

F A M O S

(Der *Fall* des *Monats* im Strafrecht)

Juni 2000

Lockspitzel-Fall

Tatprovokation durch Vertrauensperson / Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), § 29 a Betäubungsmittelgesetz (BtmG), § 46 StGB

Leitsätze des Gerichts:

Wird eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch die von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet und führt dies zu einem Strafverfahren, liegt darin ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Dieser Verstoß ist in den Urteilsgründen festzustellen. Er ist bei der Festsetzung der Rechtsfolgen zu kompensieren. Das Maß der Kompensation für das konventionswidrige Handeln ist gesondert zum Ausdruck zu bringen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.11.1999, abgedruckt in StV 2000, 57.

1. Sachverhalt

L war als Vertrauensperson (VP) für die Polizei tätig. In einer Versicherungsangelegenheit suchte er den Angeklagten A, einen italienischen Landsmann, auf. Im Verlauf des Gesprächs fragte L, ob A jemanden kenne, der ihm ein Kilogramm Kokain besorgen könne. A, der weder Drogenkonsument war, noch in Verdacht stand, mit Rauschgift zu handeln, verneinte die Frage. Gleichwohl wandte L sich danach mehrfach erneut mit derselben Anfrage an ihn und stellte ihm einen Gewinn von 5.000 DM in Aussicht. Von diesem Vorgehen wusste der Polizeibeamte, der L als VP führte. Erst nach der vierten Anfrage innerhalb eines Monats war A bereit, sich bei anderen nach entsprechenden Kontakten umzuhören. Er sprach den ihm bekannten Drogenkonsumenten D an, der ihn an seinen Dealer B verwies. Dieser hielt es für möglich, dass sein Lieferant C, von dem er ständig Drogen bezog, über entsprechende Kontakte verfügte. Tatsächlich war C bereit, ein Kilogramm Kokain zu verkaufen. In den Verhandlungen über die Modalitäten des Geschäfts führte B das Wort; A assistierte lediglich. Bei der Übergabe an einen polizeilichen Scheinaufkäufer, den L herangeführt hatte, wurden A, B und C festgenommen. Das LG verurteilte A zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung behandelt die Frage, welche Folge eine unerlaubte Tatprovokation von staatlicher Seite für die zur Tat verleitete Person hat. Sie schien für die Praxis erledigt zu sein, nachdem sich die BGH-Senate auf die sog. **Strafzumessungslösung** verständigt hatten.¹ Danach wirkt sich die **rechtswidrige Veranlassung der Tat** lediglich als **schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund** aus. Weitergehende Lösungsvorschläge, wie die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses oder die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, lehnte der BGH ab. Nach mehrfacher Bestätigung dieser Rechtsprechung² verlor auch die Literatur das Interesse an dem Thema.³

Erneute Aktualität erlangt das Problem nunmehr durch die **Internationalisierung des Rechts**, die allmählich auch das Strafrecht ergreift. Eine vorangegangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) zwang den BGH, die Strafzumessungslösung zu überprüfen.

In einem vergleichbaren Fall hatte der EuGHMR über die Klage eines portugiesischen Staatsangehörigen gegen Portugal zu befinden.⁴ Polizeibeamte hatten ihn ohne vorherigen Tatverdacht zu einer Straftat angestiftet, zu der es ohne ihr Eingreifen nicht gekommen wäre. Wegen Rauschgifthandels wurde er zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, wovon er drei Jahre verbüßte. Der EuGHMR sah in der Tatprovokation und der anschließenden Verurteilung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness in Art. 6 Abs. 1 EMRK und verurteilte Portugal zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von ca. einer Million DM.

