

# Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>1</sup>

Die Entscheidung des BGH vom 18.11.1999<sup>2</sup> zur polizeilichen Tatprovokation

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln  
Strafverteidiger Forum, Heft 5, Mai 2000, S. 150-154

*Der BGH hatte die Gelegenheit, sich mit aktuellen Bewertungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur rechtsstaatlichen Zulässigkeit polizeilicher Tatprovokation auseinanderzusetzen. Was ein großer historischer Wurf hätte werden können, blieb in Halbherzigkeiten und Inkonsequenzen stecken. Mit ausreichendem Optimismus lassen sich den Ausführungen des Bundesgerichtshofs allerdings einige Hinweise entnehmen, die Bewegung in einer seit fast 20 Jahren völlig festgefahrenen Diskussion der Rechtsprechung zum Lockspitzeinsatz signalisieren.*

■ 1. Bemerkenswert ist die Entscheidung in ihrem offensichtlichen Bemühen, Vorgaben in Entscheidungen des EGMR gerecht zu werden. Sie markiert eine Wende in einer bislang geübten Vermeidungsstrategie, die Bewertungen aus Straßburg zum Umgang mit V-Leuten zu umgehen.

Mögliche Vorgaben des EGMR hatten bis in die jüngste Vergangenheit hinein allerdings nur die Frage thematisiert, ob die Anonymisierung von Zeugen dem in Absatz 3d des Artikel 6 MRK verbrieften Recht des Angeklagten entsprach, „Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter den selben Bedingungen wie der Belastungszeuge zu erwirken“. Das eher in den angelsächsischen Vorstellungen des Strafprozesses wurzelnde unmittelbare Fragerecht des Angeklagten und seiner Verteidigung ist vom Gerichtshof traditionell als maß-

gebliches prozessuales Grundrecht verteidigt worden. Völlig unabhängig von der V-Mann-Problematik hatte der Gerichtshof im Falle Unterpertinger<sup>3</sup> die Verurteilung eines Angeklagten für konventionswidrig erachtet, die maßgeblich auf der Verwertung von Vernehmungsprotokollen von Zeugen beruhte, die ihrerseits in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machten und daher zu einer Befragung durch den Angeklagten selbst niemals zur Verfügung standen. Im Fall Windisch<sup>4</sup> betonte der Gerichtshof die Bedeutung dieses Rechts im Hinblick auf den Grundsatz, dass eine Beweiserhebung stets mit Blickrichtung auf eine kontradiktorische Argumentation durchzuführen sei. Gerade dies setze voraus, dass der Angeklagte nicht nur Kenntnis von der Identität des Belastungszeugen haben müsse, um seine grundsätzliche Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Er oder sein Verteidiger müssen auf jeden Fall die Chance halten, durch direkte Befragung und „direkte Beobachtung“<sup>5</sup> Anhaltspunkte für die Glaubhaftigkeit der Aussage zu erlangen. Selbst wenn ein berechtigtes Interesse an einer Anonymisierung der Zeugen bestünde, so hat der Gerichtshof stets dem Fragerecht den Vorrang in einem fairen Prozess eingeräumt.

Der Gerichtshof nahm hier erstmalig Differenzierungen zwischen berechtigtem polizeilichen Erkenntnisinteresse und deren Verwertung im Strafprozess vor. Die Konvention schließe es nicht aus – so heißt es in der Entscheidung Windisch –, dass sich die Polizei im Ermittlungsstadium auf Quellen wie anonyme Informanten stütze, „die nachfolgende

Verwertung von deren Angaben durch das erkennende Gericht, um eine Verurteilung zu begründen, ist jedoch eine andere Sache.“ Sowohl im Fall Kostovski<sup>6</sup> als auch im Fall Lüdi<sup>7</sup>, die beide auch in der Bundesrepublik veröffentlicht wurden, waren ausdrücklich Strafurteile gegen provozierte Angeklagte für konventionswidrig erklärt worden, weil diese niemals Gelegenheit hatten, die sie belastenden polizeilichen V-Leute unmittelbar zu befragen.

Im Fall van Mechelen<sup>8</sup> betont der Gerichtshof, dass im Hinblick auf die überragende Bedeutung des Fragerechts gerade das Anonymisierungsinteresse polizeilicher Zeugen im besonderen Maße zurückzutreten habe, da diesen eine besondere Pflicht zur Tragung der mit der Zeugenaussage verbundenen Gefahren obliege.

