

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 250

Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme

**Rechtliche Grenzen der Beweiserhebung
und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher
Lockspitzel im Strafverfahren**

Von

Goya Tyszkiewicz



Duncker & Humblot · Berlin

GOYA TYSZKIEWICZ

Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 250

Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme

Rechtliche Grenzen der Beweiserhebung
und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher
Lockspitzel im Strafverfahren

Von

Goya Tyszkiewicz



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14145-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54145-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84145-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School im Juli 2011 als Dissertation angenommen. Kommentierungen sind auf dem Stand von Mai 2013. Nach Mai 2011 ergangene Rechtsprechung und veröffentlichtes Schrifttum wurden ausgewählt eingearbeitet.

Ich danke meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Frank Saliger für die Betreuung der Arbeit, sein stetes Vertrauen in das Gelingen des Dissertationsvorhabens sowie dafür, immer die passenden Worte und Ratschläge gefunden zu haben. Außerdem danke ihm für die schöne und lehrreiche Zeit, die ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Herrn Prof. Dr. Thomas Rönnau danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Bucerius Law School danke ich für die hervorragenden Arbeitsbedingungen, die ich über viele Jahre am Arbeitsplatz und in der Hengeler Mueller Bibliothek vorgefunden habe.

Die gesamte Entstehungsphase haben am Lehrstuhl meine Kolleginnen und Kollegen begleitet. Sie standen bei allen Höhen und Tiefen stets mitfiebernd und unterstützend bereit. Besonderer Dank geht insoweit an Petra Ullmann und Dr. Lutz Eidam, LL.M. (UB). Für das Korrekturlesen der gesamten Arbeit danke ich Pia Graf und Carolin Püschel. Ihnen allen bin ich freundschaftlich verbunden und sie haben dazu beigetragen, dass die Zeit am Lehrstuhl für mich unvergesslich bleiben wird.

Größter Dank gebührt jedoch meinem Ehemann Karsten Gaede. Seine uneingeschränkte und liebevolle Unterstützung, sein unerschütterlicher Glaube an die Fertigstellung der Arbeit haben wesentlich dazu beigetragen, dass das eigentlich schon verworfene „Projekt Diss“ am Ende doch noch erfolgreich abgeschlossen werden konnte. Ihm sei diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Hamburg, im Winter 2013

Goya Tyszkiewicz

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Offene Grundfragen des Lockspitzeinsatzes	19
A. Einleitung	19
B. Neuansatz der Untersuchung und Gang der Darstellung	22
C. Grundbegriffe und praktische Zielrichtungen des Lockspitzeinsatzes	24

Kapitel 2

Zulässigkeit von Lockspitzeinsätzen <i>de lege lata</i>	39
A. Regelungsbedürftigkeit von Lockspitzeinsätzen nach materiellem Verfassungsrecht	39
B. Anwendbarkeit vorhandener Regelungen	74

Kapitel 3

Grenzen gesetzlich legitimierter Lockspitzeinsätze	102
A. Übersicht	102
B. Legitimation der Tatprovokation zur Aburteilung zukünftiger Taten	102
C. Legitimierbarkeit staatlicher Tatprovokationen zur Aufklärung bereits begangener Straftaten	142
D. Die Maßstäbe einer gesetzlichen Grundlage für Lockspitzeinsätze <i>de lege ferenda</i>	192

Kapitel 4

Prozessuale Rechtsfolgen rechtswidriger Lockspitzeinsätze	211
A. Übersicht: Lösungsebenen und nötige Differenzierungen	211
B. Strafprozessuale Rechtsfolgen	213

Kapitel 5

Zusammenfassung und Schlussbemerkung	233
A. Ergebnisse	233
B. Schlussbemerkung	236
Entscheidungsverzeichnis (EGMR)	238
Literaturverzeichnis	240
Sachwortverzeichnis	255

