

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrstuhls
www.famos.jura.uni-wuerzburg.de

1. Sachverhalt¹

A und B handeln mit Betäubungsmitteln, darunter Kokain und Cannabis. Das Geschäft wird seit einiger Zeit mit dem Ziel geführt, die Produkte gewinnbringend weiterzuveräußern, um sich eine fortlaufende Einnahmequelle von erheblichem Gewicht zu schaffen.

Polizist C, der als verdeckter Ermittler tätig ist, wendet sich an A und B, um von ihnen Betäubungsmittel zu erwerben. Nach dem ersten Kauf von Marihuana im Bereich von wenigen Gramm erkundigt sich C, ob sie ihm auch größere Mengen veräußern können. A bestätigt, C könne bis zu 100g Marihuana oder mehr erwerben. Zudem bietet er C Kokain an und überlässt ihm für den weiteren Ablauf seine Handynummer. In der Folgezeit erwirbt C wiederholt, überwiegend auf seine Initiative hin, kleinere Mengen Marihuana und Kokain von A und B. Dabei fragt er die beiden immer wieder, ob er auch eine größere Menge (3kg Marihuana und 50-100g Kokain) erwerben könne. A und B bejahen dies, es müsse sich jedoch erst ein passender Lieferant finden lassen.

Schließlich stimmen A und B der Lieferung dieser Menge zu, machen aber deutlich, sich wegen des Preises noch erkundigen zu müssen. Sie vereinbaren mit C einen Termin für die Übergabe, haben aber zunächst Schwierigkeiten, die vereinbarte Menge zu beschaffen. Letztlich gelingt es ihnen aber die Drogen von

April 2022

Verdeckter-Provocateur-Fall

Tatprovokation / Verfahrenshindernis

§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK

famos-Leitsätze:

1. Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch einen verdeckten Ermittler steht dem Verfahren ein Verfahrenshindernis entgegen.
2. Selbst wenn eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation beim Täter vorliegt, wirkt sich das Verfahrenshindernis nicht unmittelbar auf später einbezogene Mittäter aus.

BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 – 1 StR 197/21; veröffentlicht in BeckRS 2021, 42005.

D aufzutreiben. Bei der Übergabe der Betäubungsmittel greifen Einsatzkräfte der Polizei zu und nehmen A, B und D fest.

Das LG verurteilt A, B und D wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zu einer Freiheitsstrafe. Gegen das Urteil legt nur A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kernproblematik des Falls findet sich in der Frage, ob das Verhalten des C als rechtsstaatswidrige Tatprovokation einzuordnen ist und welche Rechtsfolgen dies auf ein Verfahren hätte.

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

Im Fall erfolgte eine direkte Einflussnahme eines verdeckten Ermittlers. Hierbei ist problematisch, dass C den A und B zum Verkauf von höheren Mengen angeregt hat. Zwar haben A und B von sich aus bereits mit Betäubungsmitteln gehandelt, jedoch nur in geringer Menge. C wollte hingegen Cannabis im Kilo-Bereich von ihnen erwerben. Abhängig von dem Wirkstoffgehalt wird der Verbrechenstatbestand des Handeltreibens mit einer nicht geringen Menge Betäubungsmittel gem. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG ab ca. 120 bis 150 Gramm Marihuana erfüllt.² Darunter liegende Fälle fallen hingegen unter das Vergehen nach § 29 BtMG. Somit hat C, Angehöriger einer Strafverfolgungsbehörde, A und B zu einer Qualifikation „aufgestiftet“.

Darin könnte eine **rechtsstaatswidrige Tatprovokation** zu sehen sein. Eine solche verstößt gegen die allgemeinen Grundsätze des fairen, rechtsstaatlichen Strafverfahrens nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK. Zu der Frage, wann sie vorliegt, wurden im Laufe der Jahre durch eine Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen verschiedene Merkmale ausgearbeitet, welche ständige Erweiterung und Präzisierung erfahren. Wesentlich sind die vom BGH und EGMR entwickelten Ansätze. So ist laut **EGMR** eine Tatprovokation dann rechtsstaatswidrig, wenn sich die Ermittlungsbehörden nicht auf eine „**weitgehend passive**“ Strafermittlung beschränken, sondern der Betroffene durch die Beeinflussung zu einer Straftat verleitet wird, die er anderenfalls nicht begangen hätte.³ Es kommt darauf an, ob objektive Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht und eine Tatgeneigtheit noch vor dem Eingreifen

der Behörde bei dem Betroffenen vorliegen.⁴ Diese Voraussetzungen ergeben sich anhand von einzelnen Kriterien, so z.B. der Vertrautheit des Täters mit aktuellen Preisen oder seiner Gewinnbeteiligung sowie einer eventuellen Vorstrafe.⁵ Dabei ist ebenfalls maßgeblich, ob auf den Angeklagten Druck ausgeübt wurde, um ihn zur Begehung der Tat zu bewegen, z.B. durch Vortäuschen starker Entzugserscheinungen oder Ködern durch überdurchschnittlich hohe Preise.⁶

