

1. Sachverhalt¹

A steht im Verdacht, in Betäubungsmitteldelikte verwickelt zu sein.

Zur Aufklärung werden umfangreiche Observationen und mehrere Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen durchgeführt, jedoch ohne Erfolg. Daraufhin setzt die Staatsanwaltschaft den Polizeibeamten B zu verdeckten Ermittlungen ein. Dieser versucht A dazu zu überreden, ihm größere Mengen der Droge Ecstasy zu besorgen. A lehnt dies jedoch ab. Infolgedessen bedroht B den A und täuscht diesem bewusst wahrheitswidrig vor, dass er die Drogen brauche, um sie an Dritte zu übergeben. Diese hätten seine Familie mit dem Tod bedroht. Von dieser Geschichte beeindruckt, besorgt A das Ecstasy und übergibt es B, ohne selbst eine Gegenleistung zu erhalten.

Das LG Bonn verurteilt A nach dem BtMG zu einer Freiheitsstrafe. A legt hiergegen Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall operierte B als **verdeckter Ermittler**. Dies sind Polizeivollzugsbeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten Identität (Legende) zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden,

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

Oktober 2015

Staatliche Einflussnahme-Fall

Tatprovokation durch verdeckten Ermittler / Strafzumessungslösung / Einfluss von Urteilen des EGMR / Einstellung wegen Verfahrenshindernis

Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 260 Abs. 3 StPO

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation stellt regelmäßig ein nicht behebbares Verfahrenshindernis dar.
2. Urteile des EGMR lassen die Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung entfallen; einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen bedarf es nicht.

BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14; bisher unveröffentlicht.

§ 110a Abs. 2 StPO.² B wurde nicht nur zwecks Ermittlungen eingesetzt, sondern als ein „**agent provocateur**“³ dazu beauftragt, eine Straftat polizeilich kontrolliert herbeizuführen, um die spätere Festnahme und Verfolgung des Beschuldigten zu ermöglichen. Ein solcher **Lockspitzeinsatz**⁴ grenzt sich vom bloßen Mitmachen an einer Tat dadurch ab, dass die Tatbereitschaft geweckt oder intensiviert wird,⁵ wie dies vorliegend auch seitens B geschehen ist.

Die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes eines Lockspitzels wird unterschiedlich beurteilt: Nach Ansicht des BGH ist ein rechtlich unbedenklicher

² Vgl. auch § 20g Abs. 2 Nr. 5 BKAG; *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 24.

³ Vgl. *Esser*, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 252.

⁴ *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 27.

⁵ *Bruns*, in Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 110c Rn. 10.

Einsatz möglich.⁶ Für die Zulässigkeit verweist er insbesondere auf ein praktisches Bedürfnis, gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, da die Täter ansonsten oftmals nicht überführt werden könnten.⁷ Dies wird durch die gesetzliche Wertung bestätigt, denn § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO normiert gerade den Einsatz im Betäubungsmittelbereich. Nötig sei in jedem Fall ein bestehender Anfangsverdacht.⁸ Das tatprovokierende Verhalten sei jedoch nur insoweit statthaft, solange eine Abwägung im Rahmen einer Gesamtschau ergebe, dass die polizeilich angeleitete Provokation „**unvertretbar überge-
wichtig**“ war und damit einem Rechtsstaat nicht mehr entspreche.⁹ Hierfür müssten Art, Intensität und Dauer der Einflussnahme in den Blick genommen werden. Diese seien mit der eigenen Tatbereitschaft des Beschuldigten sowie seinen sonstigen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten abzuwägen.¹⁰ Es solle darauf ankommen, ob das Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht aufweist, dass der Beitrag des Beschuldigten demgegenüber in den Hintergrund tritt, was insbesondere bei Anwendung von Gewalt oder massivem psychischen Druck anzunehmen sei.¹¹

Gemessen an diesen Kriterien müsste im vorliegenden Fall von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszugehen sein, da B den A psychisch auf massive Weise beeinflusste.