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Offene Grundfragen des Lockspitzeinsatzes	19
A. Einleitung	19
B. Neuansatz der Untersuchung und Gang der Darstellung	22
C. Grundbegriffe und praktische Zielrichtungen des Lockspitzeinsatzes	24
I. Untergrundfahndung durch Verdeckte Ermittler, nicht offen ermittelnde Polizeibeamte und Vertrauenspersonen	24
1. Verdeckte Ermittler, nicht offen ermittelnde Polizeibeamte und Vertrauenspersonen	24
2. Lockspitzeinsätze	27
II. Theoretische Einsatzziele und praktische Einsatzfolgen	28
III. Begriff der Tatprovokation	30
1. Legitimationsbedürftige Einsatzformen polizeilicher Lockspitzel	30
a) Divergierende Begriffsbestimmung innerhalb der Rechtsprechung	30
b) Tatprovokation als staatlich zurechenbare Deliktsveranlassung	31
aa) Materielle rechtliche Betrachtung am Beispiel des unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln	32
bb) Beurteilung unter der Perspektive des spezifischen rechtsstaatlichen Konflikts der Tatprovokation	34
2. Mögliche differenzierungsbedürftige Fallgruppen der Tatprovokation	36

Kapitel 2

Zulässigkeit von Lockspitzeinsätzen <i>de lege lata</i>	39
A. Regelungsbedürftigkeit von Lockspitzeinsätzen nach materiellem Verfassungsrecht	39
I. Grunderfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage	39

II. Vorfrage des ausnahmslosen Verstoßes gegen die Menschenwürde	41
1. Stand der Diskussion	41
a) Verknüpfung mit dem Sozialstaatsprinzip durch Lüderssen	41
b) Verstoßbegründungen über die sogenannte Objektformel	43
2. Konkretisierung der Menschenwürdegarantie	45
a) Anerkannte Fallgruppen	46
b) Weitere Negierungen der Subjektqualität	47
c) Übertragbarkeit auf strafprozessuale Maßnahmen	48
3. Folgerungen für die Tatprovokation	49
a) Zwang und Drohung	50
b) Täuschung	50
4. Zwischenergebnis	52
III. Tatprovokation als Grundrechtseingriff – Notwendigkeit einer Ermächtigungs- grundlage	52
1. Eingriffsbegriff und einschlägige Grundrechte	53
a) Klassischer und moderner Eingriffsbegriff	53
b) Insbesondere: Mittelbare Grundrechtseingriffe als Zurechenbarkeit des Handelns Privater bei der Tatprovokation	54
c) Erörterungsbedürftige Grundrechte	55
2. Maßstab der Art. 1 I, 2 I GG – das Recht auf informationelle Selbstbestim- mung	56
a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Schrankenbestimmungen	56
b) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	58
aa) Entstehung des Rechts als Ableitung des BVerfG	58
bb) Eingriffsqualität der Tatprovokation	59
cc) Verdeckte Datenerhebung	61
dd) Kein Grundrechtsverzicht wegen freiwilliger Tatbegehung	62
ee) Zwischenergebnis	62
3. Maßstab der Art. 1 I, 2 I GG – der soziale Geltungsanspruch	63
a) Schutzbereich	63
b) Strafrechtliche Verurteilung als Ausdruck von Missbilligung	64
c) Verurteilung als Eingriff in den sozialen Geltungsanspruch, Art. 2 I, 1 I GG	66

