

Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation

Zu den Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR in Deutschland und Österreich

Von Dr. Carolin Schmidt, Frankfurt (Oder)

Im viel beachteten¹ Urteil *Furcht gegen Deutschland*² entschied der EGMR erstmals ausdrücklich, dass ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK bei unzulässiger staatlicher Tatprovokation durch die Gewährung einer bloßen Strafmilderung nicht hinreichend kompensiert wird. Er erteilte hiermit der bis dahin vertretenen Strafmilderungslösung eine deutliche Absage. In Reaktion auf die Verurteilung Deutschlands erkennt der zweite Senat des BGH in einer aktuellen Entscheidung nunmehr für einen Fall unzulässiger Tatprovokation ein Verfahrenshindernis (von Verfassungs wegen) an.³ Diese Entwicklung wird im Schrifttum allgemein begrüßt;⁴ teilweise wird – angesichts der Empfehlungen im Bericht der StPO-Expertenkommission⁵ – eine entsprechende Kodifizierung angeregt.⁶

Eine Neuorientierung ist auch für Österreich zu erwarten;⁷ auch dort wurde bei unzulässiger Tatprovokation bislang lediglich eine Strafmilderung gewährt. Eine eindeutige Positionierung des OGH steht noch aus.⁸ Zur Herstellung

einer konventionskonformen Rechtslage sollte nach dem Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2015 ein Beweisverwertungsverbot für Erkenntnisse eingeführt werden, welche aufgrund unzulässiger Tatprovokation gewonnen wurden.⁹ Dieser Vorschlag stieß in den Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf vielfach auf Kritik.¹⁰ Vereinzelt wurde alternativ für die Anerkennung eines materiellen Strafausschließungsgrundes plädiert.¹¹ Vor diesem Hintergrund wurde im Gesetzgebungsverfahren von der Kompensationsmethode eines Beweisverwertungsverbots abgerückt. Die Regierungsvorlage sieht nunmehr die Einführung eines (einfachgesetzlichen) Verfahrenshindernisses als Folge einer unzulässigen Tatprovokation vor.¹²

Der vorliegende Beitrag fasst zunächst die aus der EMRK abzuleitenden Anforderungen an die Rechtsfolgen von unzulässiger staatlicher Tatprovokation (I.) sowie die Argumentationslinien für die in Deutschland und Österreich vorgeschlagenen Kompensationsmethoden (Verfahrenshindernis, Beweisverwertungsverbot oder materieller Strafausschlie-

¹ Vgl. die zahlreichen Anmerkungen: *Hauer*, NJ 2015, 203; *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 761; *Pauly*, StV 2014, 411; *Petzsche*, JR 2015, 88; *Satzger*, Jura 2015, 660; *Sinn/Maly*, NStZ 2015, 379; *Sommer*, StraFo 2014, 508.

² EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (*Furcht v. Deutschland*) = NJW 2015, 3631.

³ BGH, Urt. v. 10.06.2015 – 2 StR 97/14 = NStZ 2016, 52.

⁴ *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 60; *Lochmann*, StraFo 2015, 500; *Mitsch*, NStZ 2016, 57; vgl. auch *Eisenberg*, NJW 2015, 98, der die Frage nach der konkreten Kompensationsmethode zwar explizit ausklammert, das Urteil aber als „einer gewissen Transparenz und damit Rechtssicherheit förderlich“ bewertet.

⁵ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 85 (abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abchlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [5.1.2017]): „Die Expertenkommission empfiehlt, die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gesetzlich zu verbieten. Hierfür sollte auf einer ersten Stufe definiert werden, wann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt. Auf einer zweiten Stufe sollten die Konsequenzen einer verbotenen rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geregelt werden.“

⁶ *Lochmann*, StraFo 2015, 500; vgl. auch *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 64.

⁷ Vgl. *Machac/Mohnl*, JSt 2015, 442.

⁸ Zunächst schien der OGH auch nach dem *Furcht*-Urteil an der Strafmilderungslösung festzuhalten: „Mit dem [...] Vorwurf unterbliebener Konstatierungen zum Vorliegen allfälliger Tatprovokation erstattet der Beschwerdeführer bloß ein Berufungsvorbringen ([st. Rspr.]; vgl. allerdings zuletzt EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 [*Furcht v. Deutsch-*

land]“; OGH, Beschl. v. 9.4.2015 – 12 Os 39/15z. In der Folge ließ er die Behandlung der unzulässigen Tatprovokation allerdings explizit offen: „Einer Auseinandersetzung mit der Frage allfälliger Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation bedurfte es daher nicht (vgl. dazu [...] EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 [*Furcht v. Deutschland*]).“; OGH, Urt. v. 7.10.2015 – 15 Os 89/15z.

⁹ Nach Art. 1 Z. 26 des Ministerialentwurfs 171/ME (XXV. GP) eines Bundesgesetzes, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz und das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geändert werden (Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015), sollte in § 133 öStPO folgender Absatz 5 eingefügt werden: „(5) Aufgrund eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 gewonnene Erkenntnisse dürfen bei sonstiger Nichtigkeit nicht als Beweismittel verwendet werden.“ Vgl. auch Erläuterungen zum Ministerialentwurf 171/ME (XXV. GP), S. 15.

¹⁰ Vgl. z.B. *Cernusca*, Stellungnahme 45/SN-171/ME, S. 2 f.; *Flora*, Stellungnahme 30/SN-171/ME, S. 3; *Venier*, Stellungnahme 41/SN-171/ME, S. 3.

¹¹ *Cernusca*, Stellungnahme 45/SN-171/ME, S. 3.

¹² Nach Art. 1 Z. 30 der Regierungsvorlage (1058 BlgNR, XXV. GP) für ein Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz und das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geändert werden (Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016), soll in § 133 öStPO folgender Absatz 5 eingefügt werden: „(5) Von der Verfolgung eines Beschuldigten wegen der strafbaren Handlung, zu deren Begehung er nach § 5 Abs. 3 verleitet wurde, hat die Staatsanwaltschaft abzusehen [...]“. Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016 wurde am 20.5.2016 im österreichischen Bundesgesetzblatt I Nr. 26/2016 veröffentlicht; § 133 Abs. 5 öStPO n.F. trat am 1.6.2016 in Kraft. Zum Wortlaut von § 5 Abs. 3 öStPO siehe Fn. 49.

ßungsgrund) zusammen (II.). Auf dieser Grundlage soll die vom BGH favorisierte Lösung eines Verfahrenshindernisses von Verfassungs wegen auf ihre Systemkompatibilität und EMRK-Konformität überprüft werden. Gegebenenfalls sind Alternativen aufzuzeigen (III.).

