Florian Gottschalk*

Verfahrenshindernis bei Tatprovokation durch Lockspitzel? Staatliche Tatprovokationen im Lichte der Rechtsprechung des EGMR

Abstract

Am 4.11.2011 löste sich der als Zwickauer Terrorzelle bekannt gewordene Nationalsozialistische Untergrund (NSU) durch einen öffentlichkeitswirksamen Zerstörungsakt selbst auf. Spätestens mit diesem Tag sehen sich, wie auch schon im Rahmen des im Jahre 2003 durch das *BVerfG* eingestellten NPD-Verbotsverfahren, erneut staatliche Behörden dem Vorwurf ausgesetzt, von ihnen eingesetzte V-Leute seien in kriminelle Machenschaften verwickelt gewesen.

Dieser Beitrag befasst sich mit der unter anderem in diesem Zusammenhang auftretenden komplexen Problematik staatlich initiierter Tatprovokationen. Dabei sorgen neben einem kontroversen Meinungsstand vor allem die Entscheidungen des *EGMR* für neuen Diskussionsbedarf, sodass das Problem staatlicher Tatprovokationen nach wie vor und nicht nur angesichts der derzeitigen medialen Präsenz von höchster Aktualität und Diversität gekennzeichnet ist.

---

* Der Beitrag ist im Seminar „Das deutsche Strafrecht im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)" bei PD Dr. *Ken Eckstein* an der Universität Augsburg entstanden. Ganz herzlicher Dank gilt Herrn PD Dr. *Ken Eckstein*, der die Veröffentlichung und Überarbeitung umfassend unterstützt hat, sowie Frau *Akad. Rätin Isabel Kratzer-Ceylan*.

I. Einführung

Missbilligte das *Reichsgericht* vor knappen hundert Jahren noch jegliches Handeln von Beamten „in gefährlicher Weise zum Verbrechen anzulocken",[1] so gehören staatlich provozierte Straftaten heutzutage zum festen Repertoire vor allem im Kampf gegen das organisierte Verbrechen.[2] Dabei nahm diese Art der verdeckten Ermittlung seit ihrem Beginn in den 1970er Jahren teilweise „[g]eradezu absurd[e]" Formen an.[3] Unbescholtene Bürger wurden in kriminelle Machenschaften verwickelt, friedlich Demonstrierende zu gewalttätigem Verhalten angestiftet und Bürger auf ihr Pflichtbewusstsein getestet. Doch ist ein solches Vorgehen überhaupt rechtlich zulässig? Wo liegen die Grenzen und wie sind diese zu bestimmen? Und welche Konsequenzen ergeben sich im Falle einer Grenzüberschreitung? Dieser Beitrag widmet sich der Beantwortung jener Fragen unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).*

Nach einer allgemeinen Einführung in die Problematik des Lockspitzeleinsatzes unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihrer Entscheidungsinstanz *(EGMR)* widmet sich der erste Schwerpunkt dieses Beitrags der Zulässigkeit staatlicher Tatprovokationen. Ausgehend von den verschiedenen Auffassungen wird anhand einer Analyse der aufgeworfenen rechtlichen Probleme die Grenze zwischen unzulässigen und zulässigen Tatprovokationen erörtert. Zweiter Schwerpunkt dieses Beitrags ist die Bestimmung der Rechtsfolgen von Lockspitzeleinsätzen. Durch eine Gegenüberstellung der verschiedenen Lösungsansätze wird insbesondere die Frage geklärt, ob der Einsatz eines agent provocateur ein Verfahrenshindernis begründen kann.

1. EMRK und *EGMR*

Die EMRK ist als völkerrechtlicher Vertrag seit ihrer Ratifizierung im Jahre 1953 ein unmittelbar geltendes einfaches Bundesgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG).[4] Die Einhaltung der EMRK gewährleistet der in Straßburg ansässige *EGMR*, der mit jährlich über 40.000 Beschwerdeeingängen mehr und mehr die Rolle eines europäischen Verfassungsgerichts übernimmt.[5]

Aufgrund ihres einfachgesetzlichen Ranges kommt der EMRK, wie auch das *BVerfG* ausdrücklich festgestellt hat,[6] kein Verfassungsrang zu.[7] Bei der Auslegung

1 RG Entscheidung vom 20. Januar 1912; vgl. auch *Cobler* Catch-as-catch-can bei der Strafverfolgung? Spiegel 45/1985, S. 133.
2 *Cobler* (Fn. 1), S. 133.
3 *O. A.* Geradezu absurd: Unter Erfolgsdruck verleiten Ermittler und V-Leute der Polizei immer häufiger unbescholtene Bürger zu Rauschgiftdelikten, Der Spiegel, 28/1995, S. 69 f.
4 *Schädler* in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung 6. Aufl., MRK Vorb Rn. 4.
5 *Meyer-Ladewig* Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar 2. Aufl., Einleitung Rn. 7.
6 BVerfGE 10, 271 (274); 64, 74, 102 (128); 111, 307 (317).
7 *Grabenwarter/Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention 5. Aufl. (2012), § 3 Rn. 6.

deutschen Rechts sind die Gerichte jedoch um Völkerrechtsfreundlichkeit bemüht, sodass insbesondere Inhalt und Reichweite von Grundrechten auch anhand der EMRK und der Rechtsprechung des *EGMR* zu bestimmen sind.[8]

2. Der Lockspitzel

Als Lockspitzel (auch agent provocateur genannt) ist jede verdeckt und im Auftrag des Staates arbeitende Person zu verstehen, die sich nicht auf die bloße Gewinnung von Informationen beschränkt, sondern schon im Vorfeld eine spätere Tatbegehung unmittelbar beeinflusst.[9]

Schwerpunktmäßig kommen Lockspitzel vor allem im Kampf gegen jegliche Form des organisierten Verbrechens zum Einsatz, wozu insbesondere die Drogenkriminalität und der illegale Waffenhandel gehören.[10] Abgesehen davon wird mit staatlichen Tatprovokationen versucht, vermutete Deliktsfortführungen zu verhindern, Serienstraftäter zu überführen, Ermittlungsergebnisse abzusichern sowie den Normgehorsam der Bürger zu überprüfen. Einen Sonderfall dürften darüber hinaus die der Diskreditierung extremer politischer Oppositionen dienenden Lockspitzeleinsätze bilden, wie sie etwa im NPD-Verbotsverfahren in Erscheinung traten.[11]

Ziel jedes Lockspitzeleinsatzes ist letztlich, mithilfe einer staatlich kontrollierten Tatbegehung eine möglichst umfassende Beweislage zur Überführung des Täters zu schaffen.

3. Straflosigkeit

Inwiefern der Lockspitzel selbst strafrechtlich zu belangen ist, stellt ein eigenes Problemfeld von enormer Reichweite dar und kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erörtert werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle aber darauf, dass Tatprovokationen regelmäßig als Teilnahmehandlung i. S. v. § 26 oder § 27 StGB einzustufen sind, eine Strafbarkeit nach überwiegender Auffassung aber mangels Vorsatzes hinsichtlich der Vollendung der Straftat oder der Verletzung eines Rechtsguts ausscheidet.[12]

4. Leitentscheidungen

Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene hatten sich die Gerichte schon diverse Male mit der Problematik von Lockspitzeleinsätzen zu beschäftigen. Maßgebliche Bedeutung erlangten vor allem die Strafzumessungsentscheidung des

8 *Meyer-Ladewig* (Fn. 5), Einleitung Rn. 29.
9 *Ott* Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren, Die deutsche Rechtsordnung und die Rechtslage nach der EMRK in einer rechtsvergleichenden Betrachtung (2008), S. 158.
10 *Kühne* Strafprozessrecht 8. Aufl. (2010), Rn. 537.
11 *Dann* Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht (2005), S. 42 ff.
12 *Ott* (Fn. 9), S. 158; *Wessels/Beulke* Strafrecht Allgemeiner Teil 40. Aufl. (2010), Rn. 573.