Das Urteil ist von den deutschen Strafgerichten zu beachten. Durch Zustimmungsgesetz ist die EMRK Bestandteil des deutschen Rechts geworden. Dementsprechend ist die Rechtsprechung des EuGHMR als „Auslegungshilfe“ bei der Anwendung nationalen Rechts zu berücksichtigen.⁵

Eine weitergehende Bindung besteht nicht. Der EuGHMR beschränkt sich auf die Feststellung der Konventionswidrigkeit; die konkrete Ausgestaltung der Grundprinzipien der EMRK bleibt dem nationalen Recht überlassen.⁶ Gleichwohl ist der Prüfungs- und Argumentationsdruck beträchtlich, der von der Entscheidung des EuGHMR ausgeht. Es finden sich darin sehr deutliche Formulierungen, die eine bloße Strafzumessungslösung als bedenklich erscheinen lassen. Dem Beschwerdeführer wird bescheinigt, dass er „von Beginn an vollständig“ einem unfairen Verfahren ausgesetzt gewesen sei.⁷ Ferner führt das Gericht aus: „Das öffentliche Interesse kann nicht die Verwendung von Beweismaterial rechtfertigen, das aus polizeilicher Anstiftung resultiert“.⁸ Hinzu kommt, dass die Provokation in diesem Fall noch nicht einmal das Gewicht des polizeilichen Eingreifens in dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte. Immerhin gab es Hinweise darauf, dass der portugiesische Beschwerdeführer zur Beschaffung von Rauschgift in der Lage sein könnte. Auch hatte sich dieser bereits nach der ersten Anfrage bereitgefunden, aktiv zu werden, und er hatte das Rauschgift selbst beschafft.

¹ BGHSt 32, 345.

² Z. B. BGHSt 33, 356, 362; BGH NStZ 1999, 501.

³ Vgl. die nur noch knappe Behandlung bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 29. Aufl. 1999, Rn. 574.

⁴ *Teixeira de Castro* gegen Portugal, EuGHMR NStZ 1999, 47 (nichtamtlicher Auszug).

⁵ BVerfGE 74, 358, 370.

⁶ BGH StV 2000, 57, 59, 60, 62; *Ress* EuGRZ 1996, 350.

⁷ EuGHMR NStZ 1999, 47, 48.

⁸ EuGHMR NStZ 1999, 47, 48.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nur in der Form, nicht aber in der Sache erweist sich der BGH als europarechtsfreundlich. Wohl akzeptiert er die Pflicht, Entscheidungen des EuGHMR zu berücksichtigen. Er zieht jedoch nicht die Konsequenzen, die die genannten Formulierungen des EuGHMR nahelegen. Aus dem Verstoß gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness, von dem der BGH in dem ihm vorliegenden Fall ausgeht, leitet er weder ein Verfahrenshindernis noch ein Beweisverbot ab. Vielmehr **verteidigt er seine Strafzumessungslösung**. Durch zusätzliche Anforderungen an die Umsetzung dieser Lösung versucht er, der Entscheidung des EuGHMR gerecht zu werden. Was dem Opfer polizeilicher Provokation dort erst nachträglich als finanzielle Kompensation zuerkannt wurde, soll ihm hier im Verfahren durch Strafmilderung bis an die Untergrenze oder darüber hinaus durch Verwarnung mit Strafvorbehalt oder durch Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO zugute kommen. Der Konventionsverstoß ist in den Urteilsgründen festzustellen. Auch muss der Umfang der Rechtsfolgen-Kompensation klar ausgewiesen werden.

Interesse verdient, mit welcher Begründung der BGH sich den näher liegenden Lösungen verweigert. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses verhindert nach seiner Auffassung Gerechtigkeit im Einzelfall. Es komme das Prinzip „Alles oder Nichts“ zum Zuge; nötig sei jedoch eine „Abwägung der vielgestaltigen Abstufungen“ insbesondere auch im Hinblick auf die Unterschiede im Verhalten des Provozierten.⁹ Ferner zeige die Regelung in § 136 a StPO, dass auch schwerste Verstöße gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness im deutschen Recht lediglich ein Beweisverwertungsverbot auslösten, nicht jedoch an der Durchführung des Verfahrens hinderten.¹⁰ Gegen die Annahme eines Beweisverbots führt der BGH allgemeine Gründe ins Feld.¹¹ Ein derartiges Verbot betreffe lediglich die einzelne unzulässige Ermittlungshandlung, nicht aber die Beweisaufnahme insgesamt. Zudem sei dessen Reichweite schwer zu ermitteln. Unklar sei, wie weit ein Beweisverbot bei verschiedenen Tatbeteiligten reiche, ob ein Verfahrensverstoß eine Fernwirkung für spätere Beweiserhebungen habe und ob der Zweifelssatz anwendbar sei. Den maßgeblichen **Vorzug der eigenen Strafzumessungslösung** sieht der BGH in der **praktischen Flexibilität** und der dadurch gewährleisteten **Einzelfallgerechtigkeit**.¹²

