine Anwendungskorrektur vornehmen zu müssen.⁸⁴

Daher und bei Skepsis gegenüber einer kategorischen Strafflosigkeit des agent provocateur ohne eine Möglichkeit, dessen etwaiges Fehlverhalten zu berücksichtigen und so rechtsethische Widersprüche zu vermeiden,⁸⁵ lässt sich nach wie vor vertreten, einen schlicht auf die vollendete Haupttat gerichteten Anstiftervorsatz genügen zu lassen.⁸⁶ Auf teleologische Erwägungen gestützte Erfordernisse eines „Rechtsgutsverletzungsvorsatzes“ bzw. eines „materiellen Beendigungsvorsatzes“ kann man jedenfalls für abstrakte Gefährdungsdelikte mit guten Gründen ablehnen.⁸⁷ Beschreitet man diesen Weg – wofür das EGMR-Urteil in Sachen Akbay spricht – oder stellt im konkreten Fall einen auch auf die Rechtsgutsverletzung oder Tatbeendigung gerichteten Willen fest, entscheidet sich die Strafbarkeit des Lockspitzels auf den Ebenen der Rechtswidrigkeit und Schuld.

b) Rechtswidrigkeit

In der Rechtswidrigkeit wird zentral ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB diskutiert. Es gibt berechtigte Bedenken, dass § 34 StGB bei einer Anwendung zugunsten dem Staat zurechenbarer Akteure zu einer „Superermächtigungsnorm“ werden und zur Umgehung der den Staat bei seiner Aufgabenerfüllung einschränkenden Normen einladen könnte.⁸⁸ Deshalb muss man selbst im Bereich staatlicher Gefahrenabwehr für eine ausreichende Notstandslage schwere oder schwerste Gefahren im sozialen Raum verlangen, denen aufgrund eines Ermittlungsnotstands nur noch durch unorthodoxe Methoden beizukommen ist.⁸⁹ Allerdings stellte der BGH schon 1999 fest, dass es sich ungeachtet einzelner prä-

ventiver Rechtfertigungselemente „[bei der gezielten Provokation einer (polizeilich kontrollierten) Straftat [...] um eine Maßnahme [handelt], die nicht mehr der Gefahrenabwehr dient“.⁹⁰ Möchte man einen logischen Bruch zwischen der Abgrenzung von Polizeirecht zu Straf(prozess)recht, um welche es dem BGH an der zitierten Stelle ging, und der Rechtmäßigkeit der Tatprovokation innerhalb des Straf(prozess)rechts vermeiden, kann eine strafverfolgende Tatprovokation per se nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt werden.

Bemerkenswerterweise heißt es für den Einsatz Verdeckter Ermittler in den RiStBV, Anlage D, Punkt II.2.2, dass § 34 StGB nicht als gesetzliche Generalermächtigung herangezogen werden kann, wenngleich eine ausnahmsweise Rechtfertigung oder Entschuldigung des Verhaltens des einzelnen Beamten nach §§ 34, 35 StGB unberührt bleibt. Dem ist zuzustimmen, sofern die Ausnahme im Einzelfall eine solche bleibt. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb es keine parallele Regelung für V-Personen gibt. Auch an dieser Stelle gilt, dass an deren Verhalten keine laxeren Maßstäbe als an Verdeckte Ermittler angelegt werden dürfen, um nicht Anreize für einen ausufernden Rückgriff auf diese keinem Dienstrecht unterliegenden und oft mit finanziellen Eigeninteressen ausgestatteten „Mitarbeiter“ zu setzen. Dies sollte, vorbehaltlich einer umfassenden Normierung des V-Personen-Einsatzes in der StPO, durch eine Parallelregelung in den RiStBV mitsamt Aufklärungspflicht gegenüber der V-Person sichergestellt werden.

