

# Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Tatprovokation im Rahmen verdeckter Ermittlungen und ihre Rezeption durch den Bundesgerichtshof

*Anna OEHMICHEN\**

*Abstract: In dem folgenden Beitrag werden zunächst die Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des BGH und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Einsatz verdeckter Ermittler, insbesondere im Falle der Tatprovokation, herausgestellt. Schon seit dem Jahr 2000, im Anschluss an die Leitentscheidung Teixeira de Castro gegen Portugal, weicht der BGH von der EGMR-Rechtsprechung bei der Frage der Tatprovokation ab, legt seine eigene Rechtsprechung aber wiederholt als EGMR-konform aus. Im Laufe der letzten Jahre hat sich der EGMR bereits mehrfach mit der Frage befasst, ob ein Fall staatlicher Tatprovokation mit Art. 6 EMRK vereinbar sei. Die dabei entwickelten Grundsätze und Kriterien hat er im Urteil Bannikova gegen Russland leitsatzartig zusammengefasst.<sup>1</sup> Hier soll der Frage nachgegangen werden, ob nach diesen Konkretisierungen die Argumentation des BGH, nach der die Strafzumessungslösung mit Art. 6 I EMRK vereinbar sei, noch haltbar ist.*

## **I. Einführung**

Der EGMR hat in verschiedenen Urteilen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen verdeckter Ermittlungsmaßnahmen Stellung genommen.

---

\* Dr., Rechtsanwältin.

<sup>1</sup> Vgl. Esser, Band zum 35. Strafverteidigertag Berlin (2011), 197, 201.

Dabei stand vor allem Art. 6 I Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) – Grundsatz des fairen Verfahrens – im Mittelpunkt.<sup>2</sup>

Vergleicht man diese Jurisprudenz des EGMR mit der deutschen Rechtsprechung,<sup>3</sup> so fallen zwei deutliche, auch schon in der Literatur immer wieder angemahnte<sup>4</sup> Divergenzen auf, die beide den Fall der Tatprovokation durch einen verdeckten Ermittler oder eine private Vertrauensperson betreffen: Erstens wird die Frage, wann eine Tatprovokation überhaupt vorliegt, unterschiedlich beurteilt. Zweitens unterscheidet sich die Rechtsprechung der beiden Gerichte in Hinblick darauf, wie mit einem Fall der Tatprovokation umzugehen ist. Diese Divergenzen existieren bereits seit über zehn Jahren.

## 1. Vorliegen einer (staatlichen) Tatprovokation

Schon bei der Frage, wann ein Fall der – unzulässigen – Provokation vorliegt, weichen die beiden Gerichte nicht unwesentlich voneinander ab. Der EGMR nimmt die Abgrenzung von zulässigem verdeckten Ermitteln und unzulässiger Provokation danach vor, ob der Einsatz in Form einer rein passiven Untersuchung bereits existierender krimineller Aktivität erfolgt,<sup>5</sup> bzw. ob eine bereits bestehende

<sup>2</sup> Daneben wurden auch Art. 8 EMRK sowie Teilrechte des Art. 6, wie etwa Art. 6 Abs. 3 d) oder der Nemo-Tenetur-Grundsatz thematisiert (*Allan/Großbritannien*, Urteil vom 5.11.2002, 48539/99; *Bykov/Russland*, Urteil vom 10.3.2009, 4378/02; *Lüdi/Schweiz*, Urteil vom 15.6.1992, 12433/86). Die Grundzüge dieser Rechtsprechung sind umfassend in Essers Aufsatz (oben, Fn. 1) zusammengefasst.

<sup>3</sup> Vertiefend: *Ott*, Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren, die deutsche Rechtsordnung und die Rechtslage nach der EMRK in einer rechtsvergleichenden Betrachtung, Frankfurt a. M. 2008.