In den wenigen vorliegenden Entscheidungen des BGH in den 90iger Jahren zu Artikel 6 Abs. 3d MRK lässt sich durchgehend das Bemühen erkennen, sich unter Berufung auf Besonderheiten des zu entscheidenden Einzelfalles nicht umfassend zur Straßburger Rechtsprechung äußern zu müssen. Während zunächst<sup>9</sup> behauptet wurde, es könne dahingestellt bleiben, ob es sich bei den verdeckten Ermittlern überhaupt um den angesprochenen Zeugen im Sinne des Artikel 6 Abs. 3d MRK handele, ist dies später vom BGH in Einklang mit Straßburg positiv formuliert worden: Die polizeilichen V-Leute sind Zeugen im Sinne dieser Vorschrift, auch wenn sie ihre Angaben nicht in der Hauptverhandlung gemacht haben<sup>10</sup>. Gerade in der zitierten Entscheidung hatte die Revision des Angeklagten gerügt, dass ein von ihr vorbereiteter Fragenkatalog dem anonymen V-Mann nicht vorgelegt worden war.

Es scheint eine Präzisierung der Revisionen von Angeklagten für die Zukunft notwendig zu sein, um die Vermeidungsstrategie des Bundesgerichtshofs zur Frage der Anonymisierung zu durchbrechen. Es führt kein Weg daran vorbei, dass allein die Möglichkeit des Vorlegens eines Fragenkatalogs an den ano-

nymen V-Mann weit hinter den Vorgaben aus Straßburg zurückbleiben. Als Beleg sei die mehr als 10 Jahre alte Entscheidung Kostovski zitiert. Dort hatte gerade die Verteidigung das Recht, dem anonymen V-Mann indirekt durch einen Untersuchungsrichter schriftliche Fragen vorlegen zu lassen.

*„Dennoch war die Natur und das Ausmaß der Fragen, die auf diese Weise gestellt werden konnten, beträchtlich eingeschränkt im Hinblick auf die Entscheidung, dass die Anonymität der Urheber der Aussagen gewahrt werden sollte.“* Der Fragenkatalog war somit gerade kein Ersatz für die konfrontative Befragung. Noch deutlicher wird dies im Fall Mechelen. Hier befanden sich die anonymen polizeilichen Zeugen und der sie vernehmende Richter in einem separaten Raum, zu dem die Angeklagten und auch deren Verteidiger keinen Zugang hatten. Die gesamte Verständigung erfolgte über eine Tonverbindung. Somit war der Verteidigung nicht nur die Identität des Polizeizeugen unbekannt, sondern es wurde ihr auch die Möglichkeit genommen, deren Verhalten bei der direkten Vernehmung zu beobachten und somit ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen. Diese extreme Einschränkung des Rechts der Angeklagten auf eine Zeugenaussage in ihrem Beisein wurde vom Gerichtshof nicht akzeptiert<sup>11</sup>.

Wenn weder Fragenkataloge noch auf die reine Akustik beschränkte Befragungen dem Recht des Angeklagten auf unmittelbare Befragung entsprechen, haben die Verteidiger in Deutschland nach wie vor jede Veranlassung, die Berechtigung der Beschränkung des Fragerechts zu kritisieren und auch in deutschen Gerichtsälen die Vorstellung des EGMR von der Effektivität einer Zeugenbefragung zu verdeutlichen. Dabei geht dies Recht weit über die formale Befragung hinaus und berührt die prozessuale Verteidigungslage insgesamt. Es geht nicht nur um Fragen und Antworten, vielmehr macht die Rechtsprechung des Gerichtshofs deutlich, dass ein fairer Prozess Informationen der Verteidigung voraussetzt, die die Möglichkeit der Widerlegung von belastenden Zeugenaussagen eröffnet. Der Entzug solcher Informationen - und hier ist die

Anonymisierung des V-Mannes nur ein Teilaspekt – widerspricht diesem Prinzip<sup>12</sup>. Die Dynamik der Wechselwirkung zur Vorgaben der Rechtsprechung aus Straßburg erscheint noch lange nicht erschöpft.