c) Schuld

Auf der Ebene der Schuld ist vor allem an einen Erlaubnisirrtum, d.h. einen indirekten Verbotsirrtum, nach § 17 StGB zu denken. Einen solchen hat der BGH einst für einen Rundfunkmitarbeiter angenommen, der auf der Jagd nach einer neuen Fernsehserie plötzlich aus eigenem Antrieb einem LKA bei der Überführung englischer „Gangster“ half und davon ausging, dabei Betäubungsmittel erlaubt in Besitz nehmen zu dürfen.⁹¹ Solch abenteuerliche Sachverhalte dürften allerdings eine Seltenheit bleiben. Im Übrigen kann durch eine umfassendere Regelung zum Einsatz von V-Personen, als sie bisher in Anlage D der RiStBV enthalten ist, eine Vermeidbarkeit etwaiger Verbotsirrtümer i.S.d. § 17 S. 2 StGB herbeigeführt werden. Die bereits normierten behördlichen Hinweispflichten gegenüber V-Personen sollten um eine Aufklärung darüber, dass die V-Person nicht generell tatbestandslos oder gerechtfertigt handelt, ergänzt werden. Dies setzt freilich ein Abrücken von der h.M. zum grundsätzlich fehlenden Anstiftervorsatz beim agent provocateur voraus.

Die obige Diskussion zu § 34 StGB lädt dazu ein, auch den entschuldigenden Notstand nicht zu übersehen. Für die gesetzlich normierte Form in § 35 Abs. 1 S. 1 StGB wird es im Zeitpunkt der tatprovokierenden Handlungen des agent provocateur in der Regel schon an einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit fehlen. Jedenfalls scheidet es aber am erforderlichen Näheverhältnis zwischen dem

⁸¹ BGH, Beschl. v. 21.6.2007 – 3 StR 216/07, Rn. 2 = NStZ 2008, 41.

⁸² Weber, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 29 ff. Rn. 166.

⁸³ Mitsch, Straflöse Provokation strafbarer Taten, 1986, S. 231.

⁸⁴ Hübner (Fn. 77), S. 235.

⁸⁵ Vgl. Hübner (Fn. 77), S. 195 f.

⁸⁶ Vgl. Hübner (Fn. 77), S. 257.

⁸⁷ Vgl. Hübner (Fn. 77), S. 235, 242 ff.

⁸⁸ Vgl. Rönnau, JuS 2015, 19 (21).

⁸⁹ Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 41c.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99 = NJW 2000, 1123 (1127); vgl. auch Mosbacher, JuS 2018, 129 (130).

⁹¹ BGH, Urt. v. 7.03.1996 – 4 StR 742/95 = NStZ 1996, 338.

Provokateur und der Allgemeinheit, welche durch die Tatprovokation und anschließendes „Aus-dem-Verkehr-Ziehen“ (potentieller) Krimineller geschützt werden soll. Einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand muss man schließlich, sofern man ihn nicht kategorisch ablehnt, ebenfalls verneinen. Aufklärungsschwierigkeiten im Bereich des illegalen Betäubungsmittel- oder auch Waffenhandels sowie der organisierten Kriminalität stellen nämlich keine extremen Ausnahmesituationen, sondern vielmehr die Norm dar.

d) Zum Bedarf einer Disziplinierung durch drohende Strafbarkeit

Abschließend ist *Weber*, der zu einer Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden mittels drohender Strafbarkeit einer V-Person keinen Anlass sieht, entschieden zu widersprechen. Nach *Webers* Dafürhalten hört sich der agent provocateur in der Rauschgiftszene lediglich nach potenten Lieferanten um, sucht den Kontakt zu ihnen oder lässt sich kontaktieren.⁹² In der häufig in den Schatten der kurz zuvor ergangenen Furcht-Entscheidung tretenden Rechtssache Scholer hat der EGMR jedoch bereits festgehalten, dass selbst mehrfache Testkäufe keine konventionswidrige Tatprovokation darstellen, solange die Testkäufer in ihrem Verhalten nicht über dasjenige „normaler“ Kunden eines Drogendealers hinausgehen und keinen unverhältnismäßigen Druck auf die Zielperson ausüben.⁹³ Im Sinne der oben wiedergegebenen Definition einer konventionswidrigen Tatprovokation sind solche Testkäufe als im Wesentlichen passiv zu charakterisieren.⁹⁴