d) Verurteilung als Folge eines Lockspitzeinsatzes	67
e) Provozierende Einwirkung als Eingriff in den sozialen Geltungsanspruch	68
4. Maßstab des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK	70
a) Ansätze für eine erforderliche gesetzliche Grundlage in der Rechtsprechung des EGMR zur Tatprovokation	70
b) Allgemeines Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 6 EMRK	72
c) Zwischenergebnis	73
IV. Zusammenfassung	74
B. Anwendbarkeit vorhandener Regelungen	74
I. Mögliche strafprozessuale Ermächtigungsgrundlagen	74
1. §§ 161 I 1, 163 I StPO als denkbare Ermächtigungsgrundlagen	75
a) Herrschende Ansicht	75
b) Repressive Natur der Tatprovokation und Legitimation über strafprozessuale Befugnisnormen	76
aa) Zur repressiven Ausrichtung der Tatprovokation	77
bb) Repressive Ausrichtung ohne anwendbare repressive Befugnisnormen	78
c) Erforderlichkeit einer spezielleren Ermächtigungsgrundlage	80
aa) Grundsätzliche Erfordernisse für Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I, 1 I GG	81
(1) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	81
(2) Sozialer Geltungsanspruch	82
bb) Intensität und verfassungsrechtliche Legitimierbarkeit des Lockspitzeinsatzes	83
(1) Eingriffsverhalten	83
(2) Intensität der Beeinträchtigung	84
(3) Unbestimmtheit und Wesentlichkeitstheorie	85
(4) Vergleiche mit anderen verdeckten Ermittlungsmethoden	86
(a) Vergleich mit § 100a StPO	87
(b) Vergleich mit § 110a ff. StPO	88
cc) Absenkung der Bestimmtheitsanforderungen wegen der Unverzichtbarkeit von Lockspitzeinsatzes	90
(1) Zum praktischen Bedarf nach Lockspitzeinsatzes	92
(2) Absenkung der Bestimmtheitsanforderungen	95
dd) Zwischenergebnis	96

d) Zusätzliche Bedenken bei Tatprovokationen durch Privatpersonen	97
2. Regelungen über den Einsatz verdeckter Ermittler, §§ 110a ff. StPO	98
II. Zusammenfassung	101

Kapitel 3

Grenzen gesetzlich legitimierter Lockspitzeinsätze	102
A. Übersicht	102
B. Legitimation der Tatprovokation zur Aburteilung zukünftiger Taten	102
I. Position des EGMR gemäß Art. 6 EMRK	102
1. Rang und Bedeutung der EMRK in Deutschland	102
2. Bindungswirkung der Konventionsrechtsprechung	103
3. Maßstäbe des EGMR für die Beurteilung von Tatprovokationen	105
a) Zulässige verdeckte Ermittlung vs. unzulässige Tatprovokation	106
b) Maßstäbe der Leitentscheidung <i>Teixeira de Castro vs. Portugal</i> : unzulässiges Verhalten eines agent provocateur	106
aa) Sachverhalt und erhobene Rüge	106
bb) Entscheidung des EGMR	107
cc) Zusammenfassung	109
c) Unzulässige Tatprovokation im Lichte späterer Entscheidungen	109
d) Keine unzulässige Tatprovokation trotz aktiver Mitwirkung an laufenden Straftaten – leading case <i>Sequeira vs. Portugal</i>	111
aa) Aktive Deliktsbeteiligung und „passive Ausforschung“	111
bb) Maßstäbe der Leitentscheidung <i>Sequeira vs. Portugal</i>	112
(1) Sachverhalt und erhobene Rüge	112
(2) Entscheidung des EGMR	112
(3) Anschluss in späteren Entscheidungen	114
e) Keine unzulässige Tatprovokation bei der aktiven Aufklärung bereits begangener Straftaten – leading case <i>Eurofinacom vs. Frankreich</i>	114
aa) Zum Problem des klassischen Scheinkaufs	115
(1) Anhaltspunkte innerhalb der Rechtsprechung des EGMR	115
(2) Verbot des einfachen Scheinkaufs zur Verurteilung der provozier- ten Tat gemäß Art. 6 EMRK	116