Der **BGH** weist in seiner Auffassung jedoch einige Unterschiede auf. So ist auch hier eine Anstiftung einer unverdächtigen und nicht tatgeneigten Person per se rechtsstaatswidrig.⁷ Ein tatprovokierendes Verhalten ist jedoch nur dann gegeben, wenn die Vertrauensperson **mit einiger Erheblichkeit** stimulierend auf den Täter einwirkt.⁸ Die Provokation eines Täters mit Anfangsverdacht und Tatgeneigtheit kann rechtsstaatswidrig sein, wenn die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ erscheint.⁹ Konkret wird damit die Abwägung zwischen dem Maß an bestehendem Anfangsverdacht und der Art, Intensität und dem erstrebten Zweck der Einflussnahme eröffnet, wobei auch stets die Eigeninitiative des Täters zu beachten ist.¹⁰ Das bloße Fragen einer unverdächtigen Person, ob diese Betäubungsmittel besorgen kann, stellt hingegen noch keine Provokation dar,¹¹ es sei denn, der Ermittler handelt hartnäckig, versucht den Betroffenen durch ständiges Einreden zu überzeugen.¹² Der BGH ging zumindest so weit, eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation anzunehmen, wenn ein bereits tatgeneigter Tä-

² Schäfer/Sander/van Gemmeren, in Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Teil 10. Rn. 1756.

³ EGMR NJW 2015, 3631, 3633 – Furcht/Deutschland.

⁴ Vgl. EGMR NJW 2015, 3631 – Furcht/Deutschland.

⁵ Vgl. EGMR NJW 2015, 3631, 3633 – Furcht/Deutschland.

⁶ Vgl. EGMR NJW 2015, 3631, 3633 – Furcht/Deutschland.

⁷ BGH NStZ 2016, 232, 233.

⁸ BGH NStZ 2016, 232, 233.

⁹ BGH NStZ 2016, 232, 233.

¹⁰ BGH NJW 2016, 91, 93.

¹¹ BGH NStZ 2016, 232, 233.

¹² BGH NStZ 1984, 519, 520.

ter sich durch den Einfluss zu einer Tat mit einem „erheblich höheren Unrechtsgehalt“ aufstiften lässt.¹³ Dies stellt für den EGMR ohnehin kein passives Verhalten mehr dar. Aufgrund der erheblichen Einwirkung des verdeckten Ermittlers C, insbesondere wegen des beharrlichen Nachfragens und Verlangens einer erheblich größeren Menge an Betäubungsmitteln, müsste man, sowohl nach Auffassung des EGMR als auch des BGH, hier eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation annehmen.

Stark umstritten ist jedoch, welche **Rechtsfolge** sich daraus ergibt. In der **Lit.** lassen sich dazu verschiedene Auffassungen finden.¹⁴ Zum einen wird ein persönlicher Strafausschlussgrund angenommen.¹⁵ Andere vertreten hingegen ein Beweisverwertungsverbot bezüglich der durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation erlangten Beweismittel an.¹⁶ Auch ein Verfahrenshindernis wird befürwortet.¹⁷ Andere gehen von einem schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund aus.¹⁸

Auch der **BGH** vertrat ursprünglich den zuletzt genannten Ansatz, die sog. Strafzumessungslösung.¹⁹ Begründet wurde dies mit den in der Praxis relevanten Vorteilen, insbesondere einer möglichen Einzelfallabwägung sowie der daraus resultierenden Flexibilität.²⁰ Darüber hinaus erlaube dieser Ansatz einen Ausgleich im Rahmen der Strafzumessung, ohne dabei die staatlichen Belange der Strafverfolgung und Strafprävention außer Acht zu lassen.²¹

Der **EGMR** widersprach der deutschen Rechtsprechung jedoch vollumfänglich. Das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation verstoße von Beginn an gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG.²² Der Staat habe diesen rechtsstaatswidrigen Zustand zu beseitigen, indem eine „gerechte Entschädigung“ zugunsten des Angeklagten erfolge.²³ Dies sei entweder durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses oder durch die Ausschließung aller durch die Tatprovokation gewonnenen Beweismittel möglich.²⁴ Da jedoch nicht einzelne Beweismittel, sondern die Tat als solche auf die Ermittlungsbehörden zurückzuführen sei, wäre das Verfahren nach deutschem Recht gem. §§ 206a, 260 StPO einzustellen.²⁵