Bei dem von *Weber* aufgezählten Verhalten eines agent provocateurs gibt es aus Sicht der EMRK also gar keine Notwendigkeit, die Strafverfolger zu disziplinieren. Eine solche besteht allerdings im Bereich der konventionswidrigen Tatprovokation, wo selbst der BGH deutliche Worte für die Pflichtvergessenheit der Ermittler im vorliegenden Fall gefunden hat. Es gibt mittlerweile ausreichend Anlass dazu, diese und die von ihnen eingesetzten V-Personen mit einem Strafbarkeitsrisiko als menschenrechtlichem Memento zu konfrontieren. Gerade jetzt, wo der EGMR nochmals und nachdrücklich klargestellt hat, dass die Folgen einer konventionswidrigen Tatprovokation für das Strafverfahren gegen die Zielpersonen gravierender als selbst ein großzügiger Strafabatt sein müssen, wäre eine derartige Disziplinierung auch im Eigeninteresse der Strafjustiz.⁹⁵ Denn letztlich geht es um die Frage, ob der Einsatz an sich illegaler Mittel und damit die Annäherung an die Methoden des „Gegners“ am Ende zu einer Stärkung oder zu einer Schwächung des Rechtsstaats führt.⁹⁶ Nachdem der EGMR zum wiederholten Male feststellen musste, dass die von deutschen Ermittlern

gewählten Methoden gegen Menschenrechte verstoßen, ist es höchste Zeit für eine Neubewertung dieser Frage.

4. Erfordernis und Ausgestaltung einer qualifizierten Belehrung

Ein kleiner Beitrag zur Stärkung des Rechtsstaats könnte durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung der Zielperson einer Tatprovokation geleistet werden. Für Verstöße gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist höchstrichterlich anerkannt, dass späteren Vernehmungen der Beschuldigten eine qualifizierte Belehrung, in der auf die Unverwertbarkeit der früheren Aussage hingewiesen wird, vorausgehen muss. Diese soll einem etwaigen Eindruck der Beschuldigten, sie seien nun ohnehin an eine frühere Selbstbelastung „gebunden“ und eine jetzige Aussageverweigerung habe keinen Sinn mehr, entgegenwirken.⁹⁷ Ein Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung führt allerdings nach Ansicht des BGH nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot für die nachfolgende Aussage; vielmehr sei im Einzelfall zwischen Intensität des Verstoßes und staatlichem Aufklärungsinteresse abzuwägen.⁹⁸

Eine andere Situation liegt vor, wenn Beschuldigte bei ihrer Befragung mit Beweismitteln, die unzulässig erlangt wurden und deren Verwertung deshalb verboten ist, konfrontiert werden. Soweit ersichtlich, hat der BGH lediglich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 die Möglichkeit erwogen, die zu § 136 Abs. 1 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze auf eine solche Konstellation zu übertragen.⁹⁹ Dafür spricht generell die weitgehende Abneigung deutscher Strafgerichte gegenüber einer Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten. Diese darf nicht als Einladung fungieren, Beschuldigten unverwertbare Beweismittel von erdrückendem Gewicht vorzuhalten und sie so zu verwertbaren Geständnissen zu bewegen. Dies würde die anerkannten Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote erheblich schwächen, da für die Ermittler ein ausreichender Anreiz bliebe, sie zu missachten.

Jedenfalls nach einer gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Tatprovokation durch dem Staat zurechenbare V-Personen und Verdeckte Ermittler werden lebensnah sehr zahlreiche und sehr belastende Beweismittel vorliegen. Die Konfrontation mit diesen ist geeignet, die Beschuldigten psychisch in eine ähnliche Situation zu bringen, wie sie bei einer nach unterbliebener Belehrung getätigten Selbstbelastung besteht. Es wird ihnen aussichtslos erscheinen, sich nach den früher in Anwesenheit der V-Personen oder Verdeckten Er-

⁹² *Weber* (Fn. 82), § 4 Rn. 246, unter Verweis auf VG Würzburg, Urt. v. 11. 4. 1985 – WIK84A 1271.

⁹³ EGMR, Urt. v. 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Deutschland), Rn. 85, 88 f.

⁹⁴ EGMR, Urt. v. 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Deutschland), Rn. 90.

⁹⁵ Vgl. *Hübner* (Fn. 77), S. 258 f.

⁹⁶ *Schwarzburg*, NSTZ 1995, 469 (474).

⁹⁷ BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17 = NSTZ 2019, 227 (228) m.w.N.

⁹⁸ *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 136 Rn. 27a.; siehe auch BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 14 f. = BGHSt 53, 112 = NJW 2009, 1427 (1428 f.).