I. Aus der EMRK abzuleitende Vorgaben

1. Zusammenfassung der EGMR-Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des EGMR liegt eine unzulässige Tatprovokation vor, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden nicht darauf beschränken, kriminelle Aktivitäten in einer im Wesentlichen passiven Art und Weise aufzuklären, sondern die Zielperson zur Begehung einer Straftat provozieren, die andernfalls nicht begangen worden wäre.¹³ Insbesondere sind hierbei Anlass und Intensität der Einflussnahme maßgeblich.¹⁴ Die Feststellung einer Verletzung von Art. 6 EMRK hängt zudem von einem prozeduralen Aspekt ab: Der EGMR beurteilt insoweit die Art und Weise der Auseinandersetzung des nationalen Gerichts mit einer möglichen unzulässigen Tatprovokation. Er fordert ein umfassendes Verfahren, das Anlass und Ausmaß der staatlichen Tatbeteiligung vollständig aufklärt. Die plausible Behauptung einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation muss einen Straffreistellungsgrund („substantive defence“) begründen, zum Beweisausschluss („exclusion of evidence“) oder ähnlichen Konsequenzen („similar consequences“) führen.¹⁵

„Substantive defences“ sind Gründe, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters für eine Tat trotz Erfüllens der objektiven (actus reus) und subjektiven Tatseite (mens rea) ausschließen.¹⁶ Sie beziehen sich auf spezifische Aspekte des fraglichen Verhaltens, die das konkrete tatbestandsmäßige Handeln im Einzelfall als erlaubt oder nicht schuldhaft qualifizieren, beispielsweise im Fall von Notwehr oder bei Vorliegen einer Geisteskrankheit.¹⁷ Die Anerkennung eines solchen Straffreistellungsgrunds im Fall unzulässiger Tatprovokation führt dazu, dass der Täter für die provozierte Tat

nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Die Möglichkeit ähnlicher Konsequenzen lässt darauf schließen, dass der EGMR eine ähnliche Wirkungsweise von „substantive defence“ und „exclusion of evidence“ zugrunde legt. „Exclusion of evidence“ bedeutet demnach, dass ein Beweis (und damit der Schuldnachweis) für die provozierte Tat nicht geführt werden darf.¹⁸ Die Verfahrensfairness erfordert, dass alle Beweise ausgeschlossen werden, die durch unzulässige polizeiliche Tatprovokation gewonnen wurden.¹⁹ Der EGMR lehnt eine Verwendung also stets ab, ohne – wie in Fällen des heimlichen Aushorchens von Beschuldigten – zur Bewertung eines Verstoßes gegen den Fairnessgrundsatz auch auf die jeweilige Beweiskraft (insb. auf Zweifel an der Verlässlichkeit oder Genauigkeit eines Beweises) abzustellen.²⁰ Umgekehrt dürfte die Rechtsprechung des EGMR (in Anlehnung an die Wirkungen von Straffreistellungsgründen) einer Beweisverwertung grundsätzlich nicht entgegenstehen, wenn im Wege unzulässiger Tatprovokation auch Beweise für andere Straftaten (Zufallsfunde) erlangt werden. In der Zusammenschau sind ähnliche Konsequenzen also solche, die zum Abschluss einer Nutzung der durch unzulässige Provokation erlangten Erkenntnisse im Strafverfahren wegen der provozierten Tat²¹ zur Begründung des Schuldspruchs führen; zu denken ist insbesondere an ein Verfahrenshindernis.

¹³ EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94 (Teixeira de Castro v. Portugal), Rn. 39 = NStZ 1999, 47.

¹⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 38, 57; siehe bereits EGMR (Große Kammer), Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramauskas v. Litauen), Rn. 67, 71 = NJW 2009, 3565.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 4.11.10 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 54; siehe auch *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 620.

¹⁶ *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 178 Fn. 169; vgl. auch *Simester/Spencer/Sullivan/Virgo*, Criminal Law, 5. Aufl. 2014, § 17.1. Im Gegensatz zu „substantive defences“ betreffen „procedural defences“ die Gerichtsbarkeit und die Befugnis eines Gerichts zur Strafverfolgung. Hierzu zählen u.a. das Gesetzlichkeitsprinzip „nullum crimen sine lege“, der Grundsatz „ne bis in idem“, Immunitäten, das Verjährungsregime, Amnestien, Verhandlungsunfähigkeit oder ein Verfahrensmisbrauch; siehe *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1, 2013, S. 302 f.

¹⁷ *Ambos* (Fn. 16), S. 302.

¹⁸ Ebenso *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 765, die angesichts des Erfordernisses einer Ähnlichkeit zum „substantive defence“ ein umfassendes Beweisverwertungsverbot ableiten: „Auch der Hinweis auf einen alternativ möglichen Straffreistellungsgrund zeigt unzweideutig an, dass nach Auffassung des EGMR am Ende einer durch unzulässige Provokation ausgelösten Strafverfolgung keine Bestrafung stehen darf.“ Vgl. auch *Fischer*, NStZ 1992, 13: „Aus der Unzulässigkeit der polizeilichen Tatprovokation folgt ein umfassendes Beweisverwertungsverbot [...]“

¹⁹ EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 64: „For the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded [...]“ (Hervorhebungen der *Verf.*); vgl. auch EGMR, Urt. v. 24.4.2014 – 6228/09 u.a. (Lagutin u.a. v. Russland), Rn. 116; EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 56; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramauskas v. Litauen), Rn. 60.

²⁰ EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russland), Rn. 90 = NJW 2010, 213; EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan v. Vereinigtes Königreich), Rn. 43; EGMR, Urt. v. 12.5.2000 – 35394/97 (Khan v. Vereinigtes Königreich), Rn. 35, 37. Vgl. auch *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 765.

²¹ Vgl. EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94 (Teixeira de Castro v. Portugal), Rn. 39 = NStZ 1999, 47: „That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial.“ (Hervorhebungen der *Verf.*).

2. Berücksichtigung des aus der EMRK abzuleitenden Verfolgungszwangs

Bislang wurde kaum beachtet, dass sich diese Vorgaben auf staatlicherseits provozierte Straftaten ohne individuellen Opferbezug (z.B. Drogen- oder Korruptionsdelikte)²² beschränken dürften. Sie beziehen sich dagegen nicht auf Delikte, die gegen hochrangige Individualrechtsgüter gerichtet sind.²³ Der EGMR hat wiederholt bestätigt, dass der Charakter der Konvention als Schutzinstrument eine Auslegung und Anwendung voraussetzt, die ihre Gewährleistungen zweckmäßig und wirksam werden lässt. Die Konventionsgarantien müssen als Teil eines Ganzen verstanden und in einer Weise interpretiert werden, die innere Konsistenz gewährleistet.²⁴ Im Zusammenhang mit der generellen Verpflichtung der Konventionsstaaten, jedermann innerhalb ihrer Jurisdiktion die in der EMRK niedergelegten Rechte und Freiheiten zu sichern (Art. 1 EMRK), setzen einzelne Konventionsgarantien, wie Art. 2, 3 und 8 EMRK, implizit auch eine effektive Strafverfolgung von Rechtsgutsverletzungen voraus. Andernfalls würde der Schutzzweck der EMRK reduziert und ihr Gewährleistungsgehalt illusorisch.²⁵

Der EGMR hat entschieden, dass durch die Verpflichtung zu einer wirksamen Strafverfolgung andere Konventionsga-

²² In einigen Urteilen betreffend unzulässiger Tatprovokation bezieht sich der EGMR explizit auf diesen Bereich; vgl. EGMR, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova v. Russland), Rn. 34: „In the specific context of investigative techniques used to combat *drug trafficking* and *corruption*, the Court’s longstanding view has been that the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement.“ (Hervorhebungen der Verf.).

²³ Aus der Praxis sind entsprechende Fälle bisher nicht bekannt geworden; auch erscheint die praktische Relevanz von Provokationen zu Gewalttaten, etwa Tötungsdelikten, gering, da wegen des individuellen Opferbezugs der Anlasstat regelmäßig andere Beweismittel verfügbar sind und kein Bedarf an einer weiteren (mit geringem Aufwand aufzuklärenden) Tat besteht. Es dürfte sich hierbei aber nicht um ein bloßes Gedankenspiel handeln; ein solches Vorgehen käme beispielsweise gegenüber einem (mutmaßlichen) Ring von Auftragsmördern in Betracht: Sofern lediglich der unmittelbare Täter einer Anlasstat überführt, nicht aber die etwaige Beteiligung eines Hintermanns nachgewiesen werden kann, erscheint die Kontaktaufnahme gegenüber ersterem durch einen staatlichen Provokateur erfolversprechend, um auch die Ergreifung des Hintermanns zu ermöglichen.