<sup>4</sup> Vgl. etwa *Conen* StRR 2009, 84; *Gaede/Buermeyer* HRRS 6/2008, 279; *Gaede* JR 12/2009, 493, 495 f; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Auflage Heidelberg 2010, Rn. 537; *Oehmichen*, Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator? Antwerp, 2009, 265; *Ott* (oben, Fn. 3), 175; siehe auch die Anmerkung zu EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, Urteil vom 9.6.1998, 44/1997/828/1034 von *Sommer*, NSTZ 1999, 47; kritisch in Hinblick auf die deutsche Strafzumessungslösung u.a. auch *Endriß/Kinzig*, NSTZ 2000, 269; *Knierim*, FD-StrafR 2009, 277872; *Lesch* JR 2000, 432; *Roxin* JZ 2000, 363; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 14.

<sup>5</sup> Vgl. *Teixeira de Castro/Portugal* (oben, Fn. 4), §§ 37 f.; *Esser* (oben, Fn. 1), 197; *ders.* Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), 168 ff; *Gaede* JR 2009, 493 ff (495).

Straftat lediglich „begleitet“ wird (*merely join an ongoing offence*)<sup>6</sup> (dann zulässig), oder ob der Staat Einfluss durch eine Anstiftung zur Tatbegehung ausgeübt hat (dann unzulässig). Dabei prüft der EGMR insbesondere die hypothetische Kausalität, nämlich die Frage, ob die Tat auch ohne die Handlung der verdeckt ermittelnden Person begangen worden wäre. Dies ermittelt er anhand des vorher bestehenden Verdachts gegen den Betroffenen, einschlägiger Vorstrafen und einer Anzahl weiterer, sich im Laufe seiner Rspr. immer mehr konkretisierender Indizien.<sup>7</sup> Dabei bürdet das Gericht die Beweislast hinsichtlich der Frage, ob es sich schon um Tatprovokation oder noch um zulässige begleitende verdeckte Ermittlung handelt, dem Staat auf. Kann dieser also keine Indizien vorbringen, aus denen sich ergibt, dass die Tat auch ohne die verdeckten Ermittlungen begangen worden wäre, handelt es sich nach dem EGMR um einen Fall von Tatprovokation, die nach Ansicht des EGMR stets mit Art. 6 I EMRK unvereinbar ist.

Demgegenüber hält der BGH Tatprovokation innerhalb der „Grenzen der Rechtsstaatlichkeit“ für zulässig. Er meint, diese Grenzen seien erst dann überschritten, „wenn eine Gesamtwürdigung ergebe, dass das tatprovokierende Verhalten des polizeilichen Lockspitzels ein solches Gewicht erlangt habe, dass demgegenüber der eigene Beitrag des Täters in den Hintergrund trete.“<sup>8</sup> Von unzulässiger Tatprovokation sei erst zu reden, wenn die Vertrauensperson „in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirke.“<sup>9</sup> Damit hält der BGH nicht – wie der EGMR – jede Tatprovokation per se für unzulässig, sondern verlangt vielmehr eine *qualifizierte* Einwirkung auf den Betroffenen durch die verdeckt ermittelnde Person („erhebliche Stimulierung“).<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Esser (oben, Fn. 1), 203 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu insb. *Bannikova/Russland*, Urteil vom 4.11.2010, 18757/06, § 37 ff.; s. auch Esser (oben, Fn. 1), 198 ff.

<sup>8</sup> BGH NJW 2000, 1123.

<sup>9</sup> BGH NJW 2000, 1123 (1127).

<sup>10</sup> BGHSt 45, 321, 338 f.; BGHSt 47, 44, 47, sowie insb. BGH HRRS 2004, Nr. 827.

## 2. Anschlussfrage: Umgang mit einem Fall der Tatprovokation

Noch eklatanter aber ist der Widerspruch zwischen der Jurisprudenz von EGMR und BGH in Bezug auf die Folgen einer unzulässigen Tatprovokation.