BGH, die Einstellung des NPD-Verbotsverfahrens durch das *BVerfG* sowie der Fall Teixeira de Castro vor dem *EGMR*.

a) BGH

Den Wendepunkt in der Rechtsprechung des *BGH* stellt das durch den 2. Strafsenat gem. § 137 GVG angestrengte Vorlageverfahren vor dem Großen Senat für Strafsachen aus dem Jahre 1985 dar, in dem sich der 2. Strafsenat von der Annahme eines Verfahrenshindernisses verabschiedete und sich der Ansicht des 1. Strafsenats anschloss, Tatprovokationen allein im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.[13] Das Urteil des 1. Strafsenats aus dem Jahre 1984 gilt seitdem als Leitentscheidung zur Beurteilung unzulässiger Lockspitzeleinsätze.[14] Auch in seiner aktuellsten Entscheidung vom 21.1.2009 hält der *BGH* selbst bei Vorliegen konkludenter Drohungen seitens des Lockspitzels an seiner Strafzumessungslösung fest.[15]

b) BVerfG

2003 entschied das *BVerfG* aufgrund der Erkenntnis, dass die NPD mit V-Leuten des Verfassungsschutzes durchsetzt war, das 2001 von Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat in Gang gesetzte Verbotsverfahren einzustellen. Auch wenn nur drei der sieben Richter zu dem Ergebnis kamen, dass die Beobachtung einer politischen Partei durch V-Leute in hochrangigen Parteipositionen ein Verfahrenshindernis begründe, was aufgrund dieser Sperrminorität zur Einstellung des Verfahrens genügte, so waren sich die Richter doch insoweit einig, als dass ein Verfahrenshindernis direkt aus der Verfassung, insbesondere einem Verstoß gegen rechtsstaatliche Prinzipien gefolgert werden könne.[16]

c) EGMR

Die Entscheidung im Fall Teixeira de Castro gegen Portugal gilt als Leitentscheidung des *EGMR*. Der Gerichtshof sah in der Provokation eines Unverdächtigen zum Verkauf von 20g Heroin einen Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens und folgerte hieraus die Straffreiheit des Provozierten.[17] Diese Auffassung bestätigte der *EGMR* erneut in seiner letzten Entscheidung, die er im Fall Ramanauskas v. Litauen traf.[18]

13 BGHSt 33, 356 (358).
14 BGHSt 32, 345 ff.
15 *BGH* NStZ 2009, 405 f.
16 *BVerfG* NJW 2003, 1577 ff.
17 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 (663).
18 *EGMR* NJW 2009, 3565 ff.

II. Zulässigkeit von Lockspitzeleinsätzen

Ob Lockspitzeleinsätze zulässig sind und wo die Grenze dieser Zulässigkeit zu ziehen ist, wird äußerst kontrovers diskutiert. Einigkeit herrscht lediglich darüber, dass von einer Unzulässigkeit dann auszugehen ist, wenn die Tatprovokation nicht mehr mit dem Rechtsstaatsprinzip,[19] also insbesondere den Prinzipien vom Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist.[20]

1. Literatur und Wissenschaft

a) Generelle Unzulässigkeit

Nach einer in Literatur und Wissenschaft durchaus verbreiteten Meinung sind Lockspitzeleinsätze grundsätzlich unzulässig, da es durch staatlich veranlasste Straftaten zur Schaffung künstlicher Kriminalität komme. Dies stehe in eklatantem Widerspruch zur Aufgabe des Staates, gerade kriminelle Tätigkeiten zu verhindern.[21] Zur Begründung dessen führen die Vertreter dieser Auffassung Verstöße gegen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts, den Vorrang des Gesetzes sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip an.[22]

aa) Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt

„Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen" griffen stets in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Recht auf Freiheit von Desozialisation ein, entbehrten aber einer hierfür nötigen Rechtsgrundlage.[23] Da Lockspitzeleinsätze allein der Strafverfolgung dienten, könne sich eine Ermächtigung nur aus der StPO ergeben. Diese enthalte aber insbesondere mit den §§ 161, 163 StPO keine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage.[24]

bb) Verstoß gegen den Gesetzesvorrang

Ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes ergebe sich aus dem in § 136a StPO normierten Prinzip des Schutzes vor unfreiwilliger Selbstbelastung. Da Lockspitzeleinsätze stets eine Identitätstäuschung seitens des Provozierenden erforderten,

---

19 *Schmidt* Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel, Die Problematik am Beispiel der Anstiftung eines agent provocateur zu einem untauglichen Versuch (1998), S. 25.

20 *Maurer* Staatsrecht I 6. Aufl. (2010), § 8 Rn. 1 ff.

21 *Kniesel* Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht – Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung? ZRP 1989, 329 ff.

22 *Schmidt* (Fn. 19), S. 80 f.

23 *Herzog* Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen als Verfahrenshindernis StV 2003, 410 (412).

24 *Fischer/Maul* Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme NStZ 1992, 7 (10).

finde dieses Prinzip mangels Vernehmung in analoger Weise auch Anwendung auf den Einsatz eines agent provocateur.[25]

cc) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Schließlich seien Lockspitzeleinsätze in jedem Fall unverhältnismäßig. Sie seien nicht zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität geeignet, Observationen wären als milderes Mittel gleich effektiv und der angestrebte Erfolg einer effektiven Verbrechensbekämpfung stehe in keinem Verhältnis zum Schaden für den Provozierten.[26]

b) Grundsätzliche Zulässigkeit

Anderer Ansicht nach sind Lockspitzeleinsätze grundsätzlich zulässig. Zum einen fehle es bei Lockspitzeleinsätzen regelmäßig schon an der Eingriffsqualität. Lediglich die Anwendung von Zwangsmaßnahmen könne zu einem Eingriff führen.[27] Zum anderen fänden sich mit den strafprozessualen und polizeirechtlichen Generalklauseln durchaus Ermächtigungsgrundlagen im Gesetz.[28]

2. Rechtsprechung

a) BGH

Der *BGH* geht in ständiger Rechtsprechung von einer grundsätzlichen Zulässigkeit polizeilicher Lockspitzeleinsätze bei der Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten aus.[29]

aa) Gesamtbetrachtung

Die Grenzen der Zulässigkeit bestimmte der *BGH* zunächst allein anhand einer Gesamtbetrachtung, bei der er Art und Ausmaß des vorher bestehenden Verdachts, Gefährlichkeit der aufzuklärenden Straftat, Umfang der Aufklärungsschwierigkeiten, Umfang und Zweck der Einwirkung durch den Lockspitzel und eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten des Provozierten berücksichtigte.[30]

bb) Anfangsverdacht als Ausgangspunkt

Seit der Entscheidung des *EGMR* im Fall Teixeira misst der *BGH* dem Tatverdacht jedoch deutlich größere Bedeutung zu. Zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung jedes Lockspitzeleinsatzes ist seitdem das Vorliegen eines Anfangsverdachts, der mit den §§ 152, 160 StPO vergleichbar und daher durch zureichende tatsächliche Anhalts-

25 Vgl. *Görgens* Der Lockspitzeleinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2006), S. 54 f.
26 Vgl. *Ebd.*, S. 120 ff.
27 *Suhr* Zur Strafbarkeit von verdeckt operierenden Polizeibeamten JA 1985, 629 (633).
28 *Görgens* (Fn. 25), S. 138.
29 So etwa BGHSt 45, 321 (324); 32, 345 (346); *BGH* NJW 1981, 1626 f.
30 BGHSt 32, 345 (346 f.); *BGH* StV 1988, 295 f.; *BGH* NStZ 1985, 361 f.

punkte begründet sein muss. Der alleinige Rückgriff auf strafverfahrensrechtliche Normen ergebe sich aus dem stets repressiven Charakter von Lockspitzeleinsätzen.[31]

cc) Erheblichkeit der Einwirkungen

Einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nimmt der *BGH* allerdings seit jeher erst bei Vorliegen nachhaltiger und erheblicher Einwirkungen, wie etwa wiederholten, länger andauernden Überredungsversuchen oder intensiver und hartnäckiger Beeinflussung an.[32] Der Lockspitzel dürfe sich nicht auf ein bloßes „Mitmachen" beschränken, sondern müsse „in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirk[en]".[33]

b) EGMR

Auch der *EGMR* hält den Einsatz von Lockspitzeln insbesondere bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens für ein grundsätzlich zulässiges Mittel.[34]

aa) Fair trial als Ansatzpunkt

Als Ansatzpunkt zur Beurteilung der Zulässigkeit von Lockspitzeleinsätzen sieht der *EGMR* den in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten Grundsatz eines fairen Verfahrens (fair trial doctrine),[35] welchen er weit auslegt und umfassend versteht.[36] Für nicht einschlägig hält er Art. 8 Abs. 1 EMRK, da eine Tatprovokation regelmäßig keinen Eingriff in das Recht auf Privatleben darstelle.[37]

bb) Gesamtwürdigung

Ob es zu einer Verletzung des Fairnessgrundsatzes gekommen ist, beurteilt auch der *EGMR* unter Berücksichtigung aller Umstände im Rahmen einer Gesamtwürdigung.[38] In seiner Leitentscheidung im Fall Teixeira würdigte der *EGMR* das Verhalten des Lockspitzels, den Tatverdacht, die persönliche Tatneigung, das Vorhandensein gerichtlicher Kontrolle sowie die Frage, ob die im Rahmen des Lockspitzeleinsatzes gewonnenen Beweise zur wesentlichen Grundlage der Verurteilung wurden.[39] Vor allem dem Verhalten des Provozierenden sowie dem Kriterium des Tatverdachts misst der *EGMR* entscheidende Bedeutung zu.[40]

---

31 BGHSt 45, 321 (337).
32 *BGH* NJW 1981, 1626 f.
33 BGHSt 45, 321 (338).
34 *EGMR* NJW 2009, 3565 (3566).
35 *Korn* Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren (2005), S. 131.
36 *Meyer-Ladewig* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 35.
37 *EGMR* EuGRZ 1992, 326 ff.
38 *Meyer-Ladewig* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 36.
39 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 (663); *Meyer-Ladewig* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 58.
40 Vgl. *Korn* (Fn. 35), S. 133 ff.

