

## **Keine Strafzumessungslösung nach rechtsstaatswidriger Tatprovokation**

*EGMR, Urteil v. 15.10.2020 – Akbay and Others v. Germany, Rs. 40495/15, 37273/15, 40913/15*

### **I. Sachverhalt (verkürzt)**

Im September 2009 entstand gegen den nicht vorbestraften A. der Anfangsverdacht, er handle in seinem Berliner Café mit Heroin. Ab November 2009 setzte das LKA Berlin eine aus dem kriminellen Milieu stammende Vertrauensperson (VP) auf A. an. Im Februar 2010 behauptete VP gegenüber A., dank eines bestechlichen Hafentarbeiters einen sicheren Einfuhrweg für Heroin über Bremerhaven zu kennen. A. wollte mit Heroin nichts zu tun haben, Haschisch oder Kokain seien aber etwas anderes – er wolle sich einmal bei seinen Kontakten umhören.

Nachdem von A. nichts kam, beauftragten die Ermittler die VP im Mai 2010 mit einer aktiveren Herangehensweise. VP konkretisierte gegenüber A. seine Kontakte nach Bremerhaven, stellte hohen Gewinn in Aussicht und verlangte für sich sowie den Hafentarbeiter jeweils 50.000,- € Provision. Anfang August 2010 trafen sich VP und A. mit dem Hafentarbeiter, der tatsächlich ein Verdeckter Ermittler (VE) war. A. war beeindruckt und behauptete wahrheitswidrig, seine Kontakte in Südamerika würden den Transport nun vorbereiten. Bei einem weiteren Treffen im Oktober 2010 machte A. Zusicherungen zu Lieferscheinen, Übergabeort und der ersten Hälfte der Provisionszahlung. Im Februar 2011 musste A. gegenüber VP einräumen, dass dies alles nicht klappen werde. VP setzte A. nun unter Druck und „packte ihn bei der Ehre“.

Im April/Mai 2011 fuhren A. und sein Bekannter So. in die Niederlande, um günstig arabischen Wasserpfeifentabak zu kaufen. Dabei erzählte A. einem niederländischen Bekannten des So. von der Bremerhavener Einfuhrmöglichkeit. Der Niederländer bot an, sich um Kontakte nach Südamerika zu bemühen. Bei weiteren Treffen vereinbarten A., der Niederländer und wohl zwei Südamerikaner eine Containerlieferung von ca. 100 kg Kokain, wovon 16 kg für A. sein sollten. Zwischen Mai und August 2011 bereiteten A., VP und VE die Einfuhr vor. Dabei besichtigten sie eine „Bunkerwohnung“ und einen Kleintransporter – beides von den Ermittlern besorgt und gestellt. Am 17. August 2011 traf das Schiff mit dem Kokain ein, das ein weiterer Bekannter des A., der U., nach Berlin transportieren sollte. Am Folgetag wurde U. beim Verladen in der Bunkerwohnung festgenommen; A. und weitere Beteiligte wurden andernorts verhaftet.

Das LG Berlin stellte eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation und eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK fest, berücksichtigte dies aber lediglich bei der Strafzumessung und sprach A., So. und U. verschiedener BtM-Delikte schuldig. Die Revision zum BGH und eine dortige Anhörungsrüge blieben erfolglos; drei Verfassungsbeschwerden wurden vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. A. verstarb im Juli 2015. Im August 2015 erhoben seine Witwe, So. und U. Individualbeschwerden vor dem EGMR. Nur So. verlangte gerechte Entschädigung i.H.v. 40.700,- € sowie Ersatz seiner Anwaltskosten.

### **II. Entscheidungsgründe**

Zunächst hatte der EGMR zur klären, ob die Individualbeschwerde der Witwe des A. nicht schon mangels Beschwerdebefugnis nach Art. 34 EMRK unzulässig ist. Die Witwe hat jedoch ein moralisches Interesse an der Wiederherstellung der Reputation ihres verstorbenen Mannes. Außerdem besteht bezüglich der Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein allgemeines Interesse an der „Achtung der Menschenrechte“. Daher ist die Witwe ausnahmsweise beschwerdebefugt.

In der Begründetheit prüft der EGMR den Vorwurf der Tatprovokation im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK in zwei Stufen: zunächst „materiell“ das Vorliegen einer Tatprovokation als solcher, dann „prozessual“ die Folgen, welche die nationalen Gerichte aus einer Tatprovokation gezogen haben.

Gegenüber A. und So., nicht jedoch U., haben die Ermittler die Grenzen einer im Wesentlichen passiven Verfolgung kriminellen Verhaltens überschritten und derartigen Einfluss auf die Verdächtigen ausgeübt, dass sie diese zu einer ansonsten nicht begangenen Tat anstifteten, um gerade diese Tat nachweisen und verfolgen zu können. Dabei kann eine Tatprovokation wie bei So. auch indirekt erfolgen, (i) wenn für die Ermittler vorhersehbar ist, dass der von ihnen direkt provozierte Verdächtige eine andere Person kontaktieren und einbeziehen wird, (ii) wenn die Aktivitäten dieser anderen Person auch vom Ermittlerverhalten bestimmt werden und (iii) wenn die nationalen Gerichte diese andere Person als Komplize bewerten. Der Tatbeitrag des U. war nicht ausreichend vom Ermittlerverhalten bestimmt worden.

Prozessual erteilt der EGMR der Strafzumessungslösung (erneut) eine klare Absage. Damit ein Verfahren nach einer Tatprovokation, für deren Nichtvorliegen nach einer nicht völlig unplausiblen Einlassung des Beschuldigten übrigens der Staat die Beweislast trägt, fair im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK bleibt, müssen alle daraus erlangten Beweismittel ausgeschlossen oder eine Prozedur mit gleichartigen Folgen angewendet werden. Dies betrifft alle Beweise, die im Zusammenhang („link“) mit der ein unfaires Verfahren begründenden Tatprovokation stehen. Auch das Geständnis einer provozierten Tat kann weder die Tatprovokation noch ihre Folgen ausmerzen. Niemand darf für kriminelles Verhalten, das aus einer staatlichen Tatprovokation resultierte, bestraft werden. Selbst eine erhebliche Strafreduktion ist daher keine einem Beweisverwertungsverbot vergleichbare Prozedur. Daher wurde das Recht von A. und So. auf ein faires Verfahren verletzt.

Der EGMR spricht So. gerechte Entschädigung i.H.v. 18.000,- € sowie Ersatz seiner Anwaltskosten zu; die Witwe des A. hatte keine Forderungen nach Art. 41 EMRK geltend gemacht.

### **III. Problemstandort**

Die Tatprovokation ist wohl das prüfungsrelevanteste potentielle Verfahrenshindernis im Strafprozess. Daneben sollten die Rechtsgrundlagen des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern sowie deren mögliche eigene Straffälligkeit bekannt sein. Ebenfalls relevant ist, ob Beschuldigte in diesem Kontext qualifiziert belehrt werden müssen und dass die Nichtladung einer Vertrauensperson in der Hauptverhandlung die Konfrontationsmöglichkeiten der Verteidigung einschränkt. Zuletzt ist an eine Wiederaufnahme des nationalen Verfahrens nach § 359 Nr. 6 StPO zu denken.