Der EGMR misst den Lockspitzeinsatz an Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, dem Recht auf ein faires Verfahren. Anders als der BGH nimmt der Gerichtshof an, dass verdeckte Ermittler unter keinen Umständen tatprovokierend tätig wer-

den dürfen.¹² Ihre Betätigung müsse sich vielmehr auf eine **weitgehend passive Strafermittlung** beschränken.¹³ Sobald der Ermittler die Tat initiiert oder sonst auf den Beschuldigten einwirkt, sei dies konventionswidrig und verletze Art. 6 EMRK.¹⁴ Es sei Aufgabe der Polizei, Straftaten zu verhindern, nicht sie zu erzeugen. Daher könne das öffentliche Interesse an der Verurteilung den Einsatz von Lockspitzeln in keinem Fall rechtfertigen.¹⁵

Der Gerichtshof prüft hierfür anhand einer **hypothetischen Überlegung**, ob die spätere Tat auch ohne eine staatliche Einflussnahme begangen worden wäre.¹⁶ Selbst der passive Einsatz verdeckter Ermittler bedürfe konkreter objektiver Verdachtsmomente zu Beginn der staatlichen Aktivität,¹⁷ sowie eine dauerhafte Überwachung der Handlungen des Ermittlers durch eine staatliche Stelle.¹⁸ Mittels einer **materiell-rechtlichen Prüfung** soll anhand der genannten Kriterien das Vorliegen einer Tatprovokation festgestellt werden.

Wie die beiden Gerichte ist sich auch die Literatur in der Beurteilung der Zulässigkeit uneins: Teilweise wird der Argumentation des BGH gefolgt.¹⁹ Teil-

⁶ BGHSt 45, 321.

⁷ BGH NJW 1980, 1761; BGH, Urteil vom 10. Juni 1975 – 1 StR 165/75 –, juris.

⁸ Vgl. für den Fall des Lockspitzeinsatzes gegen einen völlig Unverdächtigen: famos, 06/2000.

⁹ BGH NJW 1981, 1626.

¹⁰ BGH NJW 1980, 1761.

¹¹ BGH NStZ 2009, 405, 406; vgl. EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 52.

¹² EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 49; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 32.

¹³ EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 48; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 38; EGMR, Ramanauskas v. Lithuania, 74420/01, Rn. 55.

¹⁴ EGMR, Calabro v. Italy and Germany, 59895/00, Rn. 5; vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 121.

¹⁵ EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 36; EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 47.

¹⁶ EGMR, Bannikova v. Russia, 18757/06, Rn. 37.

¹⁷ EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 50.

¹⁸ *Esser* (Fn. 3), Art. 6 EMRK Rn. 255.

¹⁹ *Bruns* (Fn. 5), § 110c Rn. 9; *Hegmann*, in Graf, StPO, 20. Aufl. 2015, § 110c Rn. 8 ff.; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. 2005, § 110a Rn. 1.

weise wird der tatprovokierende Einsatz verdeckter Ermittler wegen einer fehlenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für rechtswidrig erachtet,²⁰ insbesondere reiche § 110a Abs. 1 StPO nicht aus, da dieser den Einsatz nur zur „Aufklärung von Straftaten“ erlaube. Eine solche gesetzliche Ermächtigung könne aber, da sie in jedem Fall verfassungs- und konventionswidrig wäre, auch nicht eingeführt werden.²¹

Genauso umstritten wie die Frage, wann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt, ist, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Auch hierbei werden in der Literatur unterschiedliche Standpunkte vertreten: Eine Meinung nimmt ein **Verfahrenshindernis** an.²² Begründet wird dies mit einer Verwirkung des Strafanspruchs sowie einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Strafrechtspflege.²³ Teilweise werden zur Begründung auch Art. 1 und 2 GG herangezogen oder das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörde (**venire contra factum proprium**) angeführt.²⁴ Ebenso verbreitet ist die Ansicht, dass ein **Beweisverwertungsverbot** der durch den Lockspitzel gewonnenen Erkenntnisse anzunehmen sei.²⁵ Die Folge einer belastenden Ermittlungsmaßnahme ohne eine tragfähige Rechtsgrundlage bestimme sich nach den allgemeinen Regeln, die zwar nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hätten, sich bei schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte jedoch aus dem Grundgesetz

ergäben.²⁶

Teilweise wird eine materiell-rechtliche Lösung vertreten, wonach die unzulässige Tatprovokation zu einem **Strafaufhebungs-** oder **Strafausschließungsgrund** führe. Wenn es zu einer Hauptverhandlung kommt, sei der Freispruch alleinig geeignet, der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation Genüge zu tun.²⁷ Die Einstellung gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (bei Annahme eines Verfahrenshindernisses) oder der Freispruch „aus Mangel an Beweisen“ (bei einem Beweisverwertungsverbot) würden der begangenen Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs des Angeklagten nicht gerecht.²⁸ Gegen diese Lösung wird aber angeführt, dass eine Unterscheidung zwischen materiellem Strafrecht und Prozessrecht nötig sei.²⁹ Außerdem seien Strafausschließungsgründe auf Personen oder Tatsituationen zugeschnitten, nicht auf Ermittlungsmaßnahmen.³⁰