Der EGMR hat dabei einerseits zwar immer wieder vorweggenommen, dass Art. 6 EMRK im Allgemeinen zwar keine Regelungen zur Beweiserhebung und -verwertung zu entnehmen seien, andererseits im Zusammenhang mit der Tatprovokation bereits 1998 in der Rechtssache *Texeira de Castro gegen Portugal* ziemlich unmissverständlich geäußert: „*All evidence obtained as a result of police incitement must be excluded.*“<sup>11</sup> Damit hat er de facto die Verwertung des gesamten durch einen Lockspitzel gewonnenen Beweismaterials verboten.<sup>12</sup>

Der BGH hingegen vertritt bereits seit 1984 die sog. „Strafzumessungslösung“. Er hält die durch Tatprovokation erlangten Beweise für grundsätzlich verwertbar und einen Ausgleich auf der Rechtsfolgenseite in Form einer Strafmilderung für ausreichend. Auch das Urteil des EGMR *Texeira de Castro gegen Portugal* hat hieran nichts geändert. Der BGH hat es „rezipiert“, indem er weiterhin Beweisverwertungsverbote insbesondere deshalb nicht anerkennt, weil – und dies hat für Überraschung und Befremden in der Literatur gesorgt – diese von der Rechtsprechung des EGMR gar nicht geboten seien: Wegen der erforderlichen Gesamtbetrachtung des Verfahrens und weil Art. 6 EMRK im Allgemeinen keine Vorgaben zur Verwertbarkeit einzelner Beweise mache, sei eine Berücksichtigung der Provokation im Rahmen der Strafzumessung nach wie vor ausreichend.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> EGMR, *Texeira de Castro/Portugal* (oben, Fn. 4), § 36, bestätigt in *Edwards & Lewis/Vereinigtes Königreich*, 22.7.2003, 39647/98 und 40461/98, § 49; *Vanyan/Russland*, Urteil vom 15.12.2005, 53203/99, § 49; *Khudobin/Russland*, Urteil vom 26.10.2006, 59696/00, §§ 133-135; *V./Finland*, Urteil vom 24.4.2007, 40412/98, § 69; *Ramanaukas/Litauen*, Urteil vom 5.2.2008, 74420/01, § 60; *Malinin/Litauen*, Urteil vom 1.7.2008, 10071/04, § 34; *Gorgievski/Mazedonien*, Urteil vom 16.7.2009, 18002/02, § 49; *Lalas/Lithauen*, Urteil vom 1.3.2011, 13109/04, § 41; Esser (oben, Fn. 1), 205.

<sup>12</sup> So auch *Conen* (oben, Fn. 4), 85.

<sup>13</sup> Vgl. BGHSt 45, 321, 328 f., 332 f., 334 f.

Diese Strafzumessungslösung ist in der Literatur vielfach auf Kritik gestoßen.<sup>14</sup> Nach Esser hat der BGH tatsächlich eher die Judikatur des EGMR in die deutsche Rechtsprechung eingefügt, anstatt das deutsche Recht dem europäischen Menschenrechtsstandard anzupassen.<sup>15</sup> In der Tat erscheint es angesichts der deutlichen Worte des EGMR schon in *Teixeira* als fernliegend, nicht *zumindest* ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen (von der Möglichkeit eines Strafverfolgungshindernisses ganz zu schweigen). Dennoch hat der BGH in der Folge konsequent die Auffassung vertreten, seine Strafzumessungslösung sei mit der Jurisprudenz des EGMR vereinbar,<sup>16</sup> und hat dementsprechend einen Richtungswechsel auch gar nicht für erforderlich gehalten.

Die Frage, die sich vor dem Hintergrund der neueren Rspr. des EGMR stellt, ist, ob diese „Interpretation“ der Auffassung des EGMR durch den BGH noch immer Bestand haben kann. Insbesondere *Bannikova* entzieht der Rechtsfolgenlösung des BGH nunmehr vollständig die Grundlage:

## II. Konkretisierungen im Fall *Bannikova*

In der Rechtssache *Bannikova* gegen Russland<sup>17</sup> hat der EGMR seine Rspr. zum Lockspitzeinsatz leitsatzartig auf acht Seiten (§§ 33-65 des Urteils) ausgeführt. Dabei wendet er eine zweistufige Prüfung an, um einen Verstoß gegen Art. 6 I EMRK festzustellen.<sup>18</sup> Auf der ersten Stufe wird geprüft, ob materiell-rechtlich ein Fall der Tatprovokation vorlag („substantive test of incitement“<sup>19</sup>). Der EGMR listet

---

<sup>14</sup> S.o. Nachweise unter Fn. 4.