(1) Verhalten des Provozierenden

Lockspitzel kann nach Auffassung des Gerichtshofs jeder „undercover agent" sein, der sich nicht auf rein passives Verhalten beschränkt, sondern den zu Provozierenden derart beeinflusst, sodass dieser eine Straftat begeht, die er sonst nicht begangen hätte.[41] Nach Ansicht des *EGMR* bedarf es somit eines kausalen Tatbeitrags des Lockspitzels in Form einer Anstiftung („incitement").[42]. Hierfür kann schon eine hinreichend konkrete Bekundung ausreichend sein, Straftaten begehen zu wollen.[43]

(2) Tatverdacht

Gefordert wird ein begründeter Verdacht hinsichtlich der Verwirklichung der betreffenden Tat.[44] Dieser bedarf konkreter Anhaltspunkte, die auf eine Tatbereitschaft des Provozierten schließen lassen. Dabei sind auch Vorstrafen und frühere Ermittlungsverfahren mit einzubeziehen sowie die Frage, ob die zu provozierende Person dem Lockspitzel bereits bekannt ist.[45]

c) Vergleich der Rechtsprechung

Sowohl *BGH* als auch *EGMR* sehen im Grad des Verdachtes, der gegenüber dem zu Provozierenden besteht, das wesentliche Abgrenzungskriterium zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit. Dabei fordern beide Gerichtshöfe einen auf Tatsachen gestützten Verdacht, weshalb Tatprovokationen gegenüber Unverdächtigen grundsätzlich unzulässig sind.

Die weitere Zulässigkeit von Lockspitzeleinsätzen gegenüber Verdächtigen bestimmen beide Gerichte anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände. Die im Rahmen dieser Abwägung vom *BGH* und dem *EGMR* einbezogenen Aspekte sind nicht völlig identisch, entsprechen sich aber größtenteils.

Unterschiedliche Anforderungen stellen die Gerichte jedoch hinsichtlich der Qualität tatprovozierenden Verhaltens. Denn im Gegensatz zum *BGH* macht der *EGMR* die Unzulässigkeit nicht von der Erheblichkeit der Einwirkungen seitens des Lockspitzels abhängig.

3. Analyse

Die Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen hat gezeigt, dass alle Ansichten ihr Resultat auf dogmatischem Wege zu begründen versuchen. Zu einem nachvollziehbaren Ergebnis kann daher nur eine auf rechtsdogmatische Gesichtspunkte

41 *EGMR* NJW 2009, 3565 (3566).

42 *EGMR* NJW 2009, 3565 (3566); *Kinzig* Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? zugleich Anm. zu EGMR, StV 1999, 127 StV 1999, 288 (291).

43 *Warnking* Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (2009), S. 241.

44 *Ebd.*, S. 242.

45 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 (663).

gestützte Analyse der aufgeworfenen und sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Problemfelder führen.

a) Gesetzesvorbehalt

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes besagt, dass jedes staatliche Handeln, das in Rechte von Bürgern (und auch anderer Rechtspersonen) eingreift, stets einer formellen Ermächtigungsgrundlage bedarf.[46]

aa) Grundrechtseingriff

Ausgangspunkt der Auffassung, die einen Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt annimmt, stellt die These dar, staatliche Tatprovokationen griffen grundsätzlich in durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrechte ein. Da Art. 2 Abs. 1 GG als Hauptfreiheitsrecht den in Art. 1 Abs. 1 GG enthaltenen obersten Verfassungswert der Menschenwürde zum Ausdruck bringt,[47] müssen die zur Bestimmung einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG entworfenen Prinzipien den wesentlichen Anknüpfungspunkt bei der Klärung dieser These darstellen. Von einer Verletzung der Menschenwürde ist auszugehen, wenn der Mensch zum bloßen Objekt des Staates gemacht und seine Subjektqualität in Frage gestellt wird.[48] Dies ist der Fall, wenn der Provozierte durch den agent provocateur der Möglichkeit selbstbestimmten Handelns, also der verantwortungsbewussten Entscheidung zwischen Alternativen beraubt wird.[49] Einer solchen Begrenzung des Eingriffsbegriffs bedarf es vor allem auch im Hinblick auf den weiten Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG, da andernfalls die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zu erheben, ausufert.[50]

(1) Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG

Denkbar wäre, schon in der gezielten Einwirkung auf den Provozierten eine Beeinträchtigung der freien Willensbildung zu sehen.[51] Dies lässt jedoch außer Acht, dass es dem Provozierten immer noch möglich ist, eine autonome Entscheidung zwischen vernünftigen Handlungsalternativen zu fällen.[52] Anders kann dies nur bei Anwendung von strafbaren Mitteln, wie etwa einer Nötigung, sein.

(2) Informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt generell vor jeder staatlichen Erhebung persönlicher Informationen, da es jedem Einzelnen die Befugnis gibt, über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Informationen selbst zu bestimmen.[53]

---

46 *Detterbeck* Öffentliches Recht 7. Aufl. (2009), Rn. 59.
47 *Antoni*, in: Hömig Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 9. Aufl., Art. 2 Rn. 2.
48 *Manssen* Staatsrecht II 7. Aufl. (2010), Rn. 203 ff.
49 *I. Roxin* Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege (1988), S. 107.
50 *Pieroth/Schlink* Grundrechte Staatsrecht II 25. Aufl. (2009), Rn. 379 f.
51 *Fischer/Maul* (Fn. 24), S. 8.
52 *Görgens* (Fn. 25), S. 47 f.
53 BVerfGE 80, 367 (373); *Manssen* (Fn. 48), Rn. 230.

Selbstbestimmt kann die Informationspreisgabe aber, wie gezeigt, nur sein, wenn der Provozierte in Kenntnis seiner Handlungsalternativen eine autonome Entscheidung fällt, er also weiß, was er gegenüber wem preisgibt.[54] Selbst wenn man also annähme, der Provozierte müsse damit rechnen, durch die Tatbegehung Informationen zumindest gegenüber Mitwissern, insbesondere dem Lockspitzel, Preis zu geben, so ist ihm doch nicht bekannt, dass er infolge der Tatbegehung in Wahrheit Informationen gegenüber dem Staat offenbart.

Diese heimliche Informationsgewinnung ist es, die den Lockspitzeleinsatz, wie jede andere heimliche Ermittlungsmaßnahme auch,[55] zu einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung macht.

(3) Schutz der Privatsphäre, Art 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG

Als weitere Ausformung gewährt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch den Schutz der Privatsphäre als der engeren persönlichen Lebenssphäre.[56] Dieses Recht gewährt einen sowohl thematisch wie auch räumlich abgeschirmten Bereich persönlicher Entfaltung, der sich staatlichem Zugriff entzieht.[57] Aufgrund der heimlichen Vorgehensweise ist es daher zumindest möglich, dass sich der Lockspitzel im Rahmen seines tatprovozierenden Verhaltens Zugang zu diesem Bereich verschaffen kann. Grundvoraussetzung eines Lockspitzeleinsatzes ist ein solcher Eingriff aber nicht.

(4) Desozialisierungsverbot, Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG

Seit Beginn der Lockspitzelproblematik in den 1970er Jahren wird vereinzelt eine Verletzung des Desozialisierungsverbots (Recht auf Freiheit von Desozialisation) angenommen.[58] Dieses ergebe sich aus dem vom *BVerfG* anerkannten Resozialisierungsanspruch Strafgefangener.[59] Denn wenn den Staat schon eine solche Pflicht treffe, dann dürfe der Staat erst recht keine sich nicht im Vollzug befindlichen Bürger mittels Tatprovokationen aus der Gesellschaft ausgliedern.[60]

Schwachstelle dieses Ansatzes ist jedoch das dem Desozialisierungsverbot zugrunde liegende und sich als zu unbestimmt erweisende Sozialstaatsprinzip selbst. Denn wie der Staat versucht, dem Sozialstaatsprinzip gerecht zu werden, steht ihm weitestgehend frei. Grenze ist lediglich das rechtsstaatlich Zulässige.[61] Ein Verstoß

54 BVerfGE 65, 1 (43).

55 *Bernsmann/Kirsten* Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – ein systematischer Überblick StV 1998, 217 (221 f.).

56 BVerfGE 54, 148 (153).

57 Murswiek in Sachs Grundgesetz Kommentar 5. Aufl., Art. 2 Rn. 69.

58 So etwa *Fischer* Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels (1982), S. 138 ff.; *Franzheim* Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern NJW 1979, 2014 ff.

59 BVerfGE 35, 96 (115); 98, 200 ff.; 103, 39 f.

60 *Fischer* (Fn. 58), S. 139.

61 *Sachs* (Fn. 57), Art. 20 Rn. 48; *Antoni* (Fn. 47), Art. 20 Rn. 4.

gegen das Desozialisierungsverbot ergibt sich folglich erst aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.