Der EGMR sieht sich bei seinem Rechtsfolgenausspruch zunächst der Einschränkung ausgesetzt, dass er lediglich einen Konventionsverstoß feststellen kann (vgl. Art. 34, 41 EMRK). Demnach seien Ermittlung und Erhebung der Beweise Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte; der EGMR habe sich auf die Prüfung zu beschränken, ob das **Verfahren als Ganzes „fair“** war (sogenannte Gesamtbeurteilungslehre).³¹ Der Gerichtshof betont, dass dem Opfer eines Lockspitzeleinsatzes bereits durch die Tatprovokation selbst sein Recht auf ein faires Verfahren endgültig genommen werde – eine Heilung komme nicht in Betracht.³²

²⁰ Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 96; Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, 128.

²¹ Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 141 f.; a.M. vgl. Voller (Fn. 20), S. 60.

²² Herzog, StV 2003, 410, 412; Hillenkamp, NJW 1989, 2843; Meyer, ZStW 1983, 834, 853.

²³ Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 37 Rn. 7.

²⁴ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 20.

²⁵ Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292.

²⁶ Vgl. BGHSt 57, 71; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13.

²⁷ Wolter, NStZ 1993, 1, 10.

²⁸ Vgl. Roxin, JZ 2000, 369; Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 141 f.

²⁹ Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 212.

³⁰ Voller (Fn. 20), S. 107.

³¹ EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 46; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 34.

³² EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 39.

Da es auf die konkrete Verwendung von durch den Lockspitzel gewonnenen Beweismitteln im Prozess nicht mehr ankomme, könnte man dies als Entstehen des EGMR für ein Verfahrenshindernis ansehen.³³ Die gefestigte Formel des EGMR, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Straftat den Gebrauch der durch eine Tatprovokation gewonnenen Beweismittel niemals rechtfertigen könne,³⁴ wird in der aktuellen Entscheidung „Furcht v. Germany“ zur Thematik präzisiert: Dort heißt es, dass nur ein „Ausschluss“ sämtlicher Beweismittel eine angemessene Wiedergutmachung des Lockspitzeinsatzes sein könne.³⁵ Alle anderen Lösungen müssten als unzureichend ausscheiden. Dies spricht eher für die Annahme eines (unselbstständigen)³⁶

Beweisverwertungsverbotes. Bei einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz kann es daher nach Ansicht des EGMR kein faires Strafverfahren geben.

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die **Strafzumessungslösung**. Demnach muss die rechtsstaatswidrige Tatprovokation materiell als schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund innerhalb der Strafzumessung berücksichtigt werden. Dafür wird zunächst eine tat- und schuldangemessene Strafe im Urteil bestimmt, die sodann (massiv) zu mildern ist.³⁷ Hierbei muss der Verstoß gegen Art. 6 EMRK im Urteil ausdrücklich festgestellt werden, da die Strafmilderung als gerechte Entschädigung i.S.d. Art. 41 EMRK gelten soll.³⁸

Der Ansatzpunkt früherer Entscheidungen des BGH, wonach ein Verfah-

renshindernis bei Lockspitzeinsätzen in Betracht komme,³⁹ wurde durch die Strafsenate aufgegeben; eine Einstellung komme keinesfalls in Betracht.⁴⁰ Der BGH führte bislang gegen die Einstellung an, dass auch der Einsatz verbotener Vernehmungsmassnahmen lediglich ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe (§ 136a Abs. 3 StPO) und gerade nicht zur Einstellung des Verfahrens führe.⁴¹ Außerdem werde sonst der Individualrechtsgüterschutz unbeteiligter Dritter in Gefahr gebracht. Auch die Lösung mittels eines Beweisverwertungsverbotes wird – in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR – verworfen, denn ein solches könne immer nur die einzelne Ermittlungsmaßnahme betreffen und nicht die provozierte Tat insgesamt.⁴²

Ferner bemängelte der BGH bei den materiellen Lösungen sowie bei der Annahme eines Verfahrenshindernisses oder eines Beweisverwertungsverbotes, dass es sich hierbei um „Alles-oder-Nichts“-Lösungen handle. Demgegenüber könne man durch die flexible Strafzumessung der unterschiedlichen Intensität der staatlichen Beeinflussung gerecht werden und Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen.⁴³ Dieses Argument trägt freilich nur, wenn man den nichtpassiven Lockspitzeinsatz nicht per se für unzulässig erachtet.