²⁴ Vgl. z.B. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.3.2012 – 39692/09 u.a. (Austin u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 54 = NVwZ-RR 2013, 785; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – 4455/10 (Marguš v. Kroatien), Rn. 128.

²⁵ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – 4455/10 (Marguš v. Kroatien), Rn. 125 ff. Vgl. zum aus Art. 8 EMRK abzuleitenden Verfolgungszwang bei (schweren) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung EGMR (Große Kammer), Urt. v. 12.11.2013 – 5786/08 (Söderman v. Schweden), Rn. 80, 82 f. = NJW 2014, 607; EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgarien), Rn. 152 f.

rantien in ihrer Anwendbarkeit verdrängt werden können.²⁶ Art. 2, 3 und 8 EMRK verkörpern fundamentale Werte; zur Abschreckung potenzieller Täter²⁷ muss der Eindruck unbedingt vermieden werden, Verhalten, das den Schutzgehalt dieser Garantien berührt, bliebe ungestraft.²⁸ Zu berücksichtigen ist, dass es sich hier nicht um eine nur zweiseitige Konstellation (Verhältnis zwischen Staat und Provoziertem) handelt. Vielmehr muss auch spezifischen Opferinteressen Rechnung getragen werden. Der Staat kann sich – schon wegen des staatlichen Gewaltmonopols²⁹ – nicht zulasten des Opfers seines Strafanspruchs begeben. Andernfalls wäre ein effektiver Individualrechtsgüterschutz, wie ihn die EMRK verlangt, nicht mehr gewährleistet. Wenn der Staat Straftaten veranlasst, die das Recht auf Leben oder auf sexuelle Selbstbestimmung bzw. das Folterverbot beeinträchtigen, kommt ein Ausschluss der Verwendung von durch staatliche Tatprovokation gewonnenen Beweisen also nicht in Betracht. Diese Ausprägung des Fairnessgrundsatzes findet insoweit keine (oder nur eingeschränkte³⁰) Anwendung.³¹ Da die Verfolgungspflicht im Sinne wirksamer Prävention grundsätzlich bereits im Fall des bloßen Versuchs greift,³² muss dies auch

²⁶ So erklärte der EGMR das Doppelverfolgungsverbot nach Art. 4 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK bei erneuter Strafverfolgung von Kriegsverbrechen nach einer staatlicherseits gewährten Amnestie für nicht anwendbar; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – 4455/10 (Marguš v. Kroatien), Rn. 140 f.

²⁷ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.10.1998 – 23452/94 (Osman v. Vereinigtes Königreich), Rn. 115.

²⁸ EGMR, Urt. v. 21.12.2000 – 30873/96 (Egmez v. Zypern), Rn. 71: „Under no circumstances should [the domestic authorities] give the impression that they are prepared to allow such treatment to go unpunished.“; vgl. auch EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 44256/06 (Turan Cakir v. Belgien), Rn. 69.

²⁹ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 75. Lfg., Stand: September 2015, Art. 30 Rn. 12.

³⁰ Die Berücksichtigung der unzulässigen Tatprovokation könnte im Rahmen einer Auslegung, die allen Konventionsgarantien zu möglichst weitreichender praktischer Wirksamkeit verhilft, auf Strafzumessungsebene erfolgen. Vgl. zum Ganzen *Schmidt*, Grenzen des Lockspitzeinsatzes, 2016, insb. Teil IV, A. III. und D. III.

³¹ Andere Teilgarantien von Art. 6 EMRK, wie das Recht auf ein unabhängiges Gericht, bleiben selbstverständlich anwendbar.

³² *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 2 EMRK u. Art. 6 IPBRR Rn. 33; vgl. auch EGMR, Urt. v. 2.9.1998 – 22495/93 (Yaşa v. Türkei), Rn. 100. Zur „Vorwirkung“ der genannten Konventionsgarantien bei Gefährdungslagen für das jeweils geschützte Rechtsgut siehe auch EGMR (Große Kammer), Urt. v. 20.12.2004 – 50385/99 (Makaratzis v. Griechenland), Rn. 55 = NJW 2005, 3405; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 20 Rn. 3, § 22 Rn. 1. Anderes könnte für den untauglichen Versuch gelten, da es hier bereits an einer tatsächlichen Gefährdung mangelt. Al-

für provozierte Taten gelten, die im Versuchsstadium stecken bleiben.

II. Überblick über die vorgeschlagenen Kompensationsmethoden

1. Stand der deutschen Rechtsprechung: Wende zum Verfahrenshindernis

Eine erste Auseinandersetzung mit dem „Furcht“-Urteil des EGMR vom 23.10.2014 erfolgte im Rahmen eines Beschlusses des BVerfG vom 18.12.2014, mit dem die Verfassungsbeschwerden von drei Beschwerdeführern, die sich gegen ihre Verurteilung zu mehrjährigen Haftstrafen wegen (staatlicherseits provozierten) Betäubungsmitteldelikten wandten, nicht zur Entscheidung angenommen wurden.³³ Die Frage, ob die Strafmilderungslösung den Anforderungen des EGMR in jedem Einzelfall gerecht wird, ließ das BVerfG ausdrücklich offen.³⁴ Es verwies insbesondere darauf, dass die Fachgerichte die Rechtsprechung des EGMR durch „möglichst schonend[e]“ Einpassung in das überkommene und ausdifferenzierte nationale Rechtssystem hinreichend berücksichtigt hätten, sodass die Strafmilderungslösung „jedenfalls in ihrer Anwendung [...] auf den vorliegenden Fall“ auch vor dem Hintergrund der Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht gegen das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf ein faires Verfahren verstoße.³⁵ Eine Verfahrenseinstellung könne nur in einem – hier nicht vorliegenden – extremen Ausnahmefall aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, da dieses auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt.³⁶ Als Prozessentscheidung entfaltete der genannte Nichtannahmebeschluss keine Bindungswirkung.³⁷

Mit einem im schriftlichen Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO gefassten Beschluss vom 19.5.2015 bekräftigte der

lerdings kann bei Tatprovokation trotz polizeilicher Überwachung wohl kaum von einem von vornherein untauglichen Versuch gesprochen werden.

³³ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 = NJW 2015, 1083 m. Anm. Jäger, JA 2015, 473. Die Ausgangsentscheidung des BGH (Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13) ist abgedruckt in NStZ 2014, 277.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 = NJW 2015, 1083 (1085).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 = NJW 2015, 1083 (1086).

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 = NJW 2015, 1083 (1084 f.). Weiterhin wäre zukünftig zu erwägen, „in vergleichbaren Fällen ausdrücklich ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise, also insbesondere bezüglich der unmittelbar in die rechtsstaatswidrige Tatprovokation verstrickten Tatzeugen, auszusprechen“; vgl. BVerfG, NJW 2015, 1083 (1086).

³⁷ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 47. Lfg., Stand: August 2015, § 31 Rn. 83.