(5) Faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3, 1 Abs. 1 GG (Art. 6 Abs. 1 EMRK)

Aus Art. 2 Abs. 1 GG, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot der Achtung der Menschenwürde leitet das *BVerfG* ein Recht auf ein faires Verfahren ab,[62] das dem Einzelnen einen Anspruch auf ein rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes Gerichtsverfahren gibt.[63] Einfachgesetzlich verankert ist das Fairnessprinzip in Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Als unbestimmte Prozessmaxime taugt der Fairnessgrundsatz aber nur zur Gewährleistung rechtsstaatlich unverzichtbarer Mindestanforderungen.[64] Diese ergeben sich unter Berücksichtigung aller Umstände aus den im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten,[65] insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen Strafverfolgung sowie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege.[66]

Aus dem Fairnessgrundsatz lässt sich somit weder eine generelle Unzulässigkeit noch eine Grenze staatlicher Tatprovokationen ableiten. Ist der Lockspitzeleinsatz jedoch rechtsstaatswidrig, folgt hieraus nicht nur die Unzulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme selbst, sondern auch die Unfairness des Verfahrens. Denn auch eine wirksame Strafverfolgung findet ihre Grenze in der Rechtsstaatlichkeit.[67]

bb) Ermächtigungsgrundlage

Da Lockspitzeleinsätze unmittelbar in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, bedürfen sie einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Mangels spezieller Regelung von Lockspitzeleinsätzen und aufgrund ihrer sowohl repressiven als auch präventiven Zwecksetzung,[68] ließe sich auf die Generalklauseln der StPO oder des Polizeirechts zurückgreifen.

(1) Doppelfunktionelle Maßnahme

Bei doppelfunktionellen Maßnahmen hängt die einschlägige Rechtsgrundlage vom Schwerpunkt der Maßnahme ab.[69] Bei Lockspitzeleinsätzen liegt dieser stets auf der strafrechtlichen Verfolgung des Provozierten, da sich eine Gefahrenabwehr erst aus einer effektiven Verfolgung ergibt. Insoweit entfalten Lockspitzeleinsätze auch keine stärkere präventive Wirkung als die Strafverfolgung im Allgemeinen.[70] Lock-

62 BVerfGE 39, 156 (163); 63, 45 (60).
63 *Murswiek* (Fn. 57), Art. 2 Rn. 115.
64 So auch *Ott* (Fn. 9), S. 72 f.
65 BVerfGE 57, 250 (275 f.).
66 *Rzepka* Zur Fairness im deutschen Strafverfahren (2000), S. 133.
67 BVerfGE 19, 342 (352); 77, 65 (76).
68 Siehe dazu oben Abschnitt I. 2.
69 *Benfer/Bialon* Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen 4. Aufl. (2010), S. 9 f.
70 *Fischer/Maul* (Fn. 24), S. 8.

spitzeleinsätze sind daher allein unter Rückgriff auf straf- und strafverfahrensrechtliche Vorschriften zu beurteilen.[71]

(2) §§ 161, 163 StPO

Nach dem Willen des Gesetzgebers stellen die Generalklauseln der §§ 161 und 163 StPO seit dem Strafverfahrensänderungsgesetz (StVÄG) aus dem Jahre 1999 ausdrücklich die Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art dar, die zu keinem schwerwiegenden Grundrechtseingriff führen.[72] Unverzichtbar ist eine solche Generalermächtigungsklausel schon deshalb, um auf die sich permanent ändernden Erscheinungsformen moderner Kriminalität angemessen reagieren zu können.[73]

Als nicht schwerwiegend i. S. d. §§ 161, 163 StPO sind solche Eingriffe anzusehen, deren Intensität unterhalb der Schwelle gesetzlich geregelter Eingriffe liegt (Schwellentheorie).[74] Die Generalermächtigungsklausel kann demzufolge solche Maßnahmen decken, bei denen weder Zwang zur Anwendung kommt noch ein heimlicher Eingriff in die Privatsphäre stattfindet.[75]

Dass Lockspitzeleinsätze im Normalfall weder Zwangscharakter haben noch die engere persönliche Lebenssphäre beeinträchtigen, wurde bereits festgestellt.[76]

Da die Eingriffsintensität sowie -qualität von Lockspitzeleinsätzen folglich unterhalb der gesetzlich geregelten Schwelle liegt, stellen die §§ 161, 163 StPO eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar.

Demzufolge sind Lockspitzeleinsätze grundsätzlich zulässig, sobald Staatsanwaltschaft oder Polizei Kenntnis von einem Anfangsverdacht gem. §§ 160, 152 Abs. 2 StPO erhalten haben.[77] Dieser muss derart gestaltet sein, dass es nach kriminalistischen Erfahrungen möglich erscheint, dass der zu Provozierende an einer Straftat beteiligt gewesen oder erkennbar zu einer künftigen Tat bereit ist. Bloße Vermutungen reichen aber nicht aus.[78]

cc) Ergebnis

Es ist festzuhalten, dass Lockspitzeleinsätze zwar in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, mit den Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO aber einschlägige Ermächtigungsgrundlagen vorliegen. Zulässig ist ein Lockspitzeleinsatz demnach, wenn ein Anfangsverdacht vorliegt und die Provokation weder

71 *Erb* in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen Großkommentar 26. Aufl., § 163 Rn. 67.
72 BT-Drucks. 14/1484, S. 17.
73 *Griesbaum* (Fn. 4), § 161 Rn. 1.
74 *Maluga* Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute, S. 149.
75 *Wohlers* in Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung 4. Aufl., § 161 Rn. 11; *Erb* (Fn. 71), § 161 Rn. 3c.
76 Siehe II. 3. a) (aa).
77 *Meyer-Goßner* Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzenden Bestimmungen 53. Aufl., § 163 Rn. 20.
78 *Ebd.*, § 152 Rn. 4; *Erb* (Fn. 71), § 163 Rn. 71.

Zwangscharakter hat noch die Privatsphäre des zu Provozierenden verletzt. Unzulässig ist daher insbesondere ein Ansprechen unbescholtener Bürger „auf gut Glück".[79]

b) Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes

Der Vorwurf eines Verstoßes gegen den Vorrang des Gesetzes stützt sich maßgeblich auf eine Verletzung von § 136a StPO in direkter oder analoger Anwendung. § 136a StPO stellt eine prozessrechtliche Ausformung des Gebots der Achtung der Menschenwürde dar und bringt die Grundprinzipien des Schutzes vor unfreiwilliger Selbstbelastung (nemo tenetur se ipsum prodere) sowie des Verbots, die Wahrheit um jeden Preis zu erforschen, zum Ausdruck.[80]

aa) Anwendbarkeit von § 136a StPO

Die direkte Anwendung von § 136a StPO setzt aufgrund der systematischen Stellung die Vernehmung eines Beschuldigten voraus.[81]

(1) Beschuldigter

Als Beschuldigter ist derjenige anzusehen, gegen den wegen Verdachts einer strafbaren Handlung Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden.[82] Den zu Provozierenden als Beschuldigten zu sehen, rechtfertigt sich daher aus den bereits gewonnenen Erkenntnissen. Denn zum einen muss gegen den zu Provozierenden ein den §§ 160, 152 Abs. 2 StPO entsprechender Tatverdacht bestehen. Und zum anderen dienen Lockspitzeleinsätze primär als Maßnahme der Strafverfolgung.

(2) Vernehmung

Einigkeit besteht darüber, dass als Vernehmung i. S. von § 136a StPO jede innerprozessuale und staatlich veranlasste Abgabe sach- oder prozessrelevanter Informationen gilt.[83] Umstritten ist jedoch, ob die Abgabe der Informationen auch in Kenntnis der Vernehmungslage erfolgen muss, also der Beschuldigte sich darüber bewusst sein muss, dass er Informationen gegenüber dem Staat offenbart.[84] Doch selbst wenn man ein solch formelles Verständnis fordert, so scheidet zwar eine direkte, nicht jedoch eine analoge Anwendung aus. Denn Ziel der Tatprovokation ist die Schaffung einer möglichst umfassenden Beweislage, also genau jener Situation, die auch eine Vernehmung im Auge hat.[85] Angesichts der ähnlich belastenden Wirkung für den Provozierten bedarf es zu dessen Schutz der analogen Anwendung

79 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 143.
80 *Kühne* (Fn. 10), Rn. 890.
81 *Gleß* (Fn. 71), § 136a Rn. 15.
82 *Rogall*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung 4. Aufl., Vor §§ 133 ff. Rn. 16.
83 *Ebd.*, § 136 Rn. 13.
84 *Gleß* (Fn. 71), § 136a Rn. 15.
85 So auch Dann (Fn. 11), S. 152.

von § 136a StPO.[86] Alles andere stünde in eklatantem Widerspruch zum Geist des § 136a StPO.[87]

bb) Verbotene Vernehmungsmethode i. S. v. § 136a StPO

Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit bleibt zu klären, ob es im Rahmen von Lockspitzeleinsätzen überhaupt zur Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden kommt. In Betracht kommt regelmäßig nur das Tatbestandsmerkmal der Täuschung, da jede staatliche Tatprovokation zwangsläufig eine Identitätstäuschung seitens des agent provocateur erfordert.[88] Eine solche Täuschung versetzt den Provozierten aber nicht in eine seine Entscheidungsfreiheit einschränkende Zwangslage, was § 136a StPO als Ausdruck der Menschenwürde aber gerade fordert.[89]

Bloße Identitätstäuschungen stehen deshalb als Mindestvoraussetzung einer Tatprovokation nicht in Widerspruch zu geltendem Recht.[90] Übersteigt die Provokation jedoch dieses Maß, indem den Täuschungen ein zwangsähnlicher Charakter zukommt oder der zu Provozierende gar Misshandlungen, körperlichen Eingriffen oder Quälereien ausgesetzt wird, ist die Grenze des Zulässigen nach § 136a StPO analog aufgrund der Erheblichkeit der staatlichen Maßnahme überschritten.[91]

c) Verhältnismäßigkeit

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass eine Maßnahme unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist und der Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Dieses Übermaßverbot begrenzt die Zulässigkeit eines Eingriffs in Form einer Stufung nach der Schwere des Tatvorwurfs und der Stärke des Tatverdachts.[92]

aa) Geeignetheit

Geeignet sind solche Maßnahmen, die den angestrebten Erfolg herbeiführen oder fördern.[93] Dass ein staatlich observierter sowie kontrollierter Tatablauf grundsätzlich die spätere Verfolgung zumindest erleichtert und Gefahren zu minimieren hilft, dürfte außer Frage stehen.