<sup>15</sup> Esser, Auf dem Weg... (oben, Fn. 5), 170 ff., 175 ff.

<sup>16</sup> BGH NJW 2000, 1123, 1124 f.; BGH NJW 2001, 2981. Vgl. auch das Urteil „*Motasadeq*“ vom 4.3.2004 (HRRS 2004 Nr. 200), in welchem der BGH für den Fall des Lockspitzeinsatzes lediglich eine „vorsichtige Beweiswürdigung“ anmahnte (Rn. 21).

<sup>17</sup> Urteil vom 4.11.2010 (18757/06).

<sup>18</sup> §§ 33 ff. Diese vom EGMR entwickelte Zwei-Stufen-Prüfung wird von Esser zurecht als „Meilenstein im Menschenrechtsschutz durch Verfahren“ (oben, Fn. 1, 201) bezeichnet.

<sup>19</sup> §§ 37 ff.

eine Reihe von Kriterien<sup>20</sup> auf, anhand derer aus seiner Sicht festgestellt werden soll, ob es sich um staatliche Tatprovokation handelt. Wenn hiernach ein Fall der Tatprovokation vorliegt, sieht der EGMR Art. 6 I bereits als verletzt an. Nur wenn sich auf der ersten Stufe (wie in den meisten dem EGMR vorliegenden Fällen) noch nicht feststellen lässt, ob es sich um zulässige verdeckte Ermittlung oder unzulässige Provokation handelt, prüft der EGMR auf der zweiten Stufe, wie das nationale Gericht mit dem Vorwurf der Tatprovokation verfahrensrechtlich umgegangen ist („The procedure whereby the plea of incitement was determined“, §§ 51 ff. des Urteils). Hier wird geprüft, ob etwa der Betroffene die Möglichkeit hatte, die Tatprovokation vor Gericht geltend zu machen, ob er die verdeckt ermittelnden Personen konfrontativ (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) befragen konnte usw.

Im Rahmen dieser zweiten, verfahrensrechtlichen Prüfung untersucht der EGMR als erstes, was das potentielle Ergebnis einer Berufung des Angeklagten auf eine Tatprovokation sein könnte.<sup>21</sup> Ausgangspunkt ist für den EGMR die Möglichkeit des nationalen Gerichts, mit der Behauptung des Angeklagten, er sei zur Tat provoziert worden, in einer Weise umzugehen, die mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar ist.<sup>22</sup> Dies ist nach Auffassung des EGMR der Fall, wenn eine solche streitige Behauptung des Angeklagten ein materielles Verteidigungsrecht

---

<sup>20</sup> Im Einzelnen führt der EGMR hierzu folgendes aus: Zunächst ist zu prüfen, ob die Tat auch ohne die behördliche Intervention begangen worden wäre. Ob die Untersuchung im wesentlichen „passiv“ vonstatten ging, stellt der EGMR danach fest, ob bereits vor der Maßnahme objektive Verdachtsmomente für eine kriminelle Aktivität oder Tatgeneigtheit des Betroffenen bestanden, wobei die Tatsache, dass der Betroffene vorbestraft war, als solche nicht ausreicht. Indiz für bloß passives Begleiten kann auch sein, dass sich der Betroffene mit den gängigen Marktpreisen von Drogen auskennt und diese innerhalb kürzester Zeit beschaffen kann. Weiter spricht gegen Tatprovokation, wenn die Behörden durch Hinweise von Dritten, die selbst keine V-Personen oder Informanten sind, auf bereits begonnene kriminelle Aktivitäten hingewiesen werden. Entscheidend ist hiernach insbesondere, von wem die Initiative zunächst ausging, ob von einer Privatperson oder von staatlicher Seite aus. Schließlich spielt auch der Druck, dem der Betroffene seitens des Staates zur Begehung der Tat ausgesetzt wurde, natürlich eine wichtige Rolle, etwa, wenn dieser wiederholt zur Begehung gedrängt wird und ihm gedroht wird.