⁹⁹ BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 334/77 = NJW 1978, 1390 (1390 f.).

mittler getätigten Äußerungen oder Handlungen nun auf ihre Selbstbelastungsfreiheit zurückzuziehen.¹⁰⁰

Bei der Tatprovokation kommt ein weiterer geständnis-motivierender Faktor hinzu: Die Beschuldigten müssen eine solche Menschenrechtsverletzung zum einen nicht völlig unplausibel behaupten, um die Beweislastverschiebung auf den Staat auszulösen. Zum anderen werden sie geneigt sein, darüberhinausgehende substantielle Aussagen zu tätigen, um das aus den Ermittlungsakten womöglich nicht voll ersichtliche Ausmaß der Tatprovokation darzulegen und so dessen adäquate Berücksichtigung im Strafverfahren zu erreichen. Nur anhand einer solchen Aussage lässt sich unter Umständen erst beurteilen, ob die Tatprovokation konventionswidrig und die daraus gewonnenen vorgehaltenen Beweismittel nicht verwertbar waren. Das auf die Vorhaltung dieser Beweismittel hin getätigte Geständnis steht dann allerdings selbst im Zusammenhang mit der Tatprovokation und darf bei einem Konventionsverstoß nicht verwertet werden.

Die Summe dieser Erwägungen spricht für eine Übertragung der zu § 136 Abs. 1 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze.¹⁰¹ Allerdings ergeben sich dabei praktische Schwierigkeiten: Ein Unterlassen der nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erforderlichen Belehrung ist ein relativ leicht festzustellender Lebenssachverhalt, der die qualifizierte Belehrungspflicht auslöst. Ob eine Tat jedoch unter Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK provoziert wurde, ist eine nach umfangreicher Sachverhaltsaufklärung zu entscheidende Rechtsfrage. Dieser Unterschied erschwerte es, bei der Tatprovokation einen Auslöser der qualifizierten Belehrungspflicht zu bestimmen. Als frühestmöglichster praktisch handhabbarer Auslöser erscheint die erste Berufung der Beschuldigten darauf, zur vorgeworfenen Tat provoziert worden zu sein. Wenn die Beschuldigten aber diesen Schritt schon gegangen sind, ist lebensnah davon auszugehen, dass sie selbst oder durch ihre Verteidiger bereits für die Konsequenzen einer konventionswidrigen Tatprovokation sensibilisiert sind. Der Mehrwert einer qualifizierten Belehrung ist unter diesen Umständen fraglich.

Wer reflexhaft nach einer qualifizierten Belehrung im Kontext der Tatprovokation ruft, macht es sich daher zu einfach. Solche Forderungen setzen eine über den Umfang dieser Entscheidungsbesprechung hinausgehende Analyse der Grunderwägungen qualifizierter Belehrungen im Lichte ihrer praktischen Umsetzbarkeit speziell für die Tatprovokation voraus. Die hier notwendige Debatte darf allerdings nicht davon ablenken, dass die zu priorisierenden Probleme beim Umgang mit einer konventionswidrigen Tatprovokation andernorts liegen.

V. Fazit

Es ist zu hoffen, dass es sich bei dem besprochenen EGMR-Urteil in Sachen Akbay um die letzte Klarstellung handelt, die Straßburg in Sachen Tatprovokation nach Karlsruhe und

an die gesamte deutsche Strafjustiz übermitteln musste. Für Fälle einer konventionswidrigen Tatprovokation bedeutet diese Entscheidung das Ende der Strafzumessungslösung. Dies spricht jedoch nicht dagegen, intensiv provozierendes Ermittlerverhalten, das unterhalb der Schwelle zur Konventionswidrigkeit bleibt, mit einem Strafabatt zu würdigen. Wünschenswert ist auch eine Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsfragen, bei denen die deutschen Gerichte dem EGMR nach wie vor „die Stirn bieten“. Die Bundesrepublik und ihre Justiz sollten nicht jahrelang um die Grenzen der menschenrechtlichen Mindeststandards – und nur solche gibt die EMRK vor – ringen, sondern mit positivem Beispiel vorangehen.

¹⁰⁰ Vgl. allgemein für die Konfrontation mit den Ergebnissen heimlicher Ermittlungsmaßnahmen *Gercke*, StV 2017, 615 (618).

¹⁰¹ Vgl. *Lohse/Jakobs*, in Hannich (Fn. 98), EMRK Art. 6 Rn. 65.