Steht jedoch die Bekämpfung der organisierten Kriminalität als Haupteinsatzgebiet in Rede, wird Lockspitzeleinsätzen ihre Geeignetheit teilweise abgesprochen, da sie meist nur zur Verurteilung von Kleinkriminellen führten und die Drahtzieher

86 *Rogall* (Fn. 82), § 136a Rn. 24 f.
87 *Gleß* (Fn. 71), § 136a Rn. 4.
88 *Diemer* (Fn. 4), § 136a Rn. 19.
89 *Ebd.*, § 136a Rn. 8; *Schmidt* (Fn. 19), S. 47.
90 *Diemer* (Fn. 4), § 136a Rn. 26.
91 *Ebd.*, § 136a Rn. 8.
92 *Meyer-Goßner* (Fn. 77), Einl Rn. 20 f.
93 *Pieroth/Schlink* (Fn. 50), Rn. 293.

regelmäßig nicht belangt werden könnten.[94] Eine solche Differenzierung nach Organisationsebenen ist jedoch nicht sachdienlich.[95] Denn organisierte Kriminalität beginnt nicht erst auf der Ebene der Drahtzieher, sondern schon beim kleinkriminellen Handlanger.[96]

Als weiteres Indiz lassen sich auch die Einsätze von verdeckten Ermittlern und Informanten im Allgemeinen heranziehen, da diese in einer Vielzahl von Fällen wie Lockspitzel direkt am kriminellen Geschehen beteiligt sind.[97] Untersuchungen zeigen, dass in etwa der Hälfte der Fälle, in denen solche staatlich agierenden Personen zum Einsatz kommen, diese wesentlich zum Erfolg der Ermittlungen beitragen.[98]

bb) Erforderlichkeit

Erforderlich ist ein Mittel, wenn der Zweck nicht durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel zu erreichen ist.[99]

Ein solches Mittel sehen manche in verdeckten Ermittlungen ohne tatprovozierendes Verhalten, worunter insbesondere Observationen fallen.[100] Um zum gleichen Erfolg zu führen, müssten sich Observationen aber mangels der Möglichkeit, steuernd einzugreifen, über einen deutlich längeren Zeitraum erstrecken und von sehr hoher Intensität sein. Schon deswegen kann kaum von einem milderen, sondern muss vielmehr von einem stärker belastenden Mittel gesprochen werden. Abgesehen davon steigt auch die Gefahr, entdeckt zu werden, mit zunehmender Dauer und Qualität der verdeckten Ermittlung.[101] In der Regel stellen Lockspitzeleinsätze daher die effektivere Waffe im Kampf gegen das organisierte Verbrechen dar.[102]

cc) Angemessenheit

Von Angemessenheit ist dann zu sprechen, wenn die mit einem Lockspitzeleinsatz verbundenen Belastungen für den Provozierten nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Zweck und Mittel sind daher gegeneinander abzuwägen.[103]

---

94 So etwa *Puppe* Verführung als Sonderopfer, zugleich Besprechung von BGH – 2 StR 446/85 NStZ 1986, 162 NStZ 1986, 404 ff.

95 Vgl. hierzu Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität, abgedruckt in *Meyer-Goßner* (Fn. 77), Anh 12 RiStBV Anl E.

96 *Görgens* (Fn. 25), S. 123.

97 *Kinzig* Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität (2004), S. 477 ff.

98 *Ebd.*, S. 448.

99 *Pieroth/Schlink* (Fn. 50), Rn. 295.

100 So etwa *Fischer* (Fn. 58), S. 169.

101 *Dann* (Fn. 11), S. 137.

102 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 151.

103 *Görgens* (Fn. 25), S. 128.

Eine Unverhältnismäßigkeit ergibt sich daher vor allem in Fällen übermäßigen Einwirkens auf den zu Provozierenden (Übergewichtstheorie)[104] sowie bei Provokationen, bei denen der Tatumfang nicht mehr vom Tatverdacht gedeckt ist (Quantensprung).[105] Ein solcher Quantensprung liegt etwa vor, wenn ein nur im kleinen Stil mit weichen Drogen handelnder Dealer zum Handeln mit harten Drogen im großen Stil provoziert wird.[106] In solchen Fällen steht sowohl das durch die Tat zum Ausdruck kommende Unrecht nicht im Verhältnis zum Tatverdacht als auch die Belastung für den Provozierten außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg einer effektiven Strafverfolgung bzw. Gefahrenabwehr.

d) Ergebnis

Aufgrund der dogmatischen Analyse konnte festgestellt werden, dass Lockspitzeleinsätze grundsätzlich zulässig, dieser Zulässigkeit aber Grenzen gesetzt sind. Diese ergeben sich aus den Generalermächtigungsklauseln der §§ 161, 163 StPO, § 136a StPO in direkter oder analoger Anwendung, den darin zum Ausdruck kommenden Prinzipien von nemo tenetur se ipsum accusare und dem Verbot der Wahrheitsfindung um jeden Preis sowie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Demzufolge dürfen Lockspitzel keine unverdächtigen Personen provozieren, nicht in die Privatsphäre des zu Provozierenden eindringen, keine Zwangsmaßnahmen anwenden oder übermäßige Einwirkungen vornehmen und nicht zu Taten provozieren, die außer Verhältnis zum Tatverdacht stehen.

Bedient sich der Lockspitzel einer der genannten Vorgehensweisen, ist die Tatprovokation aufgrund Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip unzulässig und steht infolgedessen weder in Einklang mit dem Sozialstaatsprinzip noch dem Fairnessgrundsatz.

4. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass der Vorwurf der Schaffung „künstlicher Kriminalität" nur zutrifft, wenn die rechtsstaatlichen Grenzen überschritten sind. Bedient sich der Staat tatprovozierenden Verhaltens, das in Einklang mit rechtsstaatlichen Prinzipien steht, stellt dies gerade ein legitimes Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben dar. Denn auch wenn die Grenzziehung bisweilen ein schwieriges Unterfangen sein kann, handelt es sich nach einer zulässigen Provokation immer noch um eine dem freien Willen des Provozierten entspringende Tat.

III. Rechtsfolgen von Lockspitzeleinsätzen

Überschreitet ein Lockspitzeleinsatz die Grenze des rechtsstaatlich Zulässigen, so stellt sich unweigerlich die Frage, welche Konsequenzen dies zeitigt. Auch wenn zur Lösung dieser Problematik verschiedenste Ansätze vorgebracht werden, lassen

104 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 151.
105 *BGH* StV 2001, 492 (494).
106 *Görgens* (Fn. 25), S. 128 ff.

sich grundsätzlich zwei Lager ausmachen: zum einen Lösungen im Bereich des Prozessrechts, zum anderen Ansätze, die eine Beantwortung dieser Frage mithilfe des materiellen Strafrechts anstreben.[107]

1. Ansicht des *EGMR*

Der *EGMR* geht davon aus, dass das öffentliche Interesse nicht den Gebrauch von Beweisen rechtfertigen kann, die im Rahmen einer unzulässigen Tatprovokation gewonnen wurden,[108] und daher alle durch die unzulässige Tatprovokation („entrapment") erlangten Beweise auszuschließen sind. In diesen Äußerungen wird teilweise eine Favorisierung von prozessualen Lösungen, insbesondere eines Beweisverwertungsverbots gesehen.[109] Diese Auslegungsversuche berücksichtigen aber nicht hinreichend die Stellung des *EGMR*, der seine Aufgabe allein in einer ganzheitlichen Feststellung der Verfahrensfairness sieht.[110] Nach Auffassung des *EGMR* richtet sich die Bestimmung der Rechtsfolgen, insbesondere die Zulassung von Beweisen, allein nach nationalem Recht, das von den nationalen Gerichten zu würdigen ist.[111] Wie die nationalen Gerichte zu einer EMRK-konformen Lösung zu finden haben, möchte der *EGMR* angesichts der unterschiedlichen landesspezifischen Regelungen somit gerade nicht festlegen. Der *EGMR* verlangt nur, dass die nationalen Gerichte Entscheidungen fällen, die im Einklang mit den Anforderungen der EMRK stehen.[112] Einzige Bedingung, die seitens des *EGMR* an die Rechtsfolgen gestellt wird, ist daher die Straffreiheit des unzulässig Provozierten.