■ 2. Eine neue Dimension der Beeinflussung bundesdeutscher V-Mann-Praxis durch eine europäische Rechtsprechung leitete der Fall *Teixeira de Castro* ein, der im vergangenen Jahr in jeweils unterschiedlichen Übersetzungen im Strafverteidiger<sup>13</sup>, in der *NStZ*<sup>14</sup> sowie in der *EuGRZ*<sup>15</sup> veröffentlicht worden war. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof in Straßburg zum ersten Mal Gelegenheit, sich zu den grundsätzlichen Fragen polizeilicher Tatprovokation zu verhalten. Es ging nicht – wie in früheren Entscheidungen – um mittelbare Fragen der Beweisverwertung oder des Fragerechts im Prozess, problematisch war vielmehr die grundsätzliche Frage des fair trial, des gerechten Strafverfahrens (Art.6 Abs.1 S.1 MRK).

### **Die Konstellation des Falles war klassisch:**

Zwei verdeckt agierende portugiesische Rauschgiftfahnder gelangten über einen weiteren Mittelsmann an Herrn *Teixeira de Castro*. Sie gaben sich als Kaufinteressenten von 20 Gramm Heroin zu erkennen und ließen in einem ersten Gespräch eine Rolle mit Banknoten sehen. Herr *Teixeira de Castro*, der bislang nicht vorbestraft war, gegen den keinerlei Erkenntnisse hinsichtlich einer möglichen Tatgeneigtheit vorlagen, erklärte sich zu dem Deal bereit und besorgte über Umwege exakt die bestellten 20 Gramm. Bei der Übergabe wurde er verhaftet. Das Gericht verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt dieses Verfahren für unfair und entschädigte *Teixeira de Castro* für jeden einzelnen Tag der von ihm verbüßten Haft.

In seiner Begründung bekundet der Gerichtshof seinen vollen Respekt vor den Notwendigkeiten besonderer polizeilicher Maßnahmen, die möglicherweise durch neue Formen ins-

besondere der Rauschgiftkriminalität erforderlich sein mögen. Im Gegensatz zu der bekannten Argumentationslinie der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung, begründeten polizeiliche Notwendigkeiten für den Gerichtshof keinesfalls die Einschränkung von Verteidigungsrechten im Strafprozess. Im Gegenteil: In einer demokratischen Gesellschaft nimmt das Recht auf eine ordnungsgemäße Rechtspflege einen so herausragenden Platz ein, dass es (polizeilichen) Zweckmäßigkeitserwägungen nicht geopfert werden darf. Die allein auf die prozessuale Fairness bezogene Analyse des Gerichtshofes fällt simpel aus: Das Eingreifen von Polizeibeamten, deren Tätigkeit über das bloß verdeckte Beobachten hinaus geht und die zu einer Straftat angestiftet haben, die ohne ihr Eingreifen nicht begangen worden wäre, sowie die Verwertung dieses Eingreifens im Strafverfahren haben bewirkt, dass Herr *Teixeira de Castro* „ab initio und endgültig kein faires Verfahren hatte.“

Die Entscheidung enthält keine konkreten Kriterien, die diesen Verstoß gegen den Grundsatz des fair trial von noch hinnehmbaren Beeinflussungen abgrenzen könnte. Der Gerichtshof beschränkt sich darauf, wie es in diesen Fällen üblich ist, eine Kollektion von Einzelgesichtspunkten nebeneinander zu stellen, die jedenfalls in ihrer Gesamtheit den Konventionsverstoß belegen. So betont der Gerichtshof beispielsweise die Illegalität des Vorgehens der Polizeibeamten, die keinesfalls im Rahmen einer richterlich angeordneten oder überwachten Maßnahme tätig wurden. Darüber hinaus wird das Fehlen jeglichen Verdachtsmoments vor der Provokation ebenso betont wie die Tatsache, dass Herr *Teixeira de Castro* sich ausschließlich im Rahmen der Kaufanfrage hielt. Auch wenn es nicht die Aufgabe des Gerichtshofes ist, Konsequenzen aus Konventionsverletzungen auf spezielle nationale rechtliche dogmatische Strukturen umzumünzen, auch wenn Begriffe wie Beweisverbote oder Verfahrenshindernisse in den Entscheidungen des Gerichtshofes keine Erwähnung finden können, so macht diese Leitentscheidung doch die Diver-

genzen zu den überkommenden Bewertungsstrukturen der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung mehr als deutlich. Alle Kommentare, die im letzten Jahr zu dieser Entscheidung veröffentlicht wurden, waren sich zumindest darin einig, dass dies zwangsläufig eine Veränderung der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Folge haben müsse<sup>16</sup>.

