

**(Umfassendes) Beweisverwertungsverbot bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation**

EGMR, Urt. v. 25.3.2015/23.10.2014 – 54648/09 DE (F./. Deutschland) – NStZ 2015, 412 m. Besprechung *Sinn/Maly*, NStZ 2015, 379

**I. Sachverhalt (verkürzt)**

Der Beschwerdeführer war Geschäftspartner und Freund des S, gegen den ein Ermittlungsverfahren wegen Rauschgifthandels anhängig war, bei dem auch der Einsatz von fünf verdeckten Ermittlern (VE) gegen S und andere Tatverdächtige vom Amtsgericht genehmigt worden war. Gegen den Beschwerdeführer bestand zu diesem Zeitpunkt keinerlei Verdacht bzgl. der Begehung von Straftaten. Um einen Kontakt zu S herzustellen, nahmen zwei der VE, P und D, mit dem Beschwerdeführer Kontakt auf und gaben vor, an Immobiliengeschäften interessiert zu sein. Im Rahmen von Besichtigungsterminen stellte schließlich der Beschwerdeführer, nachdem ein VE angab, über einen Schmuggel-LKW zu verfügen, Kontakt zwischen den VEs und S zum Zwecke des Zigaretten Schmuggels her. Nachdem am 23.1.2008 einer der VEs gegenüber dem Beschwerdeführer geäußert hatte, der Zigaretten schmuggel lohne sich angesichts der geringen Gewinnerwartung nicht, gab der Beschwerdeführer zu erkennen, dass er selbst, S und andere auch mit Kokain und Amphetaminen handeln würden. Der Beschwerdeführer wolle sich nicht direkt am Handel beteiligen, sondern nur Provision kassieren. Die VEs zeigten sich an Transport und Kauf der Betäubungsmittel interessiert.

Am 1.2.2008 erklärte der Beschwerdeführer gegenüber einem VE, der ihn angerufen hatte, er habe kein Interesse mehr an anderen Geschäften, als dem Betrieb seines Restaurants. Daraufhin besuchte der VE den Beschwerdeführer und zerstreute dessen Bedenken hinsichtlich einer zu erwartenden Freiheitsstrafe und dessen Misstrauen gegenüber den VEs. Daraufhin beteiligte sich der Beschwerdeführer in zwei Fällen am Rauschgifthandel mit erheblichen Mengen Amphetamin (insgesamt 260 kg) und Kokain (40 g).

Das LG Aachen verwertete in dem Urteil, mit dem es den Beschwerdeführer zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilte, u.a. zwei verletzte Aussagen der VE. Es wertete zwar die „Verleitung“ des Beschwerdeführers zu Straftaten durch die VEs als strafmildernd, ging jedoch nicht von einer „Anstiftung“ durch die VEs aus, weil diese jeweils abgewartet hätten, bis der Beschwerdeführer von sich aus den ersten Schritt gemacht habe. Eine ausdrückliche Feststellung einer konventionswidrigen Tatprovokation nahm das LG nicht vor.

**II. Entscheidungsgründe**

Zunächst stellt der Gerichtshof seine st. Rspr. zum Thema konventionswidrige Tatprovokation dar. Wird der EGMR mit einem solchen Fall befasst, prüft er, ob materiell-rechtlich eine derartige Provokation vorgelegen hat (sog. Substantive test of incitement). Eine konventionswidrige Tatprovokation – und damit ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK – liegt nach der Rspr. des EGMR vor, wenn die Polizei sich nicht auf eine „weitgehend passive Strafermittlung“ beschränkt, sondern die betroffene Person zu Straftaten verleitet, die sie andernfalls nicht begangen hätte, mit dem Zweck die Begehung einer Straftat festzustellen. Grund für den Konventionsverstoß ist dann, dass die Aufgabe der Polizei die Verhinderung und Aufklärung von Straftaten ist, nicht deren Provokation.