2. Prozessuale Lösungen

Die Vertreter des prozessualen Lösungsansatzes sehen in unzulässigen Tatprovokationen entweder ein Verfahrenshindernis oder ein sich auf alle im Rahmen des Lockspitzeleinsatzes erlangten Beweise erstreckendes Verwertungsverbot.

a) Verfahrenshindernis

Ein Verfahrenshindernis, auch negative Prozessvoraussetzung genannt, ist jeder Umstand, der zur Unzulässigkeit des ganzen Verfahrens oder gewisser Verfahrensabschnitte führt.[113] Vertreten wird dieser Lösungsansatz von diversen Stimmen in der Literatur.[114] Zu Beginn der Auseinandersetzung mit der Lockspitzelproblema-

---

107 Vgl. *Dann* (Fn. 11), S. 262.
108 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 (663).
109 Kühne (Fn. 10), Rn. 537; *Kinzig* (Fn. 42), S. 292.
110 *Ott* (Fn. 9), S. 244.
111 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 (663).
112 So auch BGHSt 45, 321 (334); *Görgens* (Fn. 25), S. 143; *Ott* (Fn. 9), S. 244.
113 *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht 26. Aufl. (2009), § 21 Rn. 1.
114 *Dencker* Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung in FS für Dünnebier, S. 456 (459); *Herzog* (Fn. 23), S. 410 ff; *Wolfslast* Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung (1995), S. 216.

tik ging auch der *BGH* von einem Verfahrenshindernis aus.[115] Zur Begründung wird im Wesentlichen auf zwei Argumente zurückgegriffen. Zum einen habe der Staat seinen Strafanspruch aufgrund unzulässiger Rechtsausübung verwirkt.[116] Zum anderen wird ein direkt aus der Verfassung abgeleitetes Verfahrenshindernis vorgebracht.[117]

aa) Verwirkung des Strafanspruchs

Grundlage des Verwirkungsansatzes ist der dem Zivilrecht entstammende und in § 242 BGB zum Ausdruck kommende Gedanke der unzulässigen Rechtsausübung.[118] Als unzulässige Rechtsausübung bezeichnet man die missbilligte Inanspruchnahme eines Rechts, mit der Rechtsfolge, dass die Ausübung oder Durchsetzung verwehrt wird.[119] Demzufolge wird der Einwand der Verwirkung des Strafanspruchs immer dann erhoben, wenn dem Staat das Recht auf Bestrafung und/oder Verfolgung abgesprochen werden soll, weil ein dem Staat zurechenbares Verhalten vorliegt, das eine Bestrafung unbillig erscheinen lässt.[120]

Zur Begründung einer solchen Unbilligkeit bedienen sich die Vertreter des Verwirkungsansatzes zweierlei Ausformungen des Prinzips der unzulässigen Rechtsausübung: des Gedankens des unredlichen Rechtserwerbs (exceptio doli praeteriti)[121] und der Annahme widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium)[122].

(1) Unredlicher Rechtserwerb

Unredlich ist ein Rechtserwerb, wenn dieser durch gesetzeswidriges Verhalten zustande kam.[123] Da staatliche Tatprovokationen die Grenze des Zulässigen nur im Falle eines gesetzeswidrigen Verhaltens des Lockspitzels überschreiten, muss die Erlangung des Strafanspruchs in Fällen unzulässiger Tatprovokation stets einen unredlichen Rechtserwerb darstellen.

(2) Widersprüchliches Verhalten

Zur Begründung widersprüchlichen Verhaltens wird darauf abgestellt, dass der Staat eine Person in unzulässiger Weise durch gezielte Tatprovokationen vom rechten Weg abbringt und diese daraufhin mittels Strafverfolgung wieder auf den rechten Weg zurückzuführen versucht.[124] Solch widersprüchliches Verhalten ist aber nicht per se unzulässig.[125] Vielmehr bedarf es auch der Begründung eines Vertrau-

115 *BGH* NJW 1980, 1761; 1981, 1626 f.
116 *Ott* (Fn. 9), S. 162; *Kühne* (Fn. 10), Rn. 538.
117 *Herzog* (Fn. 23), S. 412.
118 *Katzorke* Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs (1989), S. 22.
119 *Roth* in: MünchKomm BGB II 5. Aufl., § 242 Rn. 176.
120 *Katzorke* (Fn. 118), S. 15.
121 So etwa *Fischer* (Fn. 58), S. 176 ff.
122 So etwa *BGH* NJW 1981, 1626 (1627).
123 Palandt/*Grüneberg* 69. Aufl., § 242 Rn. 43.
124 *BGH* NJW 1981, 1626 (1627).
125 Palandt/*Grüneberg* (Fn. 123), § 242 Rn. 55.

ens auf Einhaltung des früheren Verhaltens.[126] Dass es im Rahmen von Lockspitzeleinsätzen zu einer solchen Vertrauensbegründung kommen könne, wird aber von vielen Kritikern des Verwirkungsansatzes abgelehnt, da der Provozierte gar nicht wisse, dass der Staat hinter der unzulässigen Provokation stehe.[127] Auch wenn diese Annahme regelmäßig stimmen dürfte, besteht unabhängig davon aber ein im Sozialstaatsprinzip begründetes und im Desozialisierungsverbot zum Ausdruck kommendes allgemeines Grundvertrauen darauf, nicht durch rechtswidrige Mittel aus der Gesellschaft ausgegliedert zu werden.[128] Dieses Vertrauen wird durch unzulässige Lockspitzeleinsätze gerade schwer erschüttert,[129] da durch die Missachtung der rechtsstaatlichen Grenzen auch dem Sozialstaatsprinzip nicht mehr entsprochen werden kann.[130] Der Einsatz unzulässiger Tatprovokationen kann folglich den Einwand widersprüchlichen Verhaltens rechtfertigen.

(3) Der Gedanke der Verwirkung

Als zentraler Ansatzpunkt zur Kritisierung der gesamten Verwirkungslösung dient vielfach die allgemeine Frage, ob ein Strafanspruch überhaupt verwirkt werden kann. Erstens stelle die Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze eine unzulässige Übertragung ins Strafrecht dar.[131] Zweitens könne ein Strafanspruch mangels begünstigender Rechtsposition nicht verwirkt werden.[132]

(a) Anwendungsbereich. Um eine unzulässige Übertragung kann es sich aber schon deshalb nicht handeln, weil die aus § 242 BGB gefolgerten Prinzipien auch im Öffentlichen Recht sowie im Prozessrecht gelten.[133] Vor allem der Gedanke der Verwirkung ist schon seit geraumer Zeit fester Bestandteil des öffentlichen Rechts.[134] Das Prinzip unzulässiger Rechtsausübung findet daher über das Rechtsstaatsprinzip und den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung grundsätzlich auch Eingang in das Straf- und Strafprozessrecht, zumal eine Verwirkung des Strafanspruchs den Beschuldigten stets begünstigt.[135]

(b) Strafanspruch als verwirkbarer Anspruch. Als weiteres Argument für eine Unverwirkbarkeit von Strafansprüchen dient den Kritikern des Verwirkungsansatzes, dass ein Strafanspruch keine begünstigende Rechtsposition begründe. Denn gleichgültig ob i. S. v. § 194 Abs. 1 BGB oder auf Grundlage eines subjektiven

126 Staudinger/*Looschelders/Olzen* Buch 2 §§ 241–243 5. Aufl., § 242 Rn. 291.
127 So etwa *I. Roxin* (Fn. 49), S. 207.
128 *Dencker* (Fn. 114), S. 456, 459.
129 *Fischer* (Fn. 58), S. 181.
130 Siehe dazu oben Abschnitt II. 3. a) aa) (4).
131 BGHSt 32, 345 (353).
132 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 208 ff.
133 Palandt/*Grüneberg* (Fn. 123), § 242 Rn. 17.
134 *Bruns* Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel – Eine Besprechung des Urteils BGH 1 StR 148/48 v 23.5.84, StV 1984, 388-394 StV 1984, 388 (391).
135 *Roth* (Fn. 119), § 242 Rn. 93 f.