1. Strafsenat des BGH diese Leitlinien des BVerfG: Allenfalls in einem Extremfall, etwa bei tatprovokierendem Verhalten von Ermittlungsbehörden gegen einen (bis dahin) gänzlich Unverdächtigen, der lediglich „als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte“, käme ein aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitetes Verfahrenshindernis in Betracht.³⁸ In casu fehle es bereits an einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation, da die Beschuldigten zu sämtlichen Betäubungsmittelstraftaten bereits vor der polizeilichen Intervention entschlossen waren.³⁹

Am 10.6.2015 wies der 2. Strafsenat des BGH, dem der genannte Beschluss des 1. Senats im Zeitpunkt der Urteilsverkündung unbekannt war,⁴⁰ die Strafmilderungslösung als mit der Rechtsprechung des EGMR in der Rechtssache Furcht unvereinbar zurück. Im Rahmen der demnach gebotenen Neubewertung der staatlichen Tatprovokation sprach sich der 2. Strafsenat erstmals ausdrücklich für die Annahme eines Verfahrenshindernisses (von Verfassungs wegen) aus und kehrte überdies das in der BVerfG-Rechtsprechung angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis um: Die unzulässige Provokation einer Straftat durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden oder von ihnen gelenkte Dritte habe regelmäßig (nicht nur in Extremfällen) ein Verfahrenshindernis zur Folge.⁴¹

Ein Verfahrenshindernis passe sich – im Gegensatz zur Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots oder eines materiellen Strafausschließungsgrunds – „schonend“ in das vorhandene nationale Rechtssystem ein: Obwohl die Rechtsfigur des Verfahrenshindernisses in der Strafprozessordnung nicht allgemein definiert werde, handle es sich – anders als etwa die Annahme eines gesetzlich nicht geregelten Strafausschließungsgrunds – um eine anerkannte dogmatische Kategorie.⁴² Zudem knüpfe ein Verfahrenshindernis an die provozierte Tat selbst an, während ein Beweisverwertungsverbot nur einzelne Ermittlungshandlungen erfassen könnte. Gegen eine Lösung auf Beweisebene spreche vor allem, dass eine Beweiserhebung im Strafverfahren regelmäßig geboten sei, um die tatsächlichen Umstände einer behaupteten Tatprovo-

³⁸ BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 = NStZ 2015, 541 (542 f.).

³⁹ BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 = NStZ 2015, 541 (543).

⁴⁰ Zur Notwendigkeit einer Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG siehe Eisenberg, NJW 2016, 98; Jahn/Kudlich, JR 2016, 62.

⁴¹ BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14 = NStZ 2016, 52 (amtl. Ls.).

⁴² BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 48, 55; die in NStZ 2016, 52 nicht abgedruckten Entscheidungsgründe können über:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr72875&pos=0&anz=1> (5.1.2017) abgerufen werden.

kation aufklären zu können.⁴³ Auch liefere die umfassende Nichtverwendung der durch Tatprovokation erlangten Beweismittel – wie sie die Rechtsprechung des EGMR verlangt – faktisch gerade auf ein Verfahrenshindernis hinaus.⁴⁴

Demgegenüber griffen die Bedenken gegen die Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht durch: Insbesondere stehe nicht entgegen, dass im Fall behaupteter unzulässiger Tatprovokation regelmäßig eine umfangreiche Beweisaufnahme und -würdigung notwendig ist, sodass – für Verfahrenshindernisse atypisch – eine Einstellung erst im Rahmen der Hauptverhandlung erfolgen kann. Denn diese Notwendigkeit könne sich auch bei der Prüfung anderer Verfahrenshindernisse ergeben, beispielsweise in Fällen des Strafklageverbrauchs.⁴⁵ Obgleich Verfahrenshindernisse typischerweise aus bestimmten Tatsachen folgen, könnten sie auch auf Werturteilen beruhen, wie dies etwa bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung der Fall ist.⁴⁶ Zudem müsse der „Gesichtspunkt, dass Verfahrenshindernisse [...] in der Regel nicht Ergebnis wertender Abwägungen sind“, zurücktreten, „wenn feststeht, dass für eine solche Abwägung aufgrund des Gewichts des Verstoßes kein Raum bleibt, wie sich aus den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergibt“.⁴⁷

2. Die Reformdiskussion in Österreich

Der österreichische Ministerialentwurf sprach sich für die Einführung eines Beweisverwertungsverbots in Bezug auf Erkenntnisse aus, „welche aufgrund unzulässiger Tatprovokation gewonnen wurden.“ Hierunter würden insbesondere die Vernehmung des Lockspitzels, eine Ton- und/oder Bildaufnahme von seinem Kontakt mit dem Betroffenen und die Verlesung der Bezug habenden Teile der jeweiligen Polizeiberichte fallen.⁴⁸ Zur Begründung wurde zunächst auf die wirksame Vorbeugung von Verstößen gegen das in § 5 Abs. 3 öStPO⁴⁹ verankerte Lockspitzelverbot verwiesen, da der Anreiz hierzu bei Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots weitgehend entfielen. Ein wesentlicher Vorteil gegenüber einem „prozessualen Verfolgungshindernis“ (wie es der 2. Strafsenat des BGH befürwortet) liegt nach den

⁴³ BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 52 = NStZ 2016, 52; vgl. bereits BGH, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99 = BGHSt 45, 321 (355).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14 Rn. 53 = NStZ 2016, 52.

⁴⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 55; vgl. auch BGH, Beschl. v. 30.3.2001 – StB 4, 5/01 = NJW 2001, 1734.

⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 55; vgl. auch *Hillenkamp*, NJW 1989, 2846; *Waßmer*, ZStW 115 (2006), 187.

⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 55.

⁴⁸ Erläuterungen zum Ministerialentwurf 171/ME (XXV. GP), S. 15.

⁴⁹ § 5 Abs. 3 öStPO lautet: „Beschuldigte oder andere Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat zu verleiten oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken, ist unzulässig.“

Erläuterungen zum Ministerialentwurf darin, dass auf diese Weise auch ein Schuldspruch möglich bliebe, „sofern abgesehen von Beweismitteln, welche als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden, weitere gewichtige Beweisergebnisse vorliegen.“⁵⁰

In den Stellungnahmen zum Ministerialentwurf wurde insbesondere diese fortbestehende Möglichkeit eines Schuldspruchs als mit der Rechtsprechung des EGMR unvereinbar gerügt.⁵¹ Teilweise wurde die Lösung auf Beweisebene insgesamt als systematisch verfehlt angegriffen: Zwar dürfte auf Grundlage der durch unzulässige Tatprovokation gewonnenen Beweismittel keine Verurteilung mehr erfolgen; systemkonform könnte umgekehrt aber auch ein Freispruch nicht auf die unzulässig gewonnenen Beweismittel gestützt werden. Eine Tat, die (bspw. durch Videoüberwachung auf öffentlichen Plätzen) zweifelsfrei nachgewiesen werden kann und die der Beschuldigte gegebenenfalls sogar eingesteht, müsse demnach trotz Provokation zur Verurteilung führen, da die gewünschte entlastende Wirkung gerade wegen des Beweisverwertungsverbots nicht eingreife. Stattdessen wurde die Anerkennung eines materiellen Strafausschlussgrunds befürwortet, die durch Ergänzung von § 5 Abs. 3 öStPO umgesetzt werden könnte. Denn die unzulässige Tatprovokation bewirke, dass die konkrete Tat per se nicht mehr strafwürdig ist, während ein prozessuales Verfahrenshindernis nicht den rechtlichen Gehalt der Tat, sondern nur den staatlichen Verfolgungsanspruch adressiere.⁵²

Die in den Stellungnahmen kritisierte problematische Abgrenzung, „welche Ergebnisse dem ursprünglich vorgeschlagenen Beweisverwertungsverbot unterliegen würden und welche nicht“, bildete nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ein wesentliches Argument für den Wechsel zu einem Verfahrenshindernis als Folge unzulässiger Tatprovokation. Die Bemerkungen verweisen zudem auf die Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland.⁵³

III. Kritische Würdigung der vorgeschlagenen Kompensationsmethoden

1. Systemkompatibilität der prozessualen Lösungswege: Beweisverwertungsverbot und Verfahrenshindernis

a) Pattsituation der herkömmlich ausgetauschten Argumente

Die wiedergegebenen Argumente gegen eine Lösung auf Beweisebene⁵⁴ können die Vorzugswürdigkeit eines Verfahrenshindernisses bei unzulässiger Tatprovokation nicht letzt-

⁵⁰ Erläuterungen zum Ministerialentwurf 171/ME (XXV. GP), S. 15.