Die Entscheidung leistet auch einen Beitrag zur Klärung der rechtlichen Voraussetzungen für eine polizeiliche Lockspitzeltätigkeit. Betont wird der Unterschied zwischen zwei Akteuren. Spezialgesetzlich geregelt ist der Einsatz Verdeckter Ermittler (VE).¹³ Das sind unter veränderter Identität tätige Beamte des Polizeidienstes (§ 110 a Abs. 2 StPO). Jegliche Ermittlungstätigkeit, also auch eine Tatprovokation, hat u. a. einen Tatverdacht zur Voraussetzung (§ 110 a Abs. 1 StPO). Eine VP gehört dagegen nicht der Polizei an, unterstützt diese aber vertraulich bei der Aufklärung von Straftaten.¹⁴ Der BGH stellt klar, dass eine VP den Bereich der Gefahrenabwehr verlässt, wenn sie gezielt (unter polizeilicher Kontrolle) eine Straftat provoziert. Die Maßnahme habe repressiven Charakter und bedürfe daher einer strafverfahrensrechtlichen Legitimation. Wesentliche Voraussetzung sei, dass die angesprochene Person „in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu

⁹ BGH StV 2000, 57, 60.

¹⁰ BGH StV 2000, 57, 60.

¹¹ BGH StV 2000, 57, 60 f.

¹² BGH StV 2000, 57, 60.

¹³ §§ 110 a ff. StPO.

¹⁴ Vgl. Gemeinsame Richtlinien der Justiz- und Innenminister der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung, Nr. 2.2 (abgedruckt bei *Kleinknecht / Meyer-Gößner*, StPO, 44. Aufl. 1999, S. 1910 ff.)

sein“.¹⁵ **Unzulässig ist also ein Lockspitzeinsatz „auf gut Glück“ gegenüber einem Unverdächtigen.**

Schließlich grenzt der BGH noch den Bereich der Tatprovokation von Maßnahmen unterhalb dieser Schwelle ab. Noch keine Provokation liege vor, wenn eine VP einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspreche, ob er Betäubungsmittel beschaffen könne, oder wenn die VP nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutze. Als provozierender Lockspitzel sei die VP dagegen tätig, „wenn sie über das bloße ‚Mitmachen‘ hinaus in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt“.¹⁶

Für den vorliegenden Fall gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass das vom LG verhängte Strafmaß wegen des schwerwiegenden Verstoßes gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness unvertretbar hoch sei. Es liege eine Sanktion im Bereich der Mindeststrafe nahe.¹⁷

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Das Europarecht hält Einzug in die Pflichtfächer. Examensklausuren im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht aus jüngster Zeit belegen diesen Trend. Er wird vor dem Strafrecht nicht Halt machen. Die vorliegende Fallgestaltung bietet sich dafür zur Verwertung an; erlaubt sie doch eine Verbindung mit Problemen des Allgemeinen Teil, indem auch nach der Strafbarkeit des Lockspitzels gefragt wird.¹⁸