bb) Maßstäbe der Leitentscheidung <i>Eurofinacom</i> vs. Frankreich	116
(1) Sachverhalt und erhobene Rüge	116
(2) Französische Rechtslage und Entscheidung des EGMR	117
(3) Zwischenergebnis und Ausblick	119
f) Erfordernis einer Verfahrenssicherung als Mindestvoraussetzung zulässiger Tatprovokationen	120
4. Zusammenfassung	121
II. Maßstäbe des BGH für zulässige Tatprovokationen	122
1. Ansätze der deutschen Rechtsprechung vor dem <i>Teixeira</i> -Urteil	122
2. Beispielhaft: Reichweite der akzeptierten Provokationsfälle anhand des Falles LG Stuttgart StV 1984, 197 und BGHSt GS 32, 345 ff.	123
3. Reaktion auf das <i>Teixeira</i> -Urteil durch BGHSt 45, 321 ff.	125
4. Weitere Konkretisierungen in der Folgezeit	126
5. Zusammenfassung	127
III. Stellungnahme: Verbot von Tatprovokationen zur Aburteilung provozierten Taten	128
1. Unvereinbarkeit mit dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK	129
a) Zeitlicher Schutzbereich von Art. 6 EMRK bei Tatprovokationen	129
b) Faires Verfahren bei Tatprovokationen zur Verfolgung der provozierten Tat	131
c) Zwischenergebnis	132
2. Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren gemäß Art. 2 I, 20 III GG	132
a) Besonderheiten der Anerkennung des Rechts auf ein faires Verfahren nach dem Grundgesetz	132
b) Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EGMR auf Art. 2 I, 20 III GG	133
3. Verstoß gegen weitere Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips	136
a) Staat als Urheber von Straftaten	136
aa) Eingriffsnormen der StPO als Rechtfertigungsgründe	136
bb) Verbot der Schaffung fremden Unrechts durch Tatprovokationen	137
cc) Zwischenergebnis	139
b) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung	140
4. Zusammenfassung und Ausblick	141

C. Legitimierbarkeit staatlicher Tatprovokationen zur Aufklärung bereits begangener Straftaten	142
I. Nutzen und Grenzen einer Tatprovokation zur Erlangung von Beweismitteln für vergangene Taten	143
1. Wirkungsweise der Provokation im Fall <i>Eurofinacom</i>	143
2. Nutzbarkeit im Rahmen der Betäubungsmittelkriminalität	143
3. Übertragbarkeit auf andere Konstellationen	145
4. Zwischenergebnis	146
II. Maßstab der Selbstbelastungsfreiheit	146
1. Beschuldigteneigenschaft und Tatverdacht	147
a) Voraussetzungen	147
b) Beschuldigteneigenschaft des Provozierten	148
2. Reichweite des Schutzbereichs bei der Tatprovokation zur Bekräftigung eines bestehenden Verdachts	148
a) Von der Menschenwürde und dem formellen Vernehmungsbegriff geprägter klassischer deutscher Ansatz	150
aa) Ausgangspunkte der deutschen Rechtsprechung und Rechtslage	150
bb) Leitentscheidung des BGH zur Hörfalle	151
cc) Übertragung auf die Lockspitzelkonstellation	152
dd) Zwischenergebnis	153
b) Verfahrensbezogener Ansatz des EGMR gemäß Art. 6 EMRK	153
aa) Leading case <i>Allan vs. Großbritannien</i>	154
bb) Begrenzende Fortführung der Rechtsprechung im Fall <i>Bykov</i>	156
c) Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR durch den BGH	158
aa) Erweiterung der Selbstbelastungsfreiheit auf vernehmungssähnliche Situationen nach Berufung auf das Schweigerecht	158
(1) Entscheidung BGHSt 52, 11 ff.	158
(2) Analyse	160
bb) Verzichtbarkeit der Berufung auf das Schweigerecht	162
(1) Entscheidung BGHSt 55, 138 ff.	162
(2) Analyse	163
(a) Entbehrlichkeit der Berufung auf das Schweigerecht in Zwangssituationen	163
(b) Täuschungskomponente	164