Das BVerfG misst den Lockspitzeinsatz am Recht auf ein faires Verfahren, das grundgesetzlich durch **Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG** geschützt sei.⁴⁴ Hierbei müsse der Anspruch des Angeklagten, nicht zum **Objekt staatlichen Handelns** gemacht zu werden⁴⁵, mit dem durch das Rechtsstaatsprinzip verbürgten kollekt-

³³ Gaede, *Fairness als Teilhabe* 2007, S. 209; *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 130.

³⁴ EGMR, *Furcht v. Germany*, 54648/09, Rn. 47; EGMR, *Teixeria de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, Rn. 36.

³⁵ EGMR, *Furcht v. Germany*, 54648/09, Rn. 64.

³⁶ Vgl. *Kindhäuser*, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl. 2013, § 23 Rn. 5.

³⁷ BGHSt 45, 321, 332.

³⁸ Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 215.

³⁹ BGH NJW 1980, 1761; BGH NJW 1981, 1626.

⁴⁰ BGHSt 32, 345, 350; 45, 321, 333.

⁴¹ Vgl. *Voller* (Fn. 20), S. 110.

⁴² BGHSt 45, 321, 335.

⁴³ Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 216.

⁴⁴ BVerfGE 133, 168, 200; BVerfG NJW 2015, 1083, 1085.

⁴⁵ BVerfG NSTZ 1995, 95, 96.

tivrechtlichen **Gebot materieller Gerechtigkeit**⁴⁶ abgewogen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren sei dabei nur verletzt, wenn „rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben“ wurde.⁴⁷ Demgemäß könne bei einer Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen eine Verfahrenseinstellung verfassungsrechtlich geboten sein.⁴⁸ Im Übrigen sei die Strafzumessungslösung des BGH ausreichend. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der EMRK, die – obwohl innerstaatlich im Range eines Bundesgesetzes stehend – bei der Auslegung der Verfassung zu berücksichtigen sei.⁴⁹ Zwar stimme die Strafzumessungslösung dogmatisch nicht mit der Lösung des EGMR überein, das BVerfG betont allerdings die Eigenständigkeit der deutschen Rechtsordnung. So dürfe es keine „schematische Vollstreckung“ der EGMR-Urteile geben. Diese müssten vielmehr „möglichst schonend“ in die deutsche Strafrechtsdogmatik eingeführt werden, was durch den BGH hinreichend geschehe.⁵⁰

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Bonn auf und stellt das Verfahren ein. A sei durch B rechtsstaatswidrig zur Straftat provoziert worden. Dies stelle ein nicht behebbares Verfahrenshindernis dar, das zur Einstellung des Verfahrens führe.

Dies ist eine eindeutige Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung und der Strafzumessungslösung. Dabei nimmt der 2. Strafsenat des BGH das EGMR-Urteil „Furcht v. Germany“ zum Anlass, seine Rechtsprechung zum rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz an die des EGMR anzugleichen. Der EGMR habe in diesem Urteil ausgesprochen, dass die Strafzumessungslösung als

Kompensation nicht hinreichend sei. Deshalb müsse, zumindest in den Fällen, in denen der BGH bisher eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation angenommen hat, das Verfahren aufgrund eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden.

Offen bleibt, ob sich der BGH in Zukunft auch bei der Frage, wann der Lockspitzeinsatz zulässig ist, an den wesentlich weiteren Kriterien des EGMR orientieren will.

Die Abweichung des 2. Senats von den anderen Strafsenaten bedeute keine **Divergenz**, die ein Vorlageverfahren gemäß § 132 Abs. 2 GVG nötig machen würde. Die Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen sei entbehrlich, da durch das EGMR-Urteil die Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung des BGH entfallen sei.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Insbesondere die Staatsanwaltschaften werden sich mit den Konsequenzen des Urteils auf ihre Ermittlungspraxis auseinandersetzen müssen. Konsequenterweise müssten sie, sollte es zu einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz kommen, bereits im Ermittlungsverfahren eine Verfahrenseinstellung verfügen. Geht man noch einen Schritt weiter, wird man ganz grundsätzlich über den Einsatz von nicht lediglich passiv agierenden verdeckten Ermittlern nachdenken müssen. Auch im Rahmen der universitären Fallbearbeitung muss der Rechtsprechungswandel künftig miteinbezogen und auf ihn hingewiesen werden. Dabei könnte von den Studierenden zu erwarten sein, in einer Klausur neben der grundsätzlichen Rolle von EMRK und EGMR, auch die Unzulänglichkeiten der bisher vertretenen Strafzumessungslösung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK herauszuarbeiten.

5. Kritik

Das Urteil ist aus zweierlei Gründen zu begrüßen: Materiell überzeugt die An-

⁴⁶ BVerfG NJW 2015, 1083, 1085; auch BGHSt 57, 250, 284.