⁵¹ Vgl. *Flora*, Stellungnahme zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015, 30/SN-171/ME, S. 2 f.; *Venier*, Stellungnahme zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015, 41/SN-171/ME, S. 3.

⁵² *Cernusca*, Stellungnahme 45/SN-171/ME, S. 2 f.

⁵³ Vgl. EB RV, 1058 BlgNR, XXV. GP, S. 7.

⁵⁴ Vgl. oben bei Fn. 43 f. und 51.

gültig belegen:⁵⁵ Ein Beweisverwertungsverbot bezieht sich zugebenermaßen nicht auf die Beweisaufnahme insgesamt. Denn Beweisgegenstand ist nicht die Tat als solche, sondern all jenes, was ihre Durchführung beweisen kann, z.B. Aussagen der Beteiligten, eventuelle Schriftstücke über den Verlauf des Lockspitzeinsatzes oder eine Dokumentation mittels Foto- bzw. Videoaufnahmen sowie etwaig sichergestellte Drogen.⁵⁶ Im Fall unzulässiger Tatprovokation muss (grundsätzlich⁵⁷) hinsichtlich sämtlicher hieraus herrührender Beweise für die jeweilige Straftat ein Beweisverwertungsverbot greifen.⁵⁸ Ein solches „zusammengesetztes“ Beweisverwertungsverbot schließt eine Verurteilung wegen der provozierten Tat – entsprechend der Rechtsprechung des EGMR – im Ergebnis aus.⁵⁹ Umfassende Beweisverwertungsverbote, die alle auf unzulässigem Vorgehen beruhenden Beweise einbeziehen, sind der Strafprozessordnung nicht gänzlich fremd. Beispielsweise erfasst die beweisgegenständliche Schutzwirkung von § 136a Abs. 3 StPO alle Aussageinhalte, die auf verbotenen Vernehmungsmethoden beruhen:⁶⁰ Das Beweis-

verwertungsverbot erstreckt sich auch auf drittbelastende Aussagen⁶¹ oder den Klang der Stimme.⁶² Während das „Produkt“ der verbotenen Vernehmungsmethode eine Aussage ist, die in all ihren Einzelaspekten nicht verwertbar ist, bildet „Produkt“ der unzulässigen Tatprovokation gerade die Tat als solche, für die keinerlei Beweis geführt werden darf.⁶³ Jeweils sind alle „bemakelten“ Beweise auszuschließen. Die Wirkung eines derart umfassend verstandenen Beweisverwertungsverbots entspricht zwar – wie der 2. *Strafsenat* des BGH zutreffend feststellt⁶⁴ – derjenigen eines Verfahrenshindernisses.⁶⁵ Dieser „Gleichklang“ kann aber nicht als Argument in die eine oder andere Richtung herangezogen werden, sondern ist logische Konsequenz des vom EGMR formulierten Ähnlichkeits-Erfordernisses.

Auch der vom 2. *Senat* angeführte Umstand, dass eine spätere Beweiserhebung im Strafverfahren zur Klärung der tatsächlichen Umstände einer behaupteten Tatprovokation geboten (und gerade nicht als rechtswidrig) erscheine,⁶⁶ spricht nicht zwingend gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots. Erstens stellen Beweiserhebungsverbote und die Unverwertbarkeit von Beweismitteln verschiedene prozessuale Phänomene dar und sind als solche gedanklich voneinander zu trennen.⁶⁷ Weder folgt aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot zwangsläufig die Unverwertbarkeit der erlangten Beweise, noch muss umgekehrt der Grund für die Unverwertbarkeit eines Beweismittels stets in einer rechtswidrigen Beweiserhebung liegen.⁶⁸ Zweitens treten ähnliche Schwierigkeiten auch bei Annahme eines Verfahrenshindernisses auf:⁶⁹ Denn typischerweise knüpfen

⁵⁵ Für eine intensivere Auseinandersetzung mit dem „Verhältnis von Verwertungsverbot und Verfahrenshindernis“ plädiert *Jäger*, JA 2016, 311.

⁵⁶ Hierzu zählt gerade auch die Aufzeichnung einer provozierten Tat im Rahmen der Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. In Bezug auf ein Geständnis des Provozierten, das „bedingt durch die erlangten Ermittlungsergebnisse“ abgelegt wurde (vgl. BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 52 = NStZ 2016, 52), kommt ein Beweisverwertungsverbot in Betracht, wenn der Beschuldigte nicht zuvor auf die Unverwertbarkeit der Beweise für die provozierte Tat hingewiesen worden ist (sog. qualifizierte Belehrung). Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfen v. Deutschland), Rn. 181 ff. = NJW 2010, 3145: Es kann gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßen, ein Geständnis zu verwerten, das nur angesichts erdrückender Beweise abgegeben wurde, die ihrerseits durch Verletzung von Konventionsgarantien (in casu: Art. 3 EMRK) gewonnen worden waren.

⁵⁷ Vgl. unter I. 2.

⁵⁸ Andere Beweise sind kaum denkbar (so auch *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 223; *Esser* [Fn. 32], Art. 6 EMRK u. Art. 14 IPBRR Rn. 264. Vgl. auch Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter, Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst [Hrsg.], Stellungnahme zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015, 29/SN-171/ME, S. 4), zumal die Straftat ohne staatliche Veranlassung nicht begangen worden wäre. Verwertbar bleiben nur zufällig miterlangte Beweise für andere Taten; vgl. oben bei Fn. 2020.

⁵⁹ *Tyszkiewicz* (Fn. 58), S. 223.

⁶⁰ *Jäger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 136a StPO Rn. 42 m.w.N. (vgl. auch a.a.O.: „das Gesetz selbst [schreibt] in § 136a Abs. 3 ein umfassendes Beweisverwertungsverbot für die durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangten Aus-

sagen vor [...]“; ein umfassendes Beweisverwertungsverbot bejaht auch *Heinrich*, ZStW 112 [2000], 419 m.w.N.).

⁶¹ Für Differenzierungen nach dem „Rechtskreis“ (zur Rechtskreistheorie: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 24 Rn. 24 m.w.N.) verbleibt kein Raum; vgl. BGH, Urt. v. 14.10.1970 – 2 StR 239/70 = JurionRS 1970, 12172, Rn. 6.

⁶² *Jäger* (Fn. 60), § 136a Rn. 44.

⁶³ Vgl. auch *Jäger*, JA 2016, 310: „Damit zeigt sich aber doch, dass es Verwertungsverbote gibt, die den gesamten Tatvorgang erfassen [...] können.“

⁶⁴ Vgl. oben bei Fn. 44.

⁶⁵ Da beide prozessualen Lösungen im Ergebnis einer Verurteilung wegen der provozierten Tat grundsätzlich (siehe aber zu Differenzierungsmöglichkeiten bei Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots unter III. 3.) entgegenstehen, während eine Strafverfolgung von anderen Taten möglich bleibt, besteht der in den Erläuterungen zum österreichischen Ministerialentwurf behauptete Vorteil, dass ein Beweisverwertungsverbot – anders als ein Verfahrenshindernis – in bestimmten Fällen auch einen Schuldspruch ermöglichen (vgl. oben bei Fn. 50), regelmäßig nicht (siehe aber unter IV.).