Der BGH ist verpflichtet, Urteile des EGMR zur Kenntnis zu nehmen und deren Inhalte zu beachten, darf jedoch seine eigenen dogmatischen Ansätze dazu entwickeln.²⁶ So erwiderte er ursprünglich, dass ein schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund als gerechte Entschädigung genügt,²⁷ zumal sogar eine Bestrafung im Bereich der Mindeststrafe möglich ist, auch bis hin zur Einstellung des Verfahrens.²⁸

2014 bekam der EGMR die Gelegenheit in einem Beschwerdeverfahren konkret über ein Urteil des BGH zu entscheiden und erklärte die Strafzumessungslösung als ungenügend.²⁹ Aus diesem Grund stieß der drei Monate später folgende Beschluss des BVerfG,³⁰ welcher die Strafzumessungslösung dann doch als

¹³ BGH HRRS 2018, 367.

¹⁴ *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium StPO, 2. Aufl. 2017, S. 57

¹⁵ *Wolter*, GA 1996, 207, 217. Ebenfalls s. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, S. 213.

¹⁶ *Fischer*, NSTz 1992, 7, 13.

¹⁷ *Jäger*, GA 2008, 481.

¹⁸ *Maier*, in *MüKo*, StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46, Rn. 15.

¹⁹ Vgl. dazu BGH StV 2000, 57, 60.

²⁰ BGH StV 2000, 57, 60. Ebenfalls s. *Marxen*, famos [06/2000](#).

²¹ *Maier*, in *MüKo* (Fn. 18), § 46 Rn. 15.

²² EGMR NSTz 1999, 47, 48.

²³ EGMR NJW 2015, 3631, 3635.

²⁴ EGMR NJW 2015, 3631, 3635.

²⁵ BGH NJW 2016, 91, 95 f.

²⁶ BVerfG NJW 2015, 1083, 1085.

²⁷ BGH NJW 2000, 1123, 1127.

²⁸ BGH NJW 2000, 1123, 1128.

²⁹ EGMR NJW 2015, 3631, 3635 f.

³⁰ BVerfG NJW-Spezial 2022, 89.

tauglich erklärte, in der Lit. auf großes Unverständnis.³¹ Kurze Zeit später urteilte der 2. Strafsenat des BGH hingegen im Einklang mit dem EGMR, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation „regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge“ hat.³² Kurz darauf entschied der 1. Strafsenat des BGH jedoch, dass ein Verfahrenshindernis eben nicht die regelmäßige Folge darstellt.³³ Später konkretisierte der 5. Strafsenat, dass ein Verfahrenshindernis nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen ist.³⁴

Schließlich erklärte der EGMR im Jahr 2020 erneut ein Urteil des BGH für menschenrechtswidrig, in dem bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Strafzumessungslösung angewandt wurde.³⁵

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A hat nicht nur bezogen auf sich selbst teilweise Erfolg, sondern auch in Bezug auf den nicht revidierenden B. Der BGH hebt das Urteil insoweit auf und verweist die Sache an eine andere Strafkammer des LG zurück, als es um die Verurteilung wegen des Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG ging. Im Übrigen, das heißt bezüglich des Verkaufs von Betäubungsmitteln in geringer Menge, verwirft der BGH die Revision. Die Teilaufhebung erfolge aufgrund der Unklarheit des Grades der Einflussnahme des C auf A und B. Eine andere Strafkammer des LG solle die Frage klären, ob sich die Einflussnahme des C noch dem Bereich des rechtlich Zulässigen zuordnen lässt.

In Bezug auf die Voraussetzungen, unter denen die Tatprovokation rechtsstaatswidrig ist, hält der Senat an seiner ursprünglichen Rechtsprechung fest und wiederholt die bereits genannten Merkmale. Eine besondere

Betonung lässt sich im Urteil dennoch erkennen, nämlich zum Thema „Aufstiftung“. Zu seiner bereits genannten Auffassung ergänzt der BGH jetzt, dass insbesondere zu beachten ist, ob der Täter auf die vorgeschlagene Tat ohne weiteres eingeht bzw. bereits geneigt ist, die schwerere Tat zu begehen. Musste die Ermittlungsperson erst mit einiger Erheblichkeit auf den Täter einwirken, liegt eine rechtsstaatswidrige Provokation vor. Er lässt jedoch offen, wie die teils unterschiedlichen Merkmale des EGMR und die der deutschen Rechtsprechung zueinanderstehen. Hinsichtlich der aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation abzuleitenden Rechtsfolge schließt sich der Senat nun allerdings der Ansicht des EGMR an, dass jede rechtsstaatswidrige Tatprovokation ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis darstellt.