■ 3. Nachdem noch das Bayerische oberste Landesgericht in einer allerersten Reaktion im Juni vergangenen Jahres<sup>17</sup> die Vermeidungsstrategie einschlug und in einem Provokationsfall behauptete, auf die Rechtsprechung des EGMR schon deswegen keine Rücksicht nehmen zu müssen, weil in dem von ihm zu entscheidenden Fall ein Geständnis des Angeklagten vorlag, kam die Antwort des Bundesgerichtshofs schneller als erwartet. Mit einem außergewöhnlichen Begründungsaufwand versuchte der erste Senat in einer Entscheidung vom 18.11.1999 Konsequenzen aus der Entscheidung Teixeira de Castro für die rechtliche Einordnung der V-Mann-Problematik in Deutschland zu ziehen.

Im Ergebnis will der erste Senat auch nach den Straßburger Vorgaben keinen Zentimeter von der Struktur der Strafzumessungslösung abweichen. Verfahrenshindernisse oder generelle Beweisverbote werden endgültig zu den Akten einer allenfalls noch historisch relevanten Diskussion gelegt. Ausnahmslos jeder Provozierte soll in einem Strafverfahren verurteilt werden. Die Umstände der Provokation sollen ihren Niederschlag lediglich in den Strafzumessungsgründen finden. Im Detail differenziert der BGH aber die überkommene Lösung und gibt einen Kurs vor, der an völlig unbekanntem Ufern enden könnte.

■ 4. Zunächst wird die V-Mann-Problematik formalisiert, indem jedem Tatrichter auferlegt wird, den Verstoß gegen Artikel 6 Absatz 1 Satz MRK durch eine polizeiliche Tatprovo-

kation ausdrücklich in den Urteilsgründen festzustellen und im Zusammenhang mit der Strafzumessung das Maß der Kompensation für diese Verletzung gesondert zum Ausdruck zu bringen. Trotz der Beibehaltung des viel kritisierten dogmatischen Ausgangspunkts ist allerdings nicht zu verkennen, dass der 1. Senat offensichtlich von der Erwägung getragen wurde, inhaltlich eine veränderte Bewertung der Strafwürdigkeit des Handelns eines Provozierten einzuleiten. Bei dem zu entscheidenden Fall ging es um die Übergabe von einem Kilogramm Kokain, für das das Landgericht eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verhängt hatte. In Konsequenz der Urteilsabwägungen hat der 1. Senat nach Aufhebung dieses Urteils von der in Revisionsverfahren möglichen Verhängung der im Gesetz vorgesehenen Mindeststrafe von drei Monaten ausdrücklich deswegen abgesehen und die Sache zurückverwiesen, um ggfls. dem Tatrichter die Festsetzung einer Geldstrafe oder einer Verwarnung mit Strafvorbehalt zu ermöglichen. Der höchstrichterliche Hinweis auf dramatische Korrekturen im Strafzumessungsbereich ist unübersehbar. Ebenso augenfällig ist allerdings die Gefahr, dass die hier aufgezeigte beispielhafte Strafzumessung im Einzelfall schnell in Vergessenheit gerät und der Tatrichter sich in dem nach wie vor kaum kontrollierbaren Bereich der Strafzumessung in bereits bekannter Weise einrichtet.

■ 5. Etwas zwiespältig erscheint die Konzentration der Entscheidung auf die Wechselwirkung von MRK und StPO. So sehr die intensive Auseinandersetzung mit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu begrüßen ist, so muss die darin enthaltene Tendenz skeptisch stimmen, die V-Mann-Problematik maßgeblich dem Regelungsbereich des Artikel 6 Abs. 1 MRK zuzuordnen. Wer nach jahrzehntelanger intensiver Diskussion um die Grenzen des Rechtsstaats nur noch den „konventionswidrigen Lockspitzeinsatz“ thematisiert, setzt sich dem Verdacht aus, bedenkenswerte sachliche

Erwägungen auf dem Abstellgleis einer in der Praxis eher als exotisch angesehenen Rechtsquelle zu relativieren. Wenn durch die staatliche Tatprovokation der Grundsatz des fair trial verletzt ist, sind die verfassungsrechtlichen Implikationen unübersehbar. Wenn sich – wie dies das Bundesverfassungsgericht<sup>18</sup> häufig betont hat – der Grundsatz des fairen Verfahrens unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes ableiten lässt, hätte sich auch eine Diskussion um die strafprozessuale Konsequenzen von Verfassungsverletzungen aufgedrängt.