⁶⁶ Vgl. oben bei Fn. 43.

⁶⁷ *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 455.

⁶⁸ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn. 362.

⁶⁹ So die Argumentation in Österreich; vgl. OGH, Urt. v. 11.1.2005 – 11 Os 126/04 = JBl 2005, 531: „Die Bestimmung [Art. 6 EMRK] verbietet demnach nicht das Hören der

Verfahrenshindernisse an unproblematisch festzustellende Tatsachen, wie den Tod des Beschuldigten, seine Verhandlungsunfähigkeit oder die Verjährung der zu verfolgenden Straftat,⁷⁰ an und bewirken daher regelmäßig bereits vor Durchführung einer Hauptverhandlung die Einstellung des Verfahrens. Das Vorliegen unzulässiger staatlicher Tatprovokation kann dagegen wohl erst im Rahmen einer Hauptverhandlung aufgeklärt werden.⁷¹

Beiden prozessualen Lösungswegen kommt zudem die in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf geforderte Disziplinierungswirkung⁷² zu. Die Aussicht, im Rahmen einer unzulässigen Provokation neben den nicht verwertbaren Beweisen für die provozierte Tat zufällig auch verwertbare Beweise für andere Taten zu gewinnen, nimmt den Strafverfolgungsbehörden weitgehend den Anreiz zu einem systematischen Einsatz unzulässiger Praktiken. Ebenso werden die Strafverfolgungsbehörden von unzulässiger Tatprovokation absehen, wenn ihr Zweck, die Überführung des Täters in einem Strafverfahren, wegen des Eingreifens eines Verfahrenshindernisses vereitelt wird.⁷³

Insgesamt erweisen sich die jeweils angeführten Argumente damit als austauschbar und demnach unergiebig; sie sprechen zwingend weder für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots noch für die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses.

b) Grenzen der Herleitung von Verfahrenshindernissen von Verfassungs wegen

Zur Beantwortung der Frage, ob sich die prozessuale Lösung eines Verfahrenshindernisses (von Verfassungs wegen) schonend in das bestehende deutsche System einpasst, ist also ein weiterer, bislang kaum berücksichtigter Aspekt einzubeziehen: Er betrifft systemimmanente Grenzen der Herleitung von Verfahrenshindernissen von Verfassungs wegen. Grund-

Sache, verlangt vielmehr umgekehrt, dass die Sache gehört, mithin eine Verhandlung über die der Anklage zugrunde liegende Straftat abgeführt wird. Da aber ein Verfolgungshindernis just dies verhindern würde, erscheint es als Ausgleich für eine in der Bestimmung eines Straftäters durch verdeckte Ermittler gelegene, dem Staat zurechenbare Unfairness nicht sachgerecht.“

⁷⁰ Vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 61), § 21 Rn. 9 ff.

⁷¹ Vgl. *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, Vorb. zu §§ 48 ff. Rn. 80. Zuzugeben ist allerdings, dass sich ein Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen bereits seiner Natur nach von den einfachrechtlichen Verfahrenshindernissen unterscheidet, sodass die Forderung nach formaler Gleichheit aller Verfahrenshindernisse ohne Rücksicht auf ihre Herkunft nicht überzeugen kann; *Hillenkamp*, NJW 1989, 2846; vgl. auch *Waßmer*, ZStW 115 (2006), 187.

⁷² Vgl. oben bei Fn. 49.

⁷³ So ausdrücklich auch EB RV, 1058 BlgNR, XXV. GP, S. 7: „Es kann davon ausgegangen werden, dass ein solches Verfolgungshindernis Verstößen gegen § 5 Abs. 3 StPO vorbeugt, weil der Anreiz [Überführung des Verleiteten] weitgehend entfallen würde.“

sätzlich sind der Strafprozessordnung – wie der 2. *Strafsenat* des BGH zu Recht betont⁷⁴ – unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Verfahrenshindernisse nicht fremd.⁷⁵ Ein Rückgriff hierauf muss möglich sein, wenn eine Fortsetzung des Verfahrens entgegen dem Rechtsstaatsprinzip allein zu einer Vertiefung von Grundrechtsverstößen führen würde⁷⁶ und das Strafverfahrensrecht in solchen extrem gelagerten Fällen keine Möglichkeit zur Verfahrensbeendigung zur Verfügung stellt.⁷⁷ Aus dem „ultima ratio“-Gedanken folgt auch, dass ein solches Verfahrenshindernis nur bei irreparablen Rechtsverletzungen eingreifen kann.⁷⁸ Vorrangig sind die Einsatzmöglichkeiten einfachrechtlicher Institute zu prüfen.⁷⁹

Das bedeutet, dass die Herleitung eines Verfahrenshindernisses von Verfassungs wegen scheitert, wenn das Strafverfahrensrecht wirksame Mechanismen bereithält, die einen Rechtsverstoß kompensieren. Zu berücksichtigen ist, dass der Strafprozessordnung zahlreiche nicht explizit normierte Beweisverwertungsverbote zu entnehmen sind.⁸⁰ Positivierte Beweisverwertungsverbote sind dagegen die Ausnahme.⁸¹ Die „ultima ratio“ eines Verfahrenshindernisses von Verfassungs wegen käme demnach nur in Betracht, wenn der Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots bei unzulässiger staatlicher Tatprovokation zwingende Hindernisse entgegenstünden. Ein umfassendes Beweisverwertungsverbot wird

⁷⁴ Vgl. oben bei Fn. 42.

⁷⁵ Z.B. bei überlanger Verfahrensdauer; vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.9.2000 – 2 BvL 6/00 = NStZ 2001, 261; BVerfG, Beschl. v. 5.2.2003 – 2 BvR 327/02 u.a. = NJW 2003, 2228; BGH, Urt. v. 25.10.2000 – 2 StR 232/00 = NJW 2001, 1146.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.11.1983 – 2 BvR 121/83 = NStZ 1984, 128: „[...] in [bestimmten] Fällen [kann] eine so erhebliche Verletzung des Rechtsstaatsgebots im Strafverfahren festzustellen sein, daß [...] eine Fortsetzung des Verfahrens rechtsstaatlich nicht mehr hinnehmbar ist“; BGH, Urt. v. 25.10.2000 – 2 StR 232/00 = NJW 2001, 1146 (1148); vgl. auch *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841 (2846).

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.11.1983 – 2 BvR 121/83 = NStZ 1984, 128; *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841 (2847), spricht von einer „Subsidiarität gegenüber in ihren sachlichen Voraussetzungen gegebenen und verfassungsrechtlich ausreichenden einfachrechtlichen Reaktionsformen geringeren Wirkungsgrades“.

⁷⁸ *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841 (2847); *Scheffler*, JZ 1992, 137; *Waßmer*, ZStW 115 (2006), 188.

⁷⁹ Beispielsweise kann auf eine Ausspähung der Verteidigung mit einer Befangenheitsablehnung gegen die Richter und der Auswechslung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft reagiert werden; durch eine großzügige Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ könnte Beweismanipulationen wirksam begegnet werden; die Anwendung von unzulässigen Vernehmungsmethoden zieht ein Beweisverwertungsverbot (§ 136a Abs. 3 StPO) nach sich; vgl. LG Berlin, Urt. v. 28.1.1991 – (518) 2 P KLRs 8/75 (35/89) = StV 1991, 371 (391 ff.); vgl. auch *Scheffler*, JZ 1992, 137.