- cc) Erweiterung der Selbstbelastungsfreiheit auf Schutz vor Täuschungen
in Haftsituationen 164
 - (1) Entscheidung BGHSt 53, 294 ff. 165
 - (2) Analyse 166
- dd) Täuschungsschutz außerhalb von Haftsituationen 167
 - (1) Entscheidung BGH NStZ 2009, 343 f. 167
 - (2) Analyse 168
- ee) Keine Relativierung des Schutzes bei Befragungen durch Privatper-
sonen außerhalb von Haftsituationen 168
 - (1) Entscheidung BGH HRRS 2011 Nr. 612 168
 - (2) Analyse 169
- ff) Zusammenfassung 171
- d) Selbstbelastungsfreiheit und prinzipielles Täuschungsverbot 171
 - aa) Kein prinzipieller Ausschluss eines Täuschungsverbots 172
 - (1) § 136a StPO als (nicht) abschließende Regelung 172
 - (2) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege 173
 - bb) Gebotenheit eines Täuschungsschutzes 174
 - (1) Gebotenheit des Täuschungsschutzes aus Art. 2 I, 1 I GG 174
 - (2) Gebotenheit des Täuschungsschutzes aus Art. 6 EMRK 176
 - (3) Zwischenergebnis 177
- e) Reichweite des unverfügbaren Täuschungsschutzes bei Tatprovokationen 178
 - aa) Täuschung als Kommunikationsvorgang 178
 - bb) Abgrenzung anhand der §§ 136, 136a StPO 178
 - cc) Auslegung der Rechtsgrundlagen 179
 - (1) Art. 6 EMRK 180
 - (a) Maßstab 180
 - (b) Verbot der Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses 181
 - (c) Missachtung des Willens der Zielperson 183
 - (d) Zwischenergebnis 185
 - (2) Art. 2 I, 1 I GG 186
 - f) Zusammenfassung 187
- III. Kein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens 188
- IV. Kein Verstoß gegen weitere Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips 189
 - 1. Verbot der Unrechtsschaffung 189
 - 2. Kein widersprüchliches Verhalten 189

3. Fazit	190
V. Verbotene Provokation von Taten gegen Individualrechtsgüter	190
VI. Zwischenergebnis	192
D. Die Maßstäbe einer gesetzlichen Grundlage für Lockspitzeleinsätze <i>de lege ferenda</i>	192
I. Einleitung: Bereits gewonnene Erkenntnisse	192
II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine besonderen Ausprägungen in der StPO	194
1. Verhältnismäßigkeit als Instrumentarium prozessualer Eingriffsschwellen ..	194
2. Tatprovokation im Gefüge strafprozessualer Maßnahmen	195
III. Problematik des Tatverdachts	196
1. Zukunftsverdacht und Tatverdacht	196
a) Vergangene Tat als Bezugspunkt für einen Tatverdacht gemäß § 152 II StPO	196
b) StPO als Mittel der Aufklärung und Durchsetzung eines Tatstrafrechts versus Verdacht der Verführbarkeit	197
c) Zwischenergebnis	199
2. Beschränkung auf Fälle des dringenden Tatverdachts	199
a) Beweissicherung und Beweisgewinnung	199
b) Intensität der Beeinträchtigungen	200
IV. Notwendigkeit eines Straftatenkatalogs	201
1. Erste Orientierung an vorhandenen Vortaten-Katalogen, insb. §§ 100a und 110a StPO	201
2. Einschränkungen auf Basis der §§ 110a ff. StPO	203
V. Subsidiaritätsklausel in Anlehnung an § 110a I 3 StPO	203
VI. Erfordernis eines Anordnungsvorbehalts	204
1. Richtervorbehalt	205
a) Überblick: Anordnungsvorbehalte bei verdeckten Ermittlungen	205
b) Grundrechtliche Gefährdungslage bei verdeckten Ermittlungen und Lockspitzeleinsätzen	205
2. Anordnungs- bzw. Zustimmungsvorbehalt der Staatsanwaltschaft	207
VII. Zusammenfassung	209

VIII. Gesetzgebungsvorschlag 209

Kapitel 4

Prozessuale Rechtsfolgen rechtswidriger Lockspitzeinsätze 211

A. Übersicht: Lösungsebenen und nötige Differenzierungen 211

B. Strafprozessuale Rechtsfolgen 213

I. Vorfrage der Zurechnung des Handelns Privater bei „Exzessen“ 213

II. Rechtsfolgen bezüglich der provozierten Tat 215

1. Strafzumessungslösung 215

a) Inhalt 215

b) Kritik 216

aa) Keine Kompensation einer Verfahrensverletzung durch Strafmilderung 216

bb) Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR 218

(1) Ansatz des BGH: keine Konventionswidrigkeit aufgrund einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung 218