<sup>21</sup> § 53 des Urteils.

<sup>22</sup> § 54 des Urteils.

(„substantive defence“) nach nationalem Recht bietet (im deutschen Recht etwa als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund), oder wenn es zu „ähnlichen Folgen“ führt („leads to similar consequences“).

Es ist dies die Kernfrage. Nur wenn nach dieser Ausgangslage das nationale Recht überhaupt einen nachgewiesenen Fall der Tatprovokation angemessen im Sinne des Art. 6 I EMRK würdigt, braucht man sich mit der zweiten Stufe zu befassen, ob das Verfahren, mittels dessen dem Vorwurf der Tatprovokation nachgegangen wird, auch den Fairness-Vorgaben des Art. 6 I EMRK entspricht. In Bezug auf die BGH-Rechtsprechung lautet die Frage also: Hat der Angeklagte nach deutschem Recht die Möglichkeit, den Vorwurf der Tatprovokation vor einem deutschen Gericht in der Form eines Verteidigungsmittels („defence“) oder eines Mittels, welches zu „ähnlichen“ Folgen führt, geltend zu machen? Nach englischem Recht führt eine defence, wenn sie erfolgreich geltend gemacht wird, grundsätzlich<sup>23</sup> dazu, dass der Angeklagte nicht schuldig gesprochen wird.<sup>24</sup>

Der EGMR gibt aber in der Folge noch weitere Interpretationshilfen, die bei der Frage, welche anderen „ähnlichen Folgen“ hierunter zu fassen sind, weiterhelfen:

## 1. Englischsches Recht

Zunächst geht der EGMR auf das englische Recht ein, wonach neben der „defence“ zwei weitere Verfahren aus seiner Sicht mit Art. 6 I EMRK vereinbar sind:

Auch wenn Tatprovokation („entrapment“) nach englischem Recht – anders etwa als im US-amerikanischen Recht<sup>25</sup> – nicht als materielles Verteidigungsmittel („substantive defence“) gegen eine strafrechtliche Anklage geltend gemacht werden kann, folgt in England und Wales aus der Provokation für den Richter die Pflicht, entweder

---

<sup>23</sup> Eine Ausnahme gilt nur, wenn es sich um eine sog. „partial defence“ handelt. So kann etwa im Falle von Mord – aber nur da – der Angeklagte als partial defence geltend machen, zur Tat provoziert worden zu sein, mit der möglichen Folge, dass seine Mord-Anklage dann in Totschlag umgedeutet und damit die Strafe gemildert wird, vgl. *Herring*, Criminal Law, Hampshire/New York 2005, 215.

<sup>24</sup> *Herring* (vorige Fn.), 355.

<sup>25</sup> Vgl. *Sherman v. United States* (1957) 356 US 369, 372

das Verfahren wegen schwerwiegender Verfahrensfehler („abuse of process“) einzustellen<sup>26</sup> oder den Beweis, der durch die Provokation erlangt wurde, auszuschließen.<sup>27</sup>

## 2. Russisches Recht

In Bezug auf Russland hat der EGMR ebenfalls festgestellt, dass das Verfahren, den Beweis auszuschließen, grundsätzlich angemessen ist. Er hat ausgeführt, dass sorgfältig alle in der Akte enthaltenen Beweise untersucht werden müssen, wenn der Angeklagte behauptet, zur Tat angestiftet worden zu sein, da das Verfahren nur dann fair i.S.d. Art. 6 I EMRK ist, wenn alle Beweise, die als Ergebnis polizeilicher Anstiftung erworben wurden, ausgeschlossen werden.<sup>28</sup>