⁸⁰ Vgl. *Beulke* (Fn. 67), Rn. 457; vgl. auch *Roxin/Schünemann* (Fn. 61), § 24 Rn. 22.

⁸¹ Vgl. z.B. § 136a Abs. 3 StPO.

jedoch erstens den Vorgaben des EGMR gerecht. Zweitens greifen die hiergegen eingewandten Bedenken (wie dargestellt)⁸² im Ergebnis nicht durch. Es spricht damit vieles dafür, dass die Rückgriffsmöglichkeit auf ein Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen aus rechtssystematischer Sicht versperrt ist.⁸³ Jedenfalls de lege lata dürfte für Deutschland von den vorgeschlagenen prozessualen Kompensationsmethoden nur der Lösungsweg über ein Beweisverwertungsverbot gangbar sein.

2. Systemkompatibilität des materiellen Lösungswegs: Anerkennung eines Strafausschließungsgrunds

Alternativ erscheint auf Ebene des materiellen Rechts die Annahme eines Strafausschließungsgrunds bei unzulässiger staatlicher Tatprovokation denkbar, die in Deutschland – im Gegensatz zu Österreich⁸⁴ – allerdings kaum noch diskutiert wird.⁸⁵ Der 2. Strafsenat des BGH verwirft sie mit der knappen Bemerkung, dass die Annahme eines gesetzlich nicht geregelten Strafausschließungsgrunds keine anerkannte dogmatische Kategorie darstelle.⁸⁶ Allerdings dürfte sich eine solche Konstruktion im Grundsatz nicht weiter vom Gesetztext entfernen als die Annahme eines nicht positivierten Verfahrenshindernisses bzw. eines ungeschriebenen Beweisverwertungsverbots. Der „nullum crimen“-Grundsatz zwingt nur dazu, die Voraussetzungen der Strafbarkeit gesetzlich niederzulegen; er lässt ungeschriebene Ausschlussgründe zu, die einer Strafbarkeit entgegenstehen. Eine abschließende Regelung im Strafgesetz, unter welchen Voraussetzungen ein Täter straffrei bleibt, erscheint demnach nicht unbedingt notwendig.⁸⁷

Auch in Bezug auf materielle Strafausschließungsgründe sind die rechtstheoretischen Grundlagen noch weitgehend

ungeklärt. Die positivierten Strafausschließungsgründe tragen teilweise besonderen Konfliktlagen Rechnung (so bei §§ 139 Abs. 3, 173 Abs. 3, 258 Abs. 5, 6 StGB; sog. entschuldigungsnahe Strafausschließungsgründe).⁸⁸ In diesem Sinne wird zur Begründung eines materiellen Strafausschließungsgrunds bei unzulässiger Tatprovokation in der Literatur vereinzelt auf das Fehlen eines realen Entscheidungsfreiraums verwiesen.⁸⁹ Da staatlicher Verführer und der Verlockte als Privatperson in ihrem Status abweichen, sei letzterer „nicht Subjekt einer strafbaren Handlung, sondern Figur in einem wegen der Initiierung des staatlichen Provokateurs künstlichen Kontakt“.⁹⁰ Tatsächlich dürfte eine strukturelle Unterlegenheit des Provozierten zum einen aus der Zugehörigkeit des Provokateurs zur staatlichen Sphäre wie auch aus dessen überlegenem Wissen folgen. Diese Instrumentalisierung bedeutet allerdings noch keine Unfreiheit; es besteht lediglich ein faktisches Machtgefälle, jedoch kein Autonomieverlust auf Seiten des Provozierten,⁹¹ da der bestehende staatliche Auftrag gerade verheimlicht wird: Der Provokateur tritt wie ein gleichrangiger „Partner“ auf, sodass sich der Provozierte nicht „durch die Autorität“ des Provokateurs zur Tatbegehung „veranlaßt sehen kann“.⁹² Eine besondere Konfliktlage dürfte demnach nicht vorliegen.

Neben die entschuldigungsnahe Strafausschließungsgründe treten solche, die aus einem außerstrafrechtlichen Aspekt heraus straffrei stellen; hierzu zählt beispielsweise die in Art. 46 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerte Indemnität.⁹³ Auf dieser Linie liegen Begründungsansätze, die auf das Fehlen der für eine Verurteilung erforderlichen Distanz beim an der Straftatbegehung beteiligten Staat abheben:⁹⁴ Eine unzulässige staatliche Tatprovokation bewirke a priori einen Verstoß gegen den Grundsatz auf ein faires Verfahren.⁹⁵ Da im Anschluss keine Möglichkeit mehr bestehe, das Verfahren fair zu gestalten, seien gerade nicht prozessuale, sondern materiell-rechtliche Aspekte betroffen; es fehle be-

⁸² Vgl. oben unter III. 1. a).

⁸³ Vgl. auch *Scheffler*, JZ 1992, 137 (138), der allerdings ausdrücklich ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung fordert, dass auch die Verwertung von Zufallsfunden ausschließen würde: „Sofern man ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung beim unzulässigen Lockspitzeinsatz anerkennt, wäre [...] kaum noch Raum für die Annahme eines Prozeßhindernisses.“

⁸⁴ Vgl. *Cernusca*, Stellungnahme 45/SN-171/ME, S. 2 f.; *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 215; vgl. auch *Wiederin*, in: *Fuchs/Ratz* (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, 205. Lfg., Stand: 2014, § 5 Rn. 134 m.w.N.

⁸⁵ Zuletzt v. *Danwitz*, *Staatliche Straftatbeteiligung*, 2005, S. 222 ff.; *I. Roxin*, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße*, 4. Aufl. 2004, S. 223.

⁸⁶ Vgl. oben bei Fn. 42.

⁸⁷ Dementsprechend sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (z.B. die rechtfertigende Pflichtenkollision) und Entschuldigungsgründe (z.B. der übergesetzliche entschuldigende Notstand) anerkannt; vgl. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 2 und 31. Im materiellen Strafrecht wird zudem eine verfassungskonforme teleologische Reduktion akzeptiert; vgl. BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01 = NJW 2004, 1305.

⁸⁸ *Paeffgen* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2013, Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 299; vgl. auch *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, Kap. 21 Rn. 11 ff.

⁸⁹ v. *Danwitz* (Fn. 85), S. 225.

⁹⁰ v. *Danwitz* (Fn. 85), S. 223.

⁹¹ So auch *Sinn/Maly*, *NStZ* 2015, 382. Vgl. auch *Dann*, *Staatliche Tatprovokation*, 2006, S. 285: „Tatprovokation macht die Zielperson nicht unfrei, sich für oder gegen das Recht zu entscheiden.“

⁹² Vgl. BGH, *Beschl. v. 13.5.1996 – GStt 1/96 = NJW* 1996, 2941.

⁹³ Zur Wahrung der Unabhängigkeit des Parlaments und seiner Abgeordneten ist es grundsätzlich unmöglich, Abgeordnete wegen ihres parlamentarischen Verhaltens mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu überziehen (§ 36 StGB); vgl. *Frister* (Fn. 88), Kap. 21 Rn. 2.

⁹⁴ So ausdrücklich *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 215.