(2) Verfehltes Verständnis der Gesamtbetrachtung 218

(3) Zwischenergebnis 220

2. Vollstreckungslösung 220

a) Inhalt 220

b) Übertragbarkeit auf Fälle rechtswidriger Tatprovokation 221

3. Beweisverwertungsverbote 222

4. Verfahrenshindernis 223

5. Zwischenergebnis 225

III. Rechtsfolgen bezüglich einer vergangenen Tat 225

1. Rechtswidrigkeit mangels Ermächtigungsgrundlage 227

a) Beweisverwertungsverbote und Abwägungslehre 227

b) Ausschluss der Abwägung bei fehlender Ermächtigungsgrundlage 228

2. Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse *de lege ferenda* 229

a) Überschreitung der zulässigen Einwirkung auf die Zielperson 229

b) Sonstige Defizite 230

aa) Fehlende Anordnung 230

bb) Fehlender Tatverdacht oder fehlender Verdacht einer Katalogtat 231

IV. Zusammenfassung	232
<i>Kapitel 5</i>	
Zusammenfassung und Schlussbemerkung	233
A. Ergebnisse	233
B. Schlussbemerkung	236
Entscheidungsverzeichnis (EGMR)	238
Literaturverzeichnis	240
Sachwortverzeichnis	255

Kapitel 1

Offene Grundfragen des Lockspitzeinsatzes

A. Einleitung

Lockspitzeinsätze beschäftigen Rechtsprechung und Wissenschaft seit Jahrzehnten.¹ Vereinfacht gesagt handelt es sich bei diesen Einsätzen um Maßnahmen, durch die Strafverfolgungsbehörden zu „Ermittlungszwecken“² in zurechenbarer Weise Straftaten entweder selbst oder über Dritte provozieren. Aus diesem Grund werden Lockspitzeinsätze auch als Tatprovokationen bezeichnet. Die Problematik hat im Laufe der Zeit nicht an Brisanz eingebüßt. Dies belegen jüngste Entscheidungen des BGH³ und des EGMR⁴. Sie zeigen bereits auf der begrifflichen Ebene, was unter einer Tatprovokation zu verstehen ist, eine deutliche Divergenz.⁵ Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung mit der Problematik stehen die Fragen nach der Strafbarkeit eines Anstifters, der im staatlichen Auftrag handelt⁶, der Verwertbarkeit der Aussage eines gesperrten V-Mannes im Strafprozess⁷ sowie nach den rechtlichen

¹ Vgl. nur RGSt 53, 336 ff.; BGH NStZ 1981, 70. Grundlegend aus dem Schrifttum *Lüderssen*, in: FS-Peters (1974), 359 ff.

² Ob es sich bei Lockspitzeinsätzen, wie sie praktiziert werden, um Ermittlungsmaßnahmen im Sinne der Strafverfolgung handelt, wird an dieser Stelle noch offen gelassen, siehe jedoch unten unter Kapitel 2 B. I. 1. b).

³ Vgl. BGH NStZ 2009, 405.

⁴ Vgl. EGMR Ur. v. 21.02.2008 – Beschwerde Nr. 15100/06 (*Pyrgiotakis* vs. Griechenland), deutsche Übersetzung in HRRS 2008 Nr. 500 sowie EGMR Ur. v. 05.02.2008 – Beschwerde Nr. 74420/01 (*Ramanauskas* vs. Litauen), deutsche Übersetzung in NJW 2009, 3565 ff.

⁵ Vgl. hierzu unten unter B. I.

⁶ Diese dürfte inzwischen dahingehend als „gelöst“ betrachtet werden, dass nach ganz h.M. dem Anstifter der notwendige Anstiftungs-(Beendigungs-)Vorsatz fehlt, vgl. *Krey*, in: FS-Miyazawa (1995), 595 (600); *Meyer*, Kriminalistik 1999, 49 (52); *Kreuzer*, in: FS-Schreiber (2003), 225 (234); *Deiters*, JuS 2006, 302 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB 27. Auflage (2011) § 26 Rn. 4, mit Hinweis auf die Problematik, dass diese Lösung bei abstrakten Gefährungsdelikten keinen Ausweg aus der Strafbarkeit bietet. Dazu *Schönke/Schröder-Heine*, StGB 28. Auflage (2010) § 26 Rn. 21, demzufolge es bei Tatprovokationen zu abstrakten Gefährungsdelikten an einem eigenständigen Rechtsgutsangriff fehlt.