Ob die beteiligten VEs sich „weitgehend passiv“ und damit zulässig verhalten haben, hängt von zwei Kriterien ab. Zunächst prüft der Gerichtshof, ob es objektive Anhaltspunkte dafür gab, dass die betroffene Person verdächtig war, an Straftaten beteiligt zu sein oder zumindest tatgeneigt zu sein, bevor sie von den VEs kontaktiert wurde. Zusätzlich prüft der EGMR, ob von den VEs Druck auf den Betroffenen ausgeübt wurde, Straftaten zu begehen (z.B. Erregung von Mitleid, Köderung durch überhöhte Marktpreise, Kontaktaufnahme geht von VEs aus, Beharren auf einem einmal abgelehnten Angebot etc.).

Im konkreten Fall geht der Gerichtshof davon aus, dass der Beschwerdeführer weder tatverdächtig noch tatgeneigt war, als die VEs Kontakt mit ihm aufnahmen. Daran ändert sich aus Sicht des EGMR auch dadurch nichts, dass der Beschwerdeführer nach der Kontaktaufnahme von sich aus illegale Geschäfte angesprochen bzw. angeboten habe. Denn für den Zeitpunkt zur Bestimmung von Tatverdacht oder Tatgeneigtheit kommt es auf den Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme an.

Der EGMR bejaht darüber hinaus auch die Ausübung von Druck durch die VEs, weil der Beschwerdeführer am 1.2.2008 die Beteiligung an illegalen Geschäften gegenüber einem VE ausdrücklich abgelehnt hatte und dieser ihn anschließend zur weiteren Beteiligung überredet hatte.

Rechtsfolge eines Konventionsverstoßes muss aus Sicht des EGMR sein, dass die innerstaatlichen Behörden (in diesem Fall das LG) einen Konventionsverstoß ausdrücklich feststellen und Wiedergutmachung leisten. Als Wiedergutmachung komme – so der EGMR nunmehr ausdrücklich – in Fällen konventionswidriger Tatprovokation nur die vollständige Ausschließung aller durch die Provokation erlangten Beweismittel in Betracht oder ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen in Betracht. Ausdrücklich weist der EGMR noch darauf hin, dass selbst eine erhebliche Strafmilderung (Strafzumessungslösung des BGH) kein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen in diesem Sinne ist.

Der EGMR bemängelt deshalb, dass das LG weder einen Konventionsverstoß ausdrücklich festgestellt habe, noch durch die bloße Berücksichtigung der Provokation im Rahmen der Strafzumessung ausreichende Wiedergutmachung geleistet habe.

Der Gerichtshof stellt daher eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK fest.

### III. Problemstandort

Entscheidungen zur Tatprovokation haben in letzter Zeit Konjunktur in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (zuletzt BVerfG sowie der 1. und der 2. Strafsenat des BGH). Der EGMR erteilt in seiner Entscheidung der Strafzumessungslösung des BGH eine klare Absage. Denkbar bleibt eine Lösung über ein Verfahrenshindernis (wie zuletzt von BVerfG und 2. Strafsenat in besonders krassen Fällen bejaht) oder ein Beweisverwertungsverbot. Das vom EGMR in diesem Zusammenhang geforderte „umfassende“ Beweisverwertungsverbot wirft die Frage nach einer etwaigen Fernwirkung auf. Das BVerfG hat in einer Entscheidung, die nach Abfassung der englischen Version des hier besprochenen Urteils ergangen ist, ein Beweisverwertungsverbot ohne Fernwirkung zumindest angedacht. Da in der dortigen Konstellation das Landgericht aber einen Konventionsverstoß ausdrücklich festgestellt hatte und neben einer erheblichen Strafrezidierung auch die Erkenntnisse der VEs nur zur Untermauerung des Konventionsverstoßes herangezogen hatte, kann diese Rechtsfrage noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden. Unabhängig davon eignet sich das Thema gut für eine strafprozessuale Zusatzfrage in der Ersten Staatsprüfung oder für eine Revisionsklausur in der Zweiten Staatsprüfung.