■ 6. Eine positive Nachricht gilt es zu vermelden. Die Entscheidung hat die Formulierung von der Unverzichtbarkeit und Gebotenheit des Lockspitzeinsatzes zur Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität aus dem Standard-Satzbaukasten des BGH gestrichen. In den letzten 20 Jahren gehörte es zum Ritual jeder Entscheidung zum V-Mann, diese Konzession an die angeblichen operativen polizeilichen Notwendigkeiten zur Begründung ihrer Integrierung in den Strafprozess aufzunehmen. Wir haben bislang an keiner Stelle gelesen, dass sich der BGH ungefragt zur Effektivität irgendwelcher polizeilicher Einsatzmittel geäußert oder gar aus dieser Effektivität flugs auf deren Zulässigkeit geschlossen hätte. Die Fundierung von Prozessdenken auf polizeiliche Strategiebedürfnisse hatte der EGMR bereits in früheren Entscheidungen zur unzulässigen Anonymisierung von Polizeiinformanten im Strafprozess als grundsätzlichen Irrweg gekennzeichnet<sup>19</sup>. Die Vermeidung von Standardformulierungen durch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung könnte ein erster Schritt in dieselbe gedankliche Richtung sein.

Nach wie vor scheint sich aber der Senat in der Tradition des Rechtfertigungsdrucks für alle polizeilichen Maßnahmen gebunden zu fühlen und empfindet – hieraus resultierend – eine nicht zu überwindende Hemmschwelle, staatliches Unrecht auch tatsächlich als solches zu bezeichnen. Zu registrieren bleibt,

dass der BGH die Entscheidung zum Anlass genommen hat, die etwas verworrene Diskussion der Rechtsprechung um Inhalt und Grenzen der staatlich hinzunehmenden Tatprovokation aufzuarbeiten und in nachvollziehbare Bahnen zu lenken.

Die bisherige Rechtsprechung hat unermüdlich betont, dass tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel nur innerhalb durch das Rechtsstaatsprinzip gezogener Grenzen hingenommen werden könne. Der Verlauf dieser Grenzlinie war immer ein Mysterium. Zwar wurden stets Kriterien angeführt, wie z.B. bereits bestehende Verdachtsmomente gegen den Provozierten oder Art, Intensivität und Zweck der Einflussnahme des Lockspitzels oder das Ausmaß des „Mitmachens“ des Angeklagten. Die Anwendung im Einzelfall verwischte aber die Konturen von den Vorstellungen eines unzulässigen Lockspitzel Einsatzes. Der BGH entdeckte keine Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen, obwohl nach tatrichterlichen Feststellungen beispielsweise die Polizei um jeden Preis versuchte, durch Machenschaften eine Verurteilung des Angeklagten herbeizuführen<sup>20</sup>. Auch bei vollständig fehlendem Anfangsverdacht sollte schon dann kein rechtsstaatlich bedenklicher Verstoß vorliegen, wenn die Einwirkungsbearbeitung der Polizei keine ausreichende Nachhaltigkeit entfaltet<sup>21</sup>. Eine solche Nachhaltigkeit wurde sogar verneint, als ein Provokateur über sechs Monate lang wöchentlich verlockende Angebote dem sich widersetzenden Angeklagten unterbreitete<sup>22</sup>. Zwar wurden in der jüngeren Rechtsprechung im Falle massiver Provokationseinwirkungen durch Nötigung, Schläge oder Todesdrohungen gegenüber der Familie des Angeklagten Provokationen ausnahmsweise auch als unzulässig bezeichnet<sup>23</sup>. Die Notwendigkeit einer ernsthaften Differenzierung zwischen zulässiger und unzulässiger Tatprovokation war jedoch spätestens dann nicht mehr gegeben, als die Rechtsprechung seit Mitte der 80iger Jahre jede Tatprovokation als schuldunabhängigen strafmildernden Umstand anerkannte<sup>24</sup>. Ohne dass dies ausgesprochen wurde, erübrigte sich damit im Rahmen der Strafzumessungs-

lösung die Notwendigkeit einer exakten Grenz-  
ziehung zwischen zulässiger und unzulässiger  
Tatprovokation.