## 3. Allgemeine Grundsätze

Schließlich fasst der EGMR zusammen, dass das Verfahren jedenfalls kontradiktorisch, gründlich, umfassend und überzeugend („adversarial, thorough, comprehensive and conclusive“) zu sein hat.<sup>29</sup> Wiederholt betont der EGMR, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, gründlich jedem Vorwurf von Tatprovokation nachzugehen. Dies ähnelt der Rspr. zur sog. „duty to investigate“, die der EGMR bereits im Zusammenhang mit Art. 2 und 3 EMRK entwickelt hat.<sup>30</sup>

### III. Folgen für die Frage der Verwertbarkeit der durch Tatprovokation erlangten Beweise

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass der EGMR ein faires Verfahren nur dann für gegeben hält, wenn das nationale Recht

<sup>26</sup> So auch in Kanada, vgl. *R v. Mack* (1988) 44 CCC (3d) 513.

<sup>27</sup> § 55, wobei der EGMR *Edwards and Lewis* (oben, Fn. 11), § 46, zitiert. Nach australischem (*Ridgeway v. The Queen* (1995) 184 CLR 19) und neuseeländischem (*Police v. Lavalle* [1979] 1 NZLR 45) Recht steht es im Ermessen des Gerichts, den Beweis in diesem Falle auszuschließen.

<sup>28</sup> § 56, mit Verweis auf *Khudobin* (oben, Fn. 11), §§ 133-135.

<sup>29</sup> § 57.

<sup>30</sup> So auch *Esser* (oben, Fn. 1), 202.

a) die Geltendmachung von Tatprovokation als materielle Verteidigungseinrede („substantive defence“) vorsieht mit der Möglichkeit des Freispruchs des Angeklagten oder

b) eine ähnliche Folge vorsieht.

Für ähnlich hält der EGMR nach dem Verweis auf das englische und das russische Recht folgende Verfahrensweisen:

- Die Einstellung des Verfahrens
- Die Unverwertbarkeit der durch die Provokation erlangten Beweise.

Damit spricht sich der EGMR im Falle von Tatprovokation im Grundsatz für die Rechtsfolge der Straflosigkeit aus. Nur nach der demnach engsten Lösung, die der EGMR für noch mit Art. 6 I kompatibel erachtet, dürfen die durch Tatprovokation erlangten Beweise nicht im Verfahren gegen den Provozierten gerichtlich verwertet werden. Dies wird in den meisten Fällen allerdings gleichfalls zur Straflosigkeit führen. Dafür, dass es sich bei dieser Lösung der Unverwertbarkeit der durch Provokation erlangten Beweise um den vom EGMR zugelassenen „*Mindeststandard*“ handelt, spricht zunächst die leitsatzartige Zusammenfassung seiner Rechtsprechung der letzten zehn Jahre in Bannikova, die einer „abschließenden Stellungnahme“ zu dieser Frage gleicht.

Weiter ergibt sich auch aus dem Rekurs des EGMR auf die Zwei-Stufen-Prüfung, dass die erwiesene Tatprovokation für sich genommen bereits einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens darstellt. Denn der zweiten Stufe, der Frage, nach welchem Verfahren dem Vorwurf der Provokation nachgegangen wurde, bedarf es nach Rspr. des EGMR an sich ja nur, wenn nicht schon auf der ersten Stufe eine staatliche Provokation und damit ein Verstoß gegen Art. 6 I EMRK bejaht wurde.

Handelt es sich aber nach dem EGMR – anders als dies der BGH sieht – schon bei jeder Tatprovokation um einen Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz, kann das deutsche Gericht einem Vorwurf eines Verstoßes in diesem Fall nur noch begegnen, indem dieser im Ermittlungsverfahren begangene Verstoß keinen Einfluss auf das Hauptver-

fahren gegen den Provozierten hat. Und dies ist nur möglich, wenn man aus der Tatprovokation ein anfängliches Strafverfolgungshindernis<sup>31</sup> oder aber zumindest ein Beweisverwertungsverbot<sup>32</sup> ableitet.