⁷ Vgl. hierzu BGH JZ 1993, 1012 m. Anm. *Beulke/Satzger*; BGHSt GS 32, 115 ff. Zur Zeugenvernehmung einer Vertrauensperson gegen den Willen und in Abwesenheit des Verteidigers = BGH NStZ 1984, 36 m. Anm. *Frenzel*; EGMR Ur. v. 23.04.1997 – Beschwerde Nr. 55/1996/674/861 – 864 (*van Mechelen* vs. Niederlande) deutsche Übersetzung abgedruckt

Grenzen eines Lockspitzeinsatzes und seinen Auswirkungen auf den Strafprozess des provozierten Täters.

Nur der zuletzt genannte Problemkomplex soll Gegenstand dieser Arbeit sein. Der Begriff der „rechtlichen Grenzen“ ist dabei in einem umfassenden Sinne zu verstehen und darf nicht den Blick dafür verstellen, dass bereits die grundsätzliche Zulässigkeit eines Lockspitzeinsatzes im Hinblick auf eine fehlende ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage in Zweifel gezogen werden kann und muss.

Innerhalb der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung wird die prinzipielle Zulässigkeit des Lockspitzeinsatzes jedoch nicht bestritten. Im Gegenteil: Sowohl der BGH als auch das BVerfG und ein Teil des Schrifttums⁸ gehen von seiner grundsätzlichen Zulässigkeit aus.⁹ Von der Notwendigkeit einer funktionierenden Strafrechtspflege zur Aufrechterhaltung materieller Gerechtigkeit bis hin zur leistungsfähigen Strafjustiz als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips¹⁰ reichen ihre Begründungsansätze. Aus dem Rechtsstaatsprinzip sollen sich gleichzeitig die Grenzen zulässiger Tatprovokationen ergeben,¹¹ wobei „die Weite und Unbestimmtheit des Prinzips zur Folge hat, dass konkrete Folgerungen erst dann gezogen werden können, wenn [...] unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind“¹². In der Praxis bedeutet dies, dass den Provokateuren durch die höchstrichterliche Rechtsprechung keine nennenswerten und klaren Grenzen für tatprovokierendes Verhalten gezogen sind.

Eine Auseinandersetzung mit der Frage nach einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage lassen die einschlägigen Urteile vermissen. An ihre Stelle treten die soeben genannten (Zweck-)Erwägungen sowie postulierende Ausführungen, dass die Generalermittlungsklauseln der §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO den Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigung genügen sollen.¹³

Bezüglich der Rechtsfolgen kann nach derzeitigem Stand davon ausgegangen werden, dass jedwede noch so intensive Tatprovokation lediglich im Rahmen der

in StV 1997, 617 ff. Vgl. ferner *Walter*, StraFo 2004, 224 ff.; zum Konfrontationsrecht *Renziowski*, in: FS-Mehle (2009), 529 ff.

⁸ Vgl. etwa *Mache*, Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß (1983), S. 58, 67; *KK-Nack* StPO 6. Auflage (2008) § 110c Rn. 8.

⁹ Anders noch BGHZ 8, 83 ff. und bemerkenswerterweise *RG* mitgeteilt von *Kohlrausch*, ZStW 33 (1913), 693 (695).

¹⁰ BVerfG NJW 1987, 1874; laut *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 7 (9) ein „tautologisches Postulat“.

¹¹ Vgl. BGHSt 32, 345 (346); 45, 321 (325); BGH NStZ 1984, 555. Kritisch z. B. *Sommer*, StraFo 2000, 150 (152), der Verlauf dieser Grenzen sei schon immer „ein Mysterium“ gewesen.

¹² BVerfG NJW 1987, 1874.