Zuletzt trifft der BGH Aussagen zur mittelbaren Beeinflussung von Tätern. Die Lieferung einer größeren Menge an Betäubungsmitteln von D an A und B wurde zwar mittelbar durch C veranlasst. C und D hatten jedoch keinen direkten Kontakt miteinander. Mangels Druckausübung seitens des C gegenüber D lässt sich nach Ansicht des BGH in Bezug auf diesen daher kein Verfahrenshindernis begründen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Besonders für Strafverteidiger eröffnet sich eine goldene Brücke zur Revision. Gerichte sind nun verstärkt dazu verpflichtet, solche Ermittlungsmaßnahmen von Amts wegen darauf zu überprüfen, ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt. Insbesondere die Rolle des verdeckten Ermittlers rückt in den Vordergrund, da im Falle eines Zuwiderhandelns die gesamten Ermittlungen als wertlos anzusehen wären. Vor allem in der Betäubungsmittelkriminalität könnte es zu ver-

³¹ Vgl. etwa *Ođlakciođlu*, in MüKo, StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, § 29 BtMG, Rn. 564.

³² BGH NJW 2016, 91; vgl. dazu *Kolke/Ellerbrok*, famos [10/2015](#).

³³ BGH NStZ 2015, 541, 542.

³⁴ BGH HRRS 2018, 421.

³⁵ EGMR NJW 2021, 3515 ff.

mehrten Problemen hinsichtlich der Verurteilung des Täters kommen, denn verdeckte Ermittler sind in diesen Bereichen unerlässlich. In Fällen einer nicht rechtsstaatswidrigen Tatprovokation wird die Strafzumessungslösung vermutlich weiterhin Anwendung finden.

Im Bereich der Ausbildung ist die Entscheidung besonders im Hinblick auf das mündliche Staatsexamen relevant. Der Meinungsstreit lässt sich nun vermehrt in der juristischen Ausbildungsliteratur wiederfinden und wird daher Gegenstand von Prüfungen sein. Zudem sind das Europarecht und das Strafverfahrensrecht immer häufiger Gegenstand juristischer Klausuren, sodass Studierende auch in diesem Zusammenhang mit dem Problem konfrontiert werden können.

5. Kritik

Das Urteil ist im Großen und Ganzen zu begrüßen, schließt das Thema jedoch nicht ab. Es stellen sich noch weitere Fragen, welche einer Entscheidung bedürfen.

Das Urteil macht einen Schritt in Richtung Rechtssicherheit. Die Tatsache, dass die einzelnen Senate des BGH sich widersprechen und in ähnlichen Sachverhalten verschiedene Rechtsfolgen annehmen, ist allerdings problematisch. Es ist sehr zu bedauern, dass der Große Senat noch nicht die Möglichkeit bekommen hat, nach § 132 Abs. 2 GVG das Problem einheitlich zu klären. In dem hier besprochenen Fall ergab sich mangels Entscheidungserheblichkeit keine Vorlagepflicht. Ob sich nun auch die anderen Strafsenate der Annahme eines Verfahrenshindernisses anschließen, steht noch offen.

Fraglich bleiben jedoch die Grenzen der zulässigen Tatprovokation. Hierzu stehen immer noch die Ansichten des EGMR und BGH bezüglich der Merkmale einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Konflikt. Zwar betont der EGMR zu Recht, dass es nicht die Aufgabe des Staates sei, Bürger zu Straftaten anzustiften.³⁶ Dennoch begehen Betroffene aus

freien Stücken Straftaten mit gewissem Schuldgehalt, welche im Hinblick auf das Legalitätsprinzip unter Berücksichtigung des Grades der Einwirkung durch Staatsbeamte durchaus verfolgt werden sollten. Die Ansicht des EGMR, die Ermittlungsbehörden auf eine rein passive Verhaltensweise zu beschränken, lässt jedoch den Strafverfolgungsbehörden einen zu geringen Handlungsspielraum. Es scheint, als würde der BGH richtigerweise weiterhin an seiner offeneren Auslegung festhalten wollen.

Eine pauschale Annahme eines Verfahrenshindernisses erscheint in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG sinnvoll, obwohl es der Praxis gewaltigen Spielraum nimmt. Unausweichlich wird dies zur Folge haben, dass in Zukunft Fälle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bei Taten mit stark variierenden Unrechtsgehalten gleichbehandelt werden. Das führt zu Bewertungen, die im Hinblick auf den Opferschutz zumindest subjektiv „unfair“ erscheinen. Trotzdem ist das Rechtsstaatsprinzip als Verfassungsgrundsatz und eines der höchsten Güter nicht zu vergessen. Auch ein Täter sollte, sowohl vor als auch während der Hauptverhandlung, stets ein faires Verfahren bekommen. Um nicht in einen Unrechtsstaat zu münden, dürfen unter keinen Umständen die verfassungsrechtlich festgesetzten Grenzen übertreten werden.

(Eduard Arndt/Laurens Laterveer)

³⁶ EGMR NJW 2015, 3631, 3633.