Falsch wäre es, zu meinen, man brauche auf die hier erörterten Probleme nicht einzugehen, weil sie verfahrens- und strafzumessungsrechtlicher Natur seien, während regelmäßig nur die „Strafbarkeit“ zu untersuchen sei. Zum einen ist zu bedenken, dass die straftatsystematische Einordnung der Folgen unzulässiger Tatprovokation keineswegs abschließend geklärt ist. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass ein persönlicher Strafausschließungsgrund für den Provozierten anzunehmen sei.¹⁹ Zum anderen gilt generell: Der Aufgabensteller will nicht beim Wort genommen werden, wenn er in einer Examensklausur nach der Strafbarkeit der Beteiligten fragt. Erwartet wird auch, dass Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse thematisiert werden, sofern der Fall dazu Anlass bietet.²⁰ **Auch rückt die Strafzumessung immer stärker ins Blickfeld der Prüfungspraxis.**²¹ Seit jeher mussten Konkurrenzfragen behandelt werden. Wegen ihrer Tatbestandsähnlichkeit sind auch Regelbeispiele zu beachten, deren Zahl der Gesetzgeber ständig vermehrt. Die Aufzählung lässt sich fortsetzen: Rechtsfolgenlösung beim Mord, der minderschwere Fall des Totschlags, die Strafraumenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB usw. **Benannte Gründe dieser und anderer Art für einen Verzicht auf Strafe und für eine Strafschärfung oder Strafmilderung sollten – bei entsprechendem Anlass – in einer Fallbearbeitung Berücksichtigung finden.**

¹⁵ BGH StV 2000, 57, 61.

¹⁶ BGH StV 2000, 57, 61.

¹⁷ BGH StV 2000, 57, 62.

¹⁸ In erster Linie geht es um eine Strafbarkeit wegen Anstiftung; vgl. dazu *Kühl*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1997, § 20 Rn. 201 ff.

¹⁹ Z. B. *Roxin* JZ 2000, 369; SK-StPO – *Rudolphi*, § 110 c Rn. 11.

²⁰ Vgl. die entsprechenden Abschnitte in den Lehrbüchern zum AT; z. B. *Ebert*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1994, S. 100 ff.; *Matt*, Strafrecht AT I, 1996, S. 286 ff.; *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 496 ff.;

²¹ Vgl. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 5. Aufl. 1996, S. 52.

Der Meinungsstreit über die Folgen unzulässiger Tatprovokation verursacht **Schwierigkeiten beim Aufbau der Fallprüfung**. Wie soll der Prüfungspunkt heißen, unter dem diese Folgen diskutiert werden, und wann ist er anzusprechen? Unzweckmäßig wäre es, sich vorzeitig festzulegen. Ob ein persönlicher Strafausschließungsgrund, ein Verfahrenshindernis oder ein Strafmilderungsgrund anzunehmen ist, soll ja erst noch geklärt werden. Daher empfiehlt sich eine offene Benennung: Strafflosigkeit auf Grund unzulässiger Tatprovokation. Dieser Prüfungspunkt sollte der üblichen Erörterung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld folgen. Im vorliegenden Fall wäre also zunächst festzustellen, dass A den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gem. § 29 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BtmG erfüllt hat und dass keine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe eingreifen. Nunmehr wäre auf die Frage einer Strafflosigkeit wegen unzulässiger Tatprovokation einzugehen. Die Erörterung kann zum Ergebnis haben, dass lediglich ein Strafmilderungsgrund angenommen wird.

Der justiziellen Praxis verlangt die Entscheidung ein **erhöhtes Maß an Formalisierung und Begründung** ab. Der größere Aufwand ist zu leisten beim Ausweis des Konventionsverstößes und bei der Darlegung sowie bei der Begründung der Kompensation in den Urteilsgründen, was die Urteile revisionsanfälliger machen wird. Insgesamt muss sich die strafrechtliche Praxis auf eine Fortführung der Strafzumessungslösung einstellen. Ob sie von Dauer sein wird, erscheint aber zweifelhaft. Da, wie oben gezeigt, Diskrepanzen zwischen der BGH-Entscheidung und der Entscheidung des EuGHMR bestehen, ist nicht auszuschließen, dass der EuGHMR diese deutsche Lösung verwirft, wenn er dazu Gelegenheit erhält.

5. Kritik

Zwar bezeugt der BGH dem europäischen Recht und insbesondere der Rechtsprechung des EuGHMR mit seiner Entscheidung Respekt. Doch belässt er es bedauerlicherweise bei einer halben Verbeugung. Die klaren Äußerungen des EuGHMR über die Rechtswidrigkeit des Verfahrens und der Beweisgewinnung hätten die Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses zur Folge haben müssen,²² zumal der Verstoß gegen das Gebot der Verfahrensfairness weitaus größeres Gewicht gehabt hätte als derjenige im Fall des EuGHMR. Man vergleiche nur die jeweiligen finanziellen Auswirkungen: Der portugiesische Beschwerdeführer wurde mit einer Million DM entschädigt; A hat als Verurteilter gem. § 465 StPO die Prozesskosten zu tragen.