¹³ Vgl. BGHSt 41, 42; 45, 321 (330); i.E. dieser Praxis zustimmend: *Krey*, in: FS-Miyazawa (1995), 595 (602 f.).

Strafzumessung Berücksichtigung finden wird.¹⁴ Zwar soll eine unzulässige Tatprovokation einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art 6 EMRK darstellen,¹⁵ der im Extremfall ein Verfahrenshindernis nach sich ziehen kann.¹⁶ Wie sich ein solcher Fall darstellen müsste, bleibt angesichts zweier Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1995¹⁷ und 2009¹⁸ aber gänzlich offen:

Im ersten Fall war der Angeklagte mit dem Tod und damit bedroht worden, seine Familie würde „in die Luft gesprengt“, wenn er ein Drogengeschäft nicht zustande brächte. Im zweiten Fall hatte der Lockspitzel den späteren Angeklagten gedroht, er werde „die serbische Mafia“ auf sie und ihre Familien hetzen, falls sie aus dem verabredeten Geldfälschungsgeschäft ausstiegen. Selbst bei derart extremen Einwirkungen stand die Frage im Vordergrund, ob die Einwirkung auf den Beschuldigten unzulässig gewesen sei,¹⁹ und inwieweit dem Angeklagten deshalb (nur) eine Strafmilderung zu Gute kommen müsse.²⁰

Diese Strafzumessungslösung ist im Schrifttum weitgehend auf Ablehnung gestoßen.²¹ Sie dürfte auch, soviel darf an dieser Stelle vorweggenommen werden, nur schwerlich mit der bekräftigten Rechtsprechung des EGMR zu Fällen der Tatprovokation in Einklang zu bringen sein.²² Zum einen legt der EGMR strengere Maßstäbe an eine zulässige Tatprovokation an als der BGH.²³ Zum anderen folgert er aus einem Verstoß gegen Art. 6 I EMRK auch (mindestens) das Verbot, die durch die unzulässige Tatprovokation erlangten Beweise zu verwerten.²⁴ Damit ist zwar noch

¹⁴ Seit BGHSt 32, 345 (355) ständige Rechtsprechung; aus jüngerer Zeit BGH NStZ 2013, 99.

¹⁵ Vgl. BGHSt 45, 321; 47, 44.

¹⁶ Vgl. BVerfG NJW 1987, 1874; BVerfG 1995, 651 (652): „nur im Ausnahmefall“; auch BGHSt 45, 321 (333): „Wenn dem Verstoß nicht anders Rechnung getragen werden kann“.

¹⁷ BGH StV 1995, 364 f.

¹⁸ Vgl. BGH NStZ 2009, 405.

¹⁹ Die Unzulässigkeit gründet der BGH allerdings erst seit BGHSt 45, 321 ff. auf einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, Art. 6 I EMRK, so auch in BGH NStZ 2009, 405.

²⁰ Vgl. BGH StV 1995, 364 f. In BGH NStZ 2009, 405 verweist der BGH nur darauf, dass das LG die „Sache“ nach Maßgabe der Grundsätze aus BGHSt 45, 321; 47, 44 zu prüfen habe.

²¹ Vgl. Lüderssen, in: FS-BGH (2000), 883 (889 f.); Kreuzer, in: FS-Schreiber (2003), 225 (241).

²² Vgl. Kinzig, StV 1999, 288 (291); Gaedel/Buermeyer, HRRS 2008, 279 (282).

²³ Gaedel/Buermeyer, HRRS 2008, 279 (284); zu den einzelnen Entwicklungsstufen der Rechtsprechung des EGMR zur Tatprovokation: Kinzig, StV 1999, 288 (291); Korn, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren (2005), S. 105 ff.; Warnking, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (2009), S. 234 ff. Vgl. auch die detaillierteren Ausführungen zu den Unterschieden unten unter Kapitel 3 B. I. und II.

²⁴ Vgl. statt vieler EGMR *Ramanauskas*, § 54 „the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement“. Zur Frage der Auslegung vgl. unten unter Kapitel 4 B. II. 1. b) bb) (2).