Rechts, die Gemeinsamkeit aller Ansprüche bestehe darin, dass sie dem Inhaber eine begünstigende Rechtsposition verschaffen.[136] Den Staat treffe aber kein Recht, sondern eine Pflicht zur Verfolgung und Bestrafung, was sich schon aus dem Legalitätsprinzip ergebe.[137] Unberücksichtigt lässt dieser Einwand jedoch, dass gerade aus dieser Pflicht eine Befugnis, mithin ein Recht gegenüber dem einzelnen Täter entsteht, in dessen Rechte einzugreifen.[138]

(4) Kein Eingriffsrecht

Doch auch wenn man den Strafanspruch als grundsätzlich verwirkbare Eingriffsbefugnis begreift, so setzt eine Verwirkung doch voraus, dass dieses Recht überhaupt entstanden ist. Ein Eingriffsrecht kann der Staat aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes jedoch nur erwerben, wenn die Grundlage des Eingriffsrechts mit rechtsstaatlichen Prinzipien in Einklang steht. Andernfalls könnte sich der Staat Eingriffsrechte durch rechtsstaatswidriges Verhalten selbst verschaffen.[139] Bei staatlichen Tatprovokationen hätte dies die fatale Folge, dass der Lockspitzel unabhängig von der Zulässigkeit seines Verhaltens über Rechtsgüter disponieren könnte, die gerade dem Schutz des Staates anvertraut sind.[140]

Diesem Ergebnis steht im Strafrecht auch nicht die durch das Legalitätsprinzip auferlegte Strafverfolgungspflicht entgegen. Denn auch diese muss dort enden, wo sich mangels Rechtsstaatlichkeit kein Eingriffsrecht mehr ableiten lässt. Ein absolutes, d.h. von den Gegebenheiten des Einzelfalls unabhängiges „Superverfolgungsrecht", das den Staat auch bei eigenem rechtsstaatswidrigem Verhalten zur Strafverfolgung verpflichtet, besteht aufgrund dieser Wechselwirkung gerade nicht.[141]

Weitere Substanz erhält dieses Ergebnis, wenn man sich den Sinn und Zweck staatlichen Strafens vergegenwärtigt. Dieser besteht darin, den Täter einer Strafe zuzuführen, die sowohl unter repressiven wie auch präventiven Erwägungen als gerecht anzusehen ist. Gerecht kann eine Strafe aber nur sein, wenn die Grundlage der Strafe rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.[142]

bb) Verfassungsrechtliches Verfahrenshindernis

Ansatzpunkt des zweiten Lösungsansatzes ist die im NPD-Verbotsverfahren geäußerte Erwägung des *BVerfG*, in Ausnahmefällen auch Verfahrenshindernisse anzuerkennen, die direkt aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen abgeleitet werden können. Dabei sprach das *BVerfG* auch ausdrücklich rechtsstaatswidrige Tatprovokationen durch Lockspitzel an.[143] Ein solcher Ausnahmefall setzt nach Meinung der

136 *Kaufmann* Strafanspruch, Strafklagerecht, die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht (1968), S. 97.
137 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 208.
138 *Wolfslast* (Fn. 114), S. 98.
139 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 237.
140 BGHSt 32, 345 (353).
141 *Katzorke* (Fn. 118), S. 155.
142 *Wolfslast* (Fn. 114), S. 121 f.
143 *BVerfG* NJW 2003, 1577 (1579).

Mehrheit des 2. Senats des *BVerfG* voraus, dass die Verfahrenseröffnung in einem unerträglichen Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen steht.[144] Die unzulässige Konstruktion des Prozessgegenstands durch den Lockspitzeleinsatz stellt gerade eine Perversion rechtsstaatlicher Grundsätze dar.[145] Sähe sich der in unzulässiger Weise Provozierte dennoch der schweren Folge einer persönlichen Bestrafung ausgesetzt, könnte hierin nur ein unerträglicher Widerspruch zu sehen sein.[146]

cc) Systemkonformität

Auch wenn die Herleitung eines verfassungsrechtlichen Verfahrenshindernisses im Rahmen von unzulässigen Tatprovokationen zumindest dem Grunde nach überzeugen kann, so ergeben sich doch wesentliche Einwände bei einer systematisch vergleichenden Betrachtung von Verfahrenshindernissen.

Zunächst können Verfahrenshindernisse nur solche Umstände sein, die nach dem Willen des Gesetzes so schwer wiegen, dass von ihrem Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängig gemacht werden muss.[147] Dass eine unzulässige Tatprovokation gerade nicht das Verfahren insgesamt unzulässig machen soll, ergibt sich aus § 136a StPO. Dieser sieht auch bei massiven Eingriffen, wie Misshandlungen oder Quälereien, lediglich ein Beweisverwertungsverbot vor.[148]

Betrachtet man des Weiteren die Funktion von Verfahrenshindernissen, so ergeben sich weitere Bedenken. Denn allen Verfahrenshindernissen ist gemein, eine Sachprüfung auszuschließen[149], weshalb über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einfach zu entscheiden sein muss.[150] Zur Beurteilung eines Lockspitzeleinsatzes bedarf es aber in der Regel einer vollständigen Sachverhaltserforschung,[151] mithin also einer umfassenden Sachprüfung. Anders kann dies nur bei einer von vornherein völlig offensichtlich unzulässigen Tatprovokation sein. Solche Fälle dürften dann auch die vom *BVerfG* gemeinten Ausnahmen sein.[152] Dem in diesem Zusammenhang ebenfalls vorgebrachten Argument, eine Sachprüfung sei nur im Wege von Werturteilen möglich,[153] Verfahrenshindernisse beruhten aber auf Tatsachen,[154] sollte keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Denn sowohl der *BGH* als auch das *BVerfG* stützen Verfahrenshindernisse teilweise auf Werturteile, was der simplen Überlegung geschuldet ist, dass die Gewichtung von Umständen gar nicht anders als durch Wertungen erfolgen kann.[155]

---

144 *BVerfG* NJW 2003, 1577 (1583); siehe hierzu auch *Herzog* (Fn. 23), S. 412.
145 *Dann* (Fn. 11), S. 308.
146 *Lüderssen* Staatliche Deliktsbeteiligung durch V-Leute – die Politik gibt jetzt die richtige Antwort StV 2002, 169.
147 BGHSt 32, 345 (350).
148 BGHSt 45, 321 (334).
149 Vgl. *Görgens* (Fn. 25), S. 155.
150 *Beulke* Strafprozessrecht 11. Aufl. (2010), Rn. 288.
151 *Görgens* (Fn. 25), S. 155.
152 *Ebd.*, S. 153.
153 So etwa *Senge* (Fn. 4), Vor § 48 Rn. 80; *Wolfslast* (Fn. 114), S. 266.
154 *BGH* StV 1985, 309 (311).
155 *Dann* (Fn. 11), S. 307.

Zu guter Letzt beziehen sich Verfahrenshindernisse auch stets auf ein laufendes Verfahren und nicht auf die Begehung des Delikts. Der unzulässige Lockspitzeleinsatz findet aber in Zusammenhang mit der Tatbegehung statt und ist gerade die Ursache der Tat.[156]

b) Beweisverwertungsverbot

Der zweite prozessuale Ansatz sieht die Lösung über ein Beweisverwertungsverbot vor.[157] Dieses wird teils direkt aus dem Grundgesetz gefolgert, teils aus einer analogen Anwendung des § 136a StPO, der bei der Vernehmung von Beschuldigten ein Verwertungsverbot ausdrücklich anordnet.[158]

aa) § 136a StPO analog

Ein Verwertungsverbot aus einer analogen Anwendung von § 136a StPO zu folgern, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil es bei Lockspitzeleinsätzen regelmäßig nicht zur Anwendung von Zwangsmaßnahmen kommt.[159] Allenfalls bei Misshandlungen, körperlichen Eingriffen, Quälereien oder zwangsähnlichen Täuschungen wäre ein Beweisverwertungsverbot über § 136a StPO analog denkbar.

bb) Verfassungsrechtliches Beweisverbot

Zweiter Ansatzpunkt eines Beweisverwertungsverbots ist die Möglichkeit, Beweisverbote auch unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten, da weder die StPO noch Spezialgesetze eine abschließende Regelung treffen.[160] Solche Verbote ergeben sich in erster Linie aus Verstößen gegen das Rechtsstaatsprinzip und das allgemeine Persönlichkeitsrecht,[161] wie sie auch bei einer unzulässigen Tatprovokation vorliegen.[162]

cc) Reichweite

Erste Probleme sieht der *BGH* allerdings im Hinblick auf die Reichweite und Fernwirkung eines solchen Verwertungsverbots, insbesondere bei mehreren Tatbeteiligten.[163] Allein diese Bedenken können jedoch die Annahme eines Verwertungsverbots nicht ausschließen,[164] da sich solche Probleme im Bereich des Beweisrechts praktisch immer stellen.[165]

---

156 *Görgens* (Fn. 25), S. 155 f.
157 So etwa *Kühne* (Fn. 10), Rn. 537; *Fischer/Maul* (Fn. 24), S. 13; *Kinzig* (Fn. 42), S. 292.
158 *Ott* (Fn. 9), S. 164.
159 Siehe dazu oben Abschnitt II. 3. b) bb).
160 *Pfeiffer/Hannich* (Fn. 4), Einleitung Rn. 117.
161 *Kindhäuser* Strafprozessrecht 2. Aufl. (2010), § 23 Rn. 44.
162 Siehe hierzu Abschnitt II. 3.
163 BGHSt 45, 321 (335).
164 *Schuska* Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung (2006), S. 76.
165 *Kudlich* Unzulässiger Einsatz eines Lockspitzels gegen einen Unverdächtigen – BGH, NJW 2000, 1123 JuS 2000, 951 (954).