#### IV. Fazit

Dass der EGMR die erwiesenermaßen durch Tatprovokation erlangten Beweise für im Ergebnis *zumindest* unverwertbar hält, kann nunmehr überhaupt keinen Zweifeln mehr unterliegen. Seine allgemeine Aussage, er schreibe den nationalen Gerichten nicht die Beweisregeln vor, kann demnach nur so verstanden werden, dass er verschiedene Verfahren, mit Fällen von Tatprovokation umzugehen, zulässt, *sofern diese Verfahren im Ergebnis zumindest zum Ausschluss der durch die Provokation erlangten Beweise führen*. Im Übrigen darf die Aussage, der EGMR schreibe den nationalen Gerichten „im Allgemeinen“ keine Beweisregeln vor, auch nicht dahingehend missverstanden werden, dass der EGMR nicht in Ausnahmefällen – wie etwa der Tatprovokation – doch Beweisregeln vorgeben kann.<sup>33</sup>

Die harmonisierende Funktion, die der EGMR beim Menschenrechtsschutz in Europa einnehmen soll, wird durch die BGH-Rspr. konterkariert. Hinzu kommt, dass neben England und Russland auch an-

---

<sup>31</sup> Zunächst hat sich auch der BGH für die Annahme eines Strafverfahrenshindernisses ausgesprochen, allerdings nur in den Fällen, in denen der Lockspitzeinsatz die rechtsstaatlichen Grenzen überschreitet (BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1982, 156; BGH StV 1983, 450; vgl. zur Aufgabe dieser Rspr. Lüddersen, 50 Jahre BGH FG, 884, 885. Für die Annahme eines Verfahrenshindernisses in der Literatur: Conen (oben, Fn. 4), 85; Endriß/Kinzig (oben Fn. 4), 303; Esser (oben, Fn. 1), 206; Herzog, StV 2003, 412; Kudlich, JuS 10/2000, 951 (954); Lüddersen, 50 Jahre BGH FG, 887 ff.; Meyer ZStW 95 (1983) 853; Sinner/Kreuzer StV 2000, 117; KK – Nack, § 110c StPO, Rn. 14; SK – Schlüchter/Velten § 260 StPO, Rn. 43. Für Strafausschlussgrund: Roxin, JZ 7/2000, 369 f.

<sup>32</sup> Ambos NStZ 2002, 632; Kinzig StV 1999, 292; Fischer/Maul NStZ 1992, 12, 13; Berz JuS 1982, 417 ff.; Kühne (oben, Fn. 4), Rn. 537; Ott (oben, Fn. 3), 175.

<sup>33</sup> Auch Gaede bemerkt zutreffend, dass die Tatsache, dass nach der Rspr des EGMR „im Allgemeinen“ Art. 6 I keine Regelungen zur Beweiserhebung und Verwertung zu entnehmen seien, nicht bedeutet, dass nicht im konkreten Fall der Tatprovokation doch eine solche (Mindest-)Regel aus Art. 6 I folgen kann (JR 2009, 493, 495).

dere – kontinentaleuropäische – Mitgliedstaaten des Europarates keine Probleme mit der Annahme eines Beweisverwertungsverbots im Falle von Tatprovokation haben (z.B. Belgien, Niederlande, Frankreich).<sup>34</sup>

Abgesehen von den Divergenzen zwischen BGH und EGMR stehen natürlich auch praktische Bedenken gegen die BGH-Lösung im Raum. Im Falle der Tatprovokation stellt sich der Staat – wenn auch nur vermeintlich – auf die Seite der Straftäter. Er kreiert Straftaten, die ohne sein Zutun möglicherweise nicht oder jedenfalls nicht in der gleichen Intensität begangen worden wären.<sup>35</sup> Es erscheint kriminalpolitisch verfehlt und unklug, ihn dafür auch noch mit einem verwertbaren Ermittlungsergebnis und einer Verurteilung des Opfers der Provokation zu „belohnen“.<sup>36</sup> Gerade in Hinblick auf den Ermittlungsdruck, dem Polizeibeamte insbesondere im Bereich der Drogendelinquenz ausgesetzt sind, führt dies zu einem Teufelskreis: Wird die staatlich provozierte Begehung von Straftaten nämlich durch verwertbare Ermittlungsergebnisse belohnt, wird dies zur ver-