⁹⁵ EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94 (*Teixeira de Castro v. Portugal*), Rn. 39: „[...] right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial“.

reits an einem Bestrafungsrecht des Staates.⁹⁶ Dem kann zunächst entgegengehalten werden, dass der EGMR selbst auf die Möglichkeit prozessualer Kompensationsmethoden (z.B. „exclusion of evidence“) hinweist. Seine Rechtsprechung zwingt nicht zu einer Lösung auf Ebene des materiellen Rechts; sie schließt eine solche allerdings auch nicht aus. Gegen die Anerkennung eines materiellen Strafausschlussgrunds wird zudem angeführt, dass der staatliche Strafanspruch nicht durch Nachlässigkeiten einzelner dem Staat zurechenbarer Akteure verwirkbar sei. Insgesamt fuße die Argumentation auf dem durch die zivilistische Begrifflichkeit geprägten Missverständnis, beim Strafanspruch handele es sich überhaupt um ein disponibles Recht.⁹⁷ Ob diese eher auf formaler Ebene angesiedelten Einwände letztlich restlos überzeugen können, erscheint fraglich, zumal der Verwirrungsgedanke als Ausprägung des *Grundsatzes* von Treu und Glauben einer Korrektur im Hinblick auf übergeordnete Wertungsgesichtspunkte zugänglich sein dürfte.⁹⁸ Jedenfalls zeigt die Existenz von materiellen Strafausschlussgründen, dass in bestimmten Konstellationen – trotz rechtswidriger und schuldhafter Begehung einer Straftat – auf Bestrafung verzichtet werden kann. Im Ergebnis kann mit systematischen Erwägungen die Lösung eines materiellen Strafausschlussgrunds bei unzulässiger Tatprovokation also wohl nicht zwingend abgelehnt werden.

3. Hinreichende Berücksichtigung des aus der EMRK abzuleitenden Verfolgungszwangs

Gegen die Anerkennung eines materiellen Strafausschlussgrunds (und im Übrigen auch eines Verfahrenshindernisses, unabhängig davon, ob es einfachgesetzlich geregelt oder unmittelbar aus der Verfassung hergeleitet würde) spricht aber Folgendes: Angesichts des aus der EMRK abzuleitenden Verfolgungszwangs⁹⁹ ist im Fall provozierte Gewalttaten eine gewisse Flexibilität der Reaktionsform erforderlich. Dem genügt die starre Rechtsfolge eines Strafausschlussgrunds oder eines Verfahrenshindernisses nicht.¹⁰⁰ Bei Vorliegen einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation müsste ein materieller Strafausschlussgrund ungeachtet des Umstands eingreifen, dass die in Aussicht genommene Straftat gegen hochrangige Individualrechtsgüter gerichtet ist, da sich Strafausschlussgründe durch einen

⁹⁶ Fuchs, ÖJZ 2001, 497. Auch I. Roxin (Fn. 85), S. 223, ist der Ansicht, dass in den Fällen unzulässiger Tatprovokation ein staatlicher Strafanspruch niemals entstanden sei.

⁹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.5.1984 – 1 StR 148/84 = NJW 1984, 2300 (2301); Foth, NJW 1984, 221.

⁹⁸ Beispielsweise ist anerkannt, dass die bereicherungsrechtliche Saldotheorie „aus übergeordneten Gesichtspunkten der Billigkeit“ nicht zulasten eines Minderjährigen Anwendung finden darf. Insoweit scheidet die Berufung auf Treu und Glauben am „Vorrang des Schutzes von Minderjährigen“, vgl. OLG München BeckRS 2007, 00778; vgl. auch AG Jena, NJW-RR 2001, 1469 (betr. Schwarzfahrt eines Minderjährigen).

⁹⁹ Vgl. oben unter I. 2.

¹⁰⁰ So auch Kinzig, StV 1999, 292.

„apodiktischen“ Gehalt auszeichnen.¹⁰¹ Auch ein Verfahrenshindernis beendet den Prozess „ohne Wenn und Aber“. Die Notwendigkeit einer Abwägung unterschiedlicher Gesichtspunkte ist den Verfahrenshindernissen wesensfremd.¹⁰² Insoweit verfängt auch das Argument des 2. *Strafsenats* des BGH nicht, dass die Abwägungsfeindlichkeit von Verfahrenshindernissen mangels Spielraums zurückstehen müsse.¹⁰³ Denn im Hinblick auf Gewaltdelikte belässt die EMRK nicht nur Raum für eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Verstoßes und der Schwere des Delikts; zumindest bei schweren Gefährdungen oder sogar Beeinträchtigungen des Rechts auf Leben, der körperlichen Unversehrtheit und der sexuellen Selbstbestimmung zwingt die EMRK sogar zu einer angemessenen Strafverfolgung.

Dagegen kann die Verfolgungspflicht, wie sie der Konvention in Bezug auf Straftaten gegen die hochrangigen Individualrechtsgüter der Art. 2, 3 und 8 EMRK immanent ist, mit Annahme eines Beweisverwertungsverbots im Rahmen der Abwägungslehre¹⁰⁴ konsequent nachvollzogen werden. Insoweit ist gerade auch die Schwere des Tatvorwurfs zu berücksichtigen. Bei schwerwiegenden Delikten besteht ein Vorrang der Strafverfolgungsinteressen gegenüber den durch die Beweisführung beeinträchtigten Interessen des Beschuldigten. In einer solchen Konstellation muss ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf Beweismittel für die unzulässigerweise provozierte Straftat abgelehnt werden, um den völkerrechtlichen Verpflichtungen zu genügen.

IV. Fazit

Mithilfe des flexiblen Instruments eines Beweisverwertungsverbots kann die Rechtsprechung des EGMR konsistent und schonend in das nationale System integriert werden. Dies gilt umso mehr, wenn entsprechend den Empfehlungen des Berichts der Expertenkommission¹⁰⁵ das Verbot rechtsstaatswidriger Tatprovokation in Deutschland erstmals gesetzlich verankert werden sollte.¹⁰⁶ Denn im Fall einer rechtswidrigen Beweiserhebung wird grundsätzlich in erster Linie ein (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot angedacht.¹⁰⁷ Dementsprechend erscheint auch der Ansatz des österreichischen

¹⁰¹ Paeffgen (Fn. 88), Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 299b. A.A. wohl Fuchs, ÖJZ 2001, 497, der im Fall der Provokation von Straftaten gegen „zentrale Rechtsgüter des Einzelnen“ keinen materiellen Strafausschlussgrund anerkennen will, freilich ohne die Grundlagen eines solchen „Strafausschlussgrund[s] eigener Art“ näher zu erläutern.

¹⁰² Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 14 Rn. 25; Volk, StV 1986, 36.

¹⁰³ Vgl. oben bei Fn. 47.

¹⁰⁴ Vgl. zur Abwägungslösung BVerfG, Beschl. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87 = NJW 1990, 563 (564); Roxin/Schünemann (Fn. 61), § 24 Rn. 30; vgl. für Österreich Roeder, ÖJZ 1974, 345; Schmoller, in: Fuchs/Ratz (Fn. 84), § 3 Rn. 58.

¹⁰⁵ Fn. 5.

¹⁰⁶ Zu ersten Vorschlägen siehe Tyszkiewicz (Fn. 58), S. 210 und Schmidt (Fn. 30), Teil 3, D.

¹⁰⁷ Vgl. Roxin/Schünemann (Fn. 61), § 24 Rn. 21.

Ministerialentwurfs gegenüber demjenigen der Regierungsvorlage als vorzugswürdig – allerdings mit der Maßgabe, dass (da die Rechtsprechung des EGMR im Grundsatz ein umfassendes Beweisverwertungsverbot verlangt) als „sonstige gewichtige Beweisergebnisse“, die einen Schuldspruch auch bei unzulässiger Tatprovokation ermöglichen, nur solche in Betracht kommen, die eine gegen hochrangige Individualrechtsgüter gerichtete Straftat betreffen (bzw. Zufallsfunde für andere Straftaten darstellen).