Hier zieht der BGH nunmehr die Konsequenzen. Die tradierten Abgrenzungskriterien haben keinen entscheidenden Stellenwert mehr. Die Strafzumessungslösung kommt beim BGH nunmehr eher als eine Kompensations-Lösung daher. Unabhängig von den als müßig erkannten Fragen rechtsstaatlicher Grenzen der Tatprovokation ist den neuen Leitlinien des BGH zu entnehmen, dass jede wie auch immer geartete Provokation ausnahmslos einen Strafmilderungsgrund des Angeklagten zur Folge hat. Die Details der Provokation sind zwar nicht irrelevant. Sie haben nach wie vor ihre Bedeutung als Einzelfaktoren der Strafzumessung. Sie werden aber nicht mehr herangezogen, um ein denkbares Gesamtbild der unzulässigen Tatprovokation von einer zulässigen Variante abzuschichten.

■ 7. Scheint diese Lösung zumindest durch Einfachheit, Klarheit und Konsequenz zu imponieren, verwirrt der BGH durch den Versuch einer begrifflichen Neuorientierung der Provokation. War bislang allenfalls fraglich, was eine zulässige und was eine unzulässige Tatprovokation ist, verlagert der BGH die Suche nach Abgrenzungen und problematisiert nach der konsequenten Berücksichtigung jeder Tatprovokation erstmalig die Frage, welcher Sachverhalt überhaupt eine Provokation darstellt. Keine Tatprovokation soll vorliegen, wenn der Provokateur „*einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser BtM beschaffen könne*“. Das Bedürfnis, allabendliche polizeiliche Praxis in Diskotheken in vollem Umfang zu legitimieren und dabei die Vorgaben des Straßburger Gerichtshofes schlicht zu ignorieren, ist durchschaubar. Der Versuch, dies dogmatisch zu begründen, muss als gescheitert angesehen werden. Die Kausalitätsfragen der Animierung lassen sich durch keine Bagatellisierung wegdiskutieren. Die Provokation

liegt immer dann vor, wenn die polizeiliche Animierung erfolgreich ist – auch bei einem sehr schnellen Erfolg. Gerade der Fall des Herrn Texeira de Castro, der nur ein einziges Mal von den Provokateuren angesprochen wurde, belegt anschaulich die Unhaltbarkeit der These des Bundesgerichtshofs. Für die Eröffnung einer neuen Diskussion besteht kein Bedarf. Kausalitätsfragen sind im Zusammenhang mit dem Anstiftungstatbestand seit langem geklärt.

■ 8. Klärungsbedürftig erschien dem BGH ein anderer Komplex: die möglichen Verdachtsmomente gegen den Provozierten, die das Einschreiten des Lockspitzels ausgelöst haben. Wenn in der Entscheidung des BGH noch in der überkommenen Terminologie an wenigen Stellen von zulässiger und unzulässiger Provokation die Rede ist, bezieht sich dies ausnahmslos auf die Frage des berechtigten Anlasses.

Entwickelt wurden die aktuellen Bewertungen der Provokation sowohl in Straßburg als auch in Karlsruhe an dem Modellfall, in dem einem Angeklagten weder ein Tatverdacht noch eine wie auch immer geartete Tatneigung nachgewiesen werden konnte. Da der BGH sich getrieben sieht, eine Abgrenzung zu anderen Konstellationen eines berechtigten Lockspitzel-einsatzes vornehmen zu können, versucht er eine Klarstellung hinsichtlich der Rechtsgrundlagen, anhand derer der Lockspitzel-einsatz zu messen ist. Mit erfreulicher Deutlichkeit wird die Tatprovokation dem Regelungsbereich der Polizeigesetze und den damit verbundenen unüberschaubaren Gefahren entzogen. Trotz präventiver Rechtfertigungselemente lässt der BGH keinen Zweifel, dass die rechtliche Bewertung des Einsatzes eines Lockspitzels nur straf- und strafverfahrensrechtlichen Vorschriften zu entnehmen ist. Die gezielte Provokation einer Straftat diene nicht mehr der Gefahrenabwehr, sie sei vielmehr darauf gerichtet, potentielle Straftäter bei einer Straftat zu ergreifen und der Strafverfolgung zuzuführen. Das Ziel eines V-

Mannes sei daher von vornherein repressiver Natur.