---

<sup>34</sup> So bereits *Beyers*, Kontrollierte Lieferung, Verdeckte Ermittler und V-Personen, 1998 (Leipziger Juristische Vorträge Heft 33), 22. In Frankreich sind die durch Provokation erlangten Beweise nichtig: Art. 706-81 Abs. 2 S. 3 des Code de Procédure Pénale: „A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.“ In Belgien sind solche Beweise unzulässig, Art. 47quater des Code d’Instruction criminelle (eingeführt durch das Gesetz vom 6.1.2003 - *Loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d’enquête*): „Dans le cadre de l’exécution d’une méthode particulière de recherche, un fonctionnaire de police ne peut amener un suspect à commettre d’autres infractions que celles qu’il avait l’intention de commettre. En cas d’infraction à l’alinéa précédent, l’irrecevabilité de l’action publique est prononcée pour ces faits.“ Für Niederlande vgl. Art. 126h und 126i, jeweils Abs. 2 Wetboek voor Strafvordering: „De opsporingsambtenaar mag bij de tenuitvoerlegging van het bevel een persoon niet brengen tot andere strafbare feiten dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht.“

<sup>35</sup> Freilich lässt sich ebenso dagegen argumentieren, dass die Taten möglicherweise auch ohne die staatliche Einflussnahme begangen worden wären, vielleicht noch in viel schwererem Maße. Hieran zeigt sich die Schwäche der hypothetischen Kausalitätsprüfung (die ja auch der EGMR anwendet): es lässt sich eben nicht voraussagen, was gewesen wäre, wenn der Staat nicht interveniert hätte.

<sup>36</sup> Ähnlich *Knierim* (oben, Fn. 4): „Wenn der Staat selbst strafbares Handeln seiner Bürger durch Erpressung erzwingt, korrumpiert er sich selbst und nimmt sich das Recht, Richter dieser Handlungen zu sein“.

stärkten Tatprovokation durch Beamte und V-Leute führen, was wiederum eine letztlich vom Staat provozierte Zunahme der Drogendelinquenz zur Folge hat. Diese in der Kriminalstatistik niedergeschlagene Zunahme erhöht erneut den Ermittlungsdruck.

Nicht zuletzt auch in Anlehnung an die Clean-Hands-Doktrin<sup>37</sup>, die ihre Entsprechung im deutschen Recht im grundsätzlichen Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*)<sup>38</sup> findet, kann es daher nur eine Antwort auf die staatlich provozierte Begehung von Straftaten geben: die vollumfängliche Versagung des staatlichen Strafanspruchs.

---

<sup>37</sup> Nach dieser im Common Law verbreiteten Doktrin soll dem, der selbst das Gesetz bricht, rechtlicher Schutz in der Folge versagt sein. Vor Gericht soll man mit „sauberen Händen“ ziehen, hat man diese durch gesetzeswidrige Handlungen „schmutzig“ gemacht, verdient man auch keinen Rechtsschutz mehr; vgl. etwa die Entscheidung des südafrikanischen Supreme Court in *State v. Ebrahim*, 31 ILM 888 (1991) (betr. Rechtswidrige Entführung zum Zwecke der Strafverfolgung, s. auch: *Oehmichen*, Male Captus-Bene Detentus, in: Kühne/Esser/Gerding, Völkerstrafrecht, 217 ff (234).

<sup>38</sup> Hierauf verweist auch Ott (oben, Fn. 3), 162 m.w.N. auch zur früheren BGH-Rspr. (z. B. BGH StV 1981, 392).