Dagegen verdient Zustimmung, was der BGH über die Einordnung der Tätigkeit einer VP und über die Voraussetzungen einer zulässigen Tatprovokation sagt. Er betont, dass die Problematik des Einsatzes einer VP als Lockspitzel allein nach strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Kriterien zu bemessen sei, und macht die Zulässigkeit einer Tatprovokation davon abhängig, dass zumindest ein Anfangsverdacht gegeben ist. Eine großzügigere Legitimation nach Polizeirecht kommt somit nicht in Betracht. Erreicht ist insoweit eine **Angleichung an die gesetzliche Voraussetzung für den Einsatz eines VE**. Dieser darf nur bei zureichenden Anhaltspunkten für eine Straftat, bei einem Anfangsverdacht also,²³ tätig werden (§ 110 a Abs. 1 StPO).

Von der Entscheidung dürften **nur in geringem Umfang disziplinierende Wirkung auf die Verfolgungspraxis** ausgehen. Die VP hat weiterhin kaum Nachteile zu befürchten, wenn sie einen anderen unzulässig zu einer Tat provoziert. Vor einer Bestrafung wegen Anstiftung schützt sie die

²² So auch *Sinner / Kreuzer* StV 2000, 114, 117; *Kempf* StV 1999, 128, 130; für ein Beweisverwertungsverbot: *Kinzig* StV 1999, 288, 292.

²³ Vgl. *Kleinknecht / Meyer-Göfner*, aaO., § 110 a Rn. 10, § 98 a Rn. 7.

ganz h. M., die den Anstiftungsvorsatz verneint.²⁴ Disziplinarrechtliche Folgen scheiden aus, weil die VP nicht dem Polizeidienst angehört. Allenfalls der Polizeibeamte, der die VP führt, könnte disziplinarrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Einer Verwertung der Ermittlungsergebnisse steht nichts im Wege. Was bleibt, ist die Kennzeichnung des Vorgehens in den Urteilsgründen als rechtswidrig. Man kann nur hoffen, dass schon dies allein in einem Rechtsstaat genügend Anlass bietet, derartige Praktiken zu unterlassen.

6. Nachtrag (April 2007)

Die **Rechtsprechung** hat sich **nicht geändert**.²⁵ In der **Literatur** sind **unterschiedliche** Reaktionen zu verzeichnen. Das Festhalten des BGH an der Strafzumessungslösung ist teilweise auf Zustimmung gestoßen.²⁶ Vielfach wird aber auch die Auffassung vertreten, dass seine Lösung den Vorgaben des EuGHMR nicht gerecht werde.²⁷ Wenn ein Unverdächtiger durch eine so massive Einwirkung wie im vorliegenden Fall zu einer Tat verleitet werde, so sei aus der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ein Verfahrenshindernis²⁸ oder zumindest ein Beweisverwertungsverbot abzuleiten.²⁹ Nach wie vor ist daher nicht abschließend geklärt, ob in Fällen dieser Art ein persönlicher Strafausschlussgrund, ein Verfahrenshindernis, ein Beweisverwertungsverbot oder lediglich ein Strafmilderungsgrund vorliegt. Gültigkeit behält demnach unsere Empfehlung, das Problem in einem angehängten Prüfungspunkt „Straflosigkeit auf Grund unzulässiger Tatprovokation“ zu erörtern.

²⁴ Vgl. *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, Rn. 4; *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 573.

²⁵ Vgl. BGHSt 47, 44, 47 f.

²⁶ Z. B. bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 288.

²⁷ *Kudlich*, JuS 2000, 951; *Endriß / Kinzig*, NStZ 2000, 271; *Lesch*, JA 2000, 450; *Herzog*, StV 2003, 410.

²⁸ *Lesch*, JA 2000, 450, 454.

²⁹ *Kudlich*, JuS 2000, 951, 955.