⁴⁷ BVerfGE 57, 250, 276.

⁴⁸ BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.

⁴⁹ BVerfGE 111, 307, 316 ff.; 128, 326, 327 f.

⁵⁰ BVerfG NJW 2015, 1083, 1086.

nahme eines Verfahrenshindernisses, weil sie die einzig sachgerechte Lösung der Lockspitzelproblematik darstellt. Der BGH scheint zu erkennen, dass es Aufgabe der Ermittlungsbehörden ist, Straftaten aufzuklären, anstatt sie herbeizuführen. Es scheint paradox, einerseits Straftaten auszulösen, um sie dann andererseits von einer vermeintlich moralisch höheren Ebene aus abzuurteilen.

Auch die Kammern des BVerfG hatten zwar die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung erkannt, dies trotz zahlreicher Fälle, in denen eine Verfahrenseinstellung in Erwägung gezogen wurde, jedoch nie angenommen.⁵¹ Umso mehr erfreut das aktuelle Urteil des BGH, das die wünschenswerte Konsequenz erhoffen lässt, dass jede rechtsstaatswidrige Tatprovokation ein Verfahrenshindernis nach sich zieht.

Der Einsatz der verdeckten Ermittler sollte – streng nach § 110a StPO und entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EGMR – auf den ausschließlich passiv ermittelnden Einsatz beschränkt bleiben. Hierbei wird nicht in die Willensbildung des Beschuldigten eingegriffen und somit nicht gezielt ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt.

Ferner ist positiv hervorzuheben, dass sich die deutsche Rechtsordnung durch das Urteil ein wenig weiter für die Rechtsprechung des EGMR geöffnet hat. Dies korrespondiert mit jüngeren Entscheidungen des BVerfG, das diese Öffnung verfassungsrechtlich billigt und begrüßt.⁵² Allerdings könnte die unterschiedliche Bindungskraft der EMRK noch weitere Konsequenzen nach sich ziehen: Da die EMRK innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes steht,⁵³ ist der BGH unmittelbar an diese gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG)⁵⁴. Außerdem müssen die Entscheidungen des EGMR

Demgegenüber stellt die EMRK für die Interpretation des Grundgesetzes lediglich eine „Auslegungshilfe“ dar.⁵⁵ Durch sein obiter dictum, zukünftig womöglich bei jedem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz ein Verfahrenshindernis anzunehmen, geht der BGH bedeutend weiter als das BVerfG. Dies hält eine Einstellung, wie dargestellt, nur in „extremen Ausnahmefällen“⁵⁶ für geboten, um auch das Gebot materieller Gerechtigkeit⁵⁷ durchzusetzen. Die weite Auslegung des BGH könnte verfassungsrechtlich bedenklich sein, weil sie dieses Prinzip nicht hinreichend berücksichtigt. Zutreffend wird man jedoch annehmen müssen, dass das Gebot materieller Gerechtigkeit gar nicht tangiert ist, weil bei einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz durch eine Verurteilung wegen der staatlichen Intervention keine Sühne und damit keine Gerechtigkeit erbracht werden kann. Jedenfalls muss dem Recht auf ein faires Verfahren der Vorrang eingeräumt werden.

Die Bedeutung der EMRK für das nationale Recht wurde durch die Entscheidung deutlich gestärkt. Das Argument des BGH, durch die Rechtsprechungsänderung künftig weitere Völkerrechtsverletzungen Deutschlands zu vermeiden, überzeugt nachhaltig: Durch die Internationalisierung des Rechts hat die Einhaltung völkervertraglicher Verpflichtungen enorme Bedeutung erlangt. Die Entscheidung des BGH ist daher aufgrund der stärkeren Berücksichtigung der EMRK der Entscheidung des BVerfG vorzuziehen. Dies liegt auch an der Entschlossenheit, eine gut 30-jährige Rechtsprechung⁵⁸ zu ändern.

(Laura vom Kolke / Kolja Ellerbrok)

⁵¹ BVerfG NJW 2015, 1083; BVerfG, Beschluss v. 11.01.2005 – 2 BvR 1389/04 – juris; BVerfG NJW 1995, 95.

⁵² BVerfGE 120, 180, 199.

⁵³ BVerfGE 111, 307, 315 f.

⁵⁴ BVerfGE 111, 307, 323.

⁵⁵ BVerfGE 120, 180, 200.

⁵⁶ BVerfG NJW 2015, 1083.

⁵⁷ BVerfG NJW 2015, 1083.

⁵⁸ Seit BGHSt 32, 345.