Wer danach eine Antwort auf die bislang ungeklärte Frage erwartet, welche Rechtsgrundlage als Ermächtigungsnorm für den polizeilichen Einsatz von Tatprovokateuren herangezogen werden könnte, wird enttäuscht. Die unhaltbare Situation<sup>25</sup> des Eingriffs in Bürgerrechte ohne gesetzliche Ermächtigung und der höchstrichterlichen Sprachlosigkeit finden auch in der aktuellen Entscheidung ihre wenig rühmliche Kontinuität. Der Hinweis auf die „*anerkannte Zielsetzung*“ des kriminalitätsbekämpfenden Einsatzes von Provokateuren kaschiert nur dieses Defizit.

Misst man – auch ohne Suche nach ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlagen – der Frage eines Anfangsverdachts bei der Provokation einen entscheidenden Stellenwert zu, muss sich die Suche nach gesetzlichen Anhaltspunkten konsequenterweise auf die Strafprozessordnung beschränken. Dies konzidiert auch der BGH und weist ausdrücklich auf die Minimalvoraussetzung staatlicher Ermittlungstätigkeit in den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO hin: Kein polizeiliches Handeln ohne einen Anfangsverdacht. Ohne große Umwege befindet sich der BGH dann allerdings plötzlich inmitten des Dilemmas, das schon die literarische Diskussion des neunzehnten Jahrhunderts beim Einsatz des Provokateurs ausgemacht hatte. Besteht der Tatverdacht einer notwendigerweise bereits in der Vergangenheit geschehenen Straftat, ist es die Aufgabe des Ermittlers, den Beschuldigten insoweit zu überführen. Die Veranlassung einer neuen Straftat vermag zur Überführung einer vergangenen regelmäßig wenig beizutragen. Die Provokation ist und bleibt schlichter Gesinnungstest.

Dies sieht auch der BGH und wird zur Lösung der Problematik in einer bemerkenswert rechtsschöpferischen Weise tätig. Die Tatprovokation soll nur dann gesetzlich gedeckt sein, wenn sie „*gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den § 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer be-*

*reits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein.*“ Die Formulierung macht deutlich, dass der zunächst vermittelte Eindruck, unter Hinweis auf die StPO nun in der V-Mann-Problematik festen gesetzlichen Boden unter den Füßen zu haben, eine Schimäre ist. Mit der kaum zu begründenden Einführung einer analogen Anwendung des gesetzlichen Tatverdachts auf eine nicht näher definierte Tatgeneigtheit sind Unklarheiten der rechtsstaatlichen Provokationsbewertung lediglich verschoben worden.

■ 9. Die Entdeckung des neuen Problems ist m.E. schlicht überflüssig. Der erweiterte Begriff des Tatverdachts stellt der letzte dogmatische Standort für die Rechtsprechung dar, sich zur Zulässigkeit der Tatprovokation zu äußern. Die Abgrenzung strafmildernder unzulässiger Tatprovokation (ohne Anfangsverdacht) von einer zulässigen Provokation, die bei der Strafzumessung nicht zu berücksichtigen wäre, wird der Vielfalt der denkbaren Anlasssituationen für den Einsatz von V-Leuten nicht gerecht. Auch bei nachvollziehbarer Tatgeneigtheit und damit der Bejahung eines Anfangsverdachts sind selbstverständlich Auftritte von Provokateuren vorstellbar, die die Umsetzung der Tatbereitschaft eines Angeklagten in eine reale Tat in einem schuld mindernden Kontext erscheinen läßt. Es ist kein Grund ersichtlich, die Provokation in diesem Fall als strafmilderndes Zumessungskriterium auszublenden.

Aus Sicht der Strafzumessungslösung ist nicht nur die Frage des Anfangsverdachts irrelevant. Vielmehr hat jedwede Diskussion um die Zulässigkeit der Tatprovokation ausgedient, die sich auf die Dimension prinzipieller rechtsstaatlicher Probleme bezieht. Letztlich hatte die Befassung der Strafrichter mit diesem Grundsatzproblem nur das Ziel, Verfahrenshindernisse oder pauschale Beweisverbote zu negieren und einen Strafprozess in diesen Fällen erst zu ermöglichen. Ist der Weg für einen Prozess aber mit ganz ande-

rem Begründungsansatz geebnet, entfällt jede Notwendigkeit, im Rahmen des Prozessierens und bei der Suche nach einer angemessenen strafrechtlichen Reaktion Grenzgebiete zwischen zulässiger und unzulässiger Provokation zu erforschen.

■ 10. Nach wie vor steht diese – sinnvoller Weise durch den Gesetzgeber zu leistende – grundsätzliche Klärung aus. Die Kompensationslösung der Rechtsprechung ist das Signal für eine Einzelfallgerechtigkeit. Es wäre daher nur konsequent, den Unzuträglichkeiten des jeweiligen Einzelfalles nachzuspüren, statt eine gerechte Kompensation durch dogmatische Unzulänglichkeiten wie z.B. fragwürdige Analogien zu belasten. Vorgaben für Radikallösungen wie Verfahrenshindernisse dürfen wir weder aus Straßburg noch aus Karlsruhe erwarten. Wenn Verteidiger neue Leitlinien des BGH aufgreifen wollen, dann u.a. den Gedanken der Rechtsprechung, dass staatliches Provokationsunrecht – jedenfalls bei der Strafzumessung – quantitativ meßbar ist. Hier liegt auch die Chance von kritischen Strafverteidigern, die neuen Ansätze der Rechtsprechung zu nutzen. In jedem einzelnen Fall haben wir das Ausmaß widersprüchlichen staatlichen Verhaltens im Gerichtssaal in allen Schattierungen zu dokumentieren.

Es ist unverkennbar, dass auch in Richterkreisen das Unbehagen an der Etablierung einer Unterweltpolizei wächst. Das Nachdenken über untragbare Folgen der Provokation ist angestoßen. Gerichte suchen wieder nach gesetzeskonformen Lösungen. Die neue Wegstrecke ist noch holprig, aber gerade das Verlassen eingefahrener Spuren gilt es nach der jüngsten Entscheidung des BGH als Fortschritt zu konstatieren.

Fortschrittlich ist auch der zweite wichtige Aspekt dieser Entscheidung in ihrer unmittelbaren Bezugnahme auf ein – Deutschland nicht betreffendes – Verdikt des Europäischen

Gerichtshofes für Menschenrechte. Über die Konventionsverpflichtung des Art.46 MRK

hinaus, der nur der „Partei“ eines Rechtsstreits die Befolgung eines Urteils des Gerichtshofs auferlegt, akzeptiert der BGH eine allgemeine Vorgaben-Kompetenz der Straßburger Rechtsprechung. Dies untermauert eine jahrzehntelange Hoffnung, dass sich im modernen Computerzeitalter eines demokratischen und rechtsstaatlichen Europas zwei unterschiedliche Rechtsprechungssysteme doch als kompatibel erweisen könnten.

- 1 Auszüge eines am 11.3.2000 auf dem 24. Strafverteidigertag in Würzburg gehaltenen Referats
- 2 Strafverteidiger 2000, S. 57 ff
- 3 EuGRZ 1987, S. 147 ff
- 4 ÖJZ 1991, S. 25
- 5 s. Fall Kostovski, Strafverteidiger 1990, S. 481 ff
- 6 Strafverteidiger 1990, S. 481 ff
- 7 EuGRZ 1992, S. 300 ff
- 8 StraFo 1997, S. 239 ff
- 9 BGH Strafverteidiger 1991, S. 101
- 10 BGH Strafverteidiger 1993, S. 171
- 11 StraFo 1997, S. 240
- 12 s. hierzu ausführlich Krauß, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention (1999), S. 88 ff
- 13 Strafverteidiger 1999, S. 127
- 14 NStZ 1999, S. 47
- 15 EuGRZ 1999, S. 660
- 16 s. Kempf, Strafverteidiger 1999, S. 127 ff.; Sommer NStZ 1999, S. 47 ff.; Kinzig, Strafverteidiger 1999, S. 288ff
- 17 NStZ 1999, S. 527 f
- 18 BVerfGE 26, 66, 71; 70, 297, 308
- 19 s. Fall Windisch, ÖJZ 1991 S. 25; Fall Kostovski, Strafverteidiger 1990, S. 481 ff
- 20 BGH St 33, 283
- 21 BGH Strafverteidiger 1981, S. 392
- 22 BGH NJW 1984, S. 2300
- 23 BGH Strafverteidiger 1995, S. 364 f
- 24 BGH NStZ 1986, S. 162
- 25 s. schon Fischer/Maul NStZ 1992, S. 9