dd) Systemkonformität

Zu weitaus größeren Bedenken führt jedoch erneut eine systematisch vergleichende Betrachtung. Hieraus ergibt sich, dass nur einzelne Ermittlungsmaßnahmen und nicht die Tat im Ganzen einem Verwertungsverbot unterliegen können.[166] Ziel der Beweisverwertungsverbotslösung ist aber gerade, jeden erlangten Beweis von der Verwertung auszuschließen,[167] da erst die unzulässige Tatprovokation die Tat verursacht und derart kontaminiert hat, dass die Tat in ihrer Gesamtheit nicht verwertet werden kann.[168] Darf eine Tat aber gänzlich nicht zur Kenntnis genommen und verwertet werden, so ist dies auf prozessualer Seite vielmehr einem Verfahrenshindernis oder auf materieller Seite dem Nichtentstehen eines Strafanspruchs geschuldet.[169]

Darüber hinaus setzt ein Verwertungsverbot eine verbotene Beweisgewinnung nach Tatbegehung voraus.[170] Bei unzulässigen Lockspitzeleinsätzen erfolgt das rechtsstaatswidrige Verhalten jedoch gerade vor Tatbegehung.[171]

3. Materiell-rechtliche Lösungen

Die Vertreter des materiellen Lösungsansatzes sehen in unzulässigen Lockspitzeleinsätzen entweder einen persönlichen Strafausschließungsgrund oder befürworten eine Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung.

a) Strafzumessungslösung

Nach heutiger Ansicht des *BGH* und Teilen der Literatur sind Tatprovokationen allein auf der Ebene der Strafzumessung zu kompensieren.[172] Erstens können Tatprovokationen unabhängig von ihrer Zulässigkeit bei Vergehen bis zur Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO führen und bei Verbrechen ein Zurückgehen auf die gesetzliche Mindeststrafe unter Ausnutzung der durch §§ 59, 47 Abs. 2 StGB eröffneten Möglichkeit einer Verwarnung mit Strafvorbehalt rechtfertigen.[173] Zweitens begründen unzulässige Lockspitzeleinsätze aufgrund Verstoßes gegen das Gebot des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK einen „schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund von besonderem Gewicht", der eine Unterschreitung der sonst schuldangemessenen Strafe ermögliche.[174]

166 BGHSt 45, 321 (335).
167 *Meyer* Strafbarkeit eines durch polizeiliche Lockspitzel provozierten Verhaltens NStZ 1985, 134.
168 *Kinzig* (Fn. 42), S. 292.
169 *Meyer* (Fn. 167), S. 134 f.
170 Vgl. *Görgens* (Fn. 25), S. 144.
171 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 227.
172 BGHSt 45, 321 ff.; *BGH* NStZ 2009, 405 ff.; 1992, 488 ff.; 1986, 162 ff.; *Pfeiffer/Hannich* (Fn. 4), Einl. Rn. 98 und 131; *Erb* (Fn. 71), § 163 Rn. 73; *Senge* (Fn. 4), vor § 48 Rn. 85.
173 BGHSt 32, 345 (355).
174 BGHSt 45, 321 (341).

aa) Zweckmäßigkeitserwägungen

Zur Begründung stellen die Vertreter der Strafzumessungslösung vor allem auf Zweckmäßigkeitserwägungen ab. Gerade die Möglichkeit, auf die im Einzelfall vorliegenden Tatumstände einzugehen, stelle eine deutliche Stärke der Strafzumessungslösung dar.[175] Vor allem hinsichtlich der oft schwer bestimmbaren Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Tatprovokation biete sie genügend Spielraum, um auf das von Fall zu Fall unterschiedliche Verhältnis zwischen Provokation und eigenem Tatantrieb angemessen zu reagieren.[176]

Auch habe der Täter trotz der Provokation rechtswidrig und schuldhaft einen Straftatbestand verwirklicht. Insofern müsse ihm dieses Verhalten auch zur Last gelegt werden.[177] Man könne nicht einen Totschläger für gänzlich straflos erklären, nur weil die Tat durch einen unzulässig handelnden Lockspitzel hervorgerufen worden ist.[178]

bb) Systemkonformität

Erste systematische Bedenken begründen die laut *BGH* aufgrund eines Lockspitzeleinsatzes zur Anwendung kommenden Milderungsmöglichkeiten.[179] Insbesondere die seit der Teixeira-Entscheidung des *EGMR* ohne nähere Begründung vertretene und stark pauschalierte Ansicht, Lockspitzeleinsätze könnten selbst bei Verbrechen eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB rechtfertigen,[180] ist systematisch nicht unbedenklich.[181] Zwar ließe sich vor allem bei unzulässigen Tatprovokationen regelmäßig darüber nachdenken, den Provozierten aufgrund einer Gesamtwürdigung gem. § 59 Abs. 1 Nr. 2 StGB stets von einer Strafe zu verschonen. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Verwarnung mit Strafvorbehalt entsprechend dem Wortlaut der §§ 59 und 47 Abs. 2 StGB nur möglich ist, wenn der Provozierte eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen oder eine kurzzeitige Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten verwirkt hat.[182] Dass die Erfüllung dieser Voraussetzungen zu erheblichen Problemen führt, sobald die provozierte Tat ein Verbrechen darstellt, hatte auch schon der *BGH* in seiner Strafzumessungsentscheidung bedacht.[183]

Zu weitaus größeren Bedenken führt aber die Konstruktion eines schuldunabhängigen Strafmilderungsgrundes. Zunächst missachtet dies den in § 46 StGB verankerten Grundsatz, dass Grundlage der Strafe stets die Schuld des Täters ist.[184] Zwar

175 *Hellmann* Strafprozessrecht 2. Aufl. (2006), § 3 Rn. 90 f.
176 *Senge* (Fn. 4), Vor § 48 Rn. 85.
177 *Erb* (Fn. 172), § 163 Rn. 73.
178 BGHSt 32, 345 (353).
179 Ausführlich *Kutzner* Bemerkungen zur Vereinbarkeit der sog. Strafzumessungslösung des BGH mit den Grundsätzen des Strafzumessungsrechts StV 2002, 277 ff.
180 BGHSt 45, 321 (341).
181 *Schuska* (Fn. 164), S. 102.
182 *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder 28. Aufl., § 59 Rn. 5.
183 BGHSt 32, 345 (355).
184 *Kutzner* (Fn. 179), S. 282.

wird teilweise angenommen, eine Unterschreitung der Schuldrahmengrenze sei in Ausnahmefällen entweder unter spezialpräventiven Gesichtspunkten oder dem Aspekt mitwirkenden Verschuldens des Staates möglich.[185] Dies lässt aber außer Acht, dass gerade diese Aspekte die Minderung der Täterschuld erst plausibel erscheinen lassen und demzufolge schuldrelevant sind.[186]

Des Weiteren begibt sich der *BGH* mit der Konstruktion eines schuldunabhängigen Strafmilderungsgrundes auch in Widerspruch zu seiner eigenen Strafzumessungsrechtsprechung.[187] Denn dass sich die Strafe stets am Maß der Schuld des Angeklagten zu orientieren hat, betont seit jeher auch der *BGH*,[188] indem er bei der Strafzumessung nur innerhalb des anhand der Schuld zu bestimmenden Strafrahmens einen gewissen Spielraum zur Verfügung stellt (Spielraumtheorie).[189] Dass sich der *BGH* mit der Annahme eines schuldunabhängigen Strafmilderungsgrundes von dieser gefestigten Rechtsprechung verabschieden und sich der oben erwähnten Mindermeinung anschließen wollte, kann mangels einer dahingehenden Begründung allerdings kaum angenommen werden.[190]

Zu guter Letzt führt die Annahme eines schuldunabhängigen Strafmilderungsgrundes zu einer Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Milderungsmöglichkeiten. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, ist eine Milderungsmöglichkeit praeter legem aber weder geboten noch erforderlich,[191] da hierdurch das Rechtsfolgensystem des StGB in Frage gestellt wird und sich der *BGH* der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung entziehen würde.[192]

cc) Strafvollstreckungslösung

Nachdem sich der *BGH* über zwei Jahrzehnte diesen systematischen Einwänden verschlossen hatte, gestand der Große Senat für Strafsachen im Jahre 2008 schlussendlich die mangelnde Systemkonformität der Strafzumessungslösung ein, indem er entschied, dass in gewissen Fällen die Kompensation eines EMRK-Verstoßes nur unter Missachtung strafrechtlicher Bestimmungen gewährleistet sei.[193] Daher müsse der Angeklagte zu einer schuldangemessenen Strafe nach § 46 StGB verurteilt werden

185 Vgl. hierzu *Meier* Strafrechtliche Sanktionen (2001), S. 147; *Lackner/Kühl* Strafgesetzbuch Kommentar 27. Aufl., § 46 Rn. 24; *Bruns* Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze aus schuldunabhängigen Strafmilderungsgründen – „Auflockerung" der Spielraumtheorie? MDR 1987, 177 (180); *Horn*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 42. Lieferung, § 46 Rn. 136 ff.

186 *Bruns* (Fn. 185), S. 181.

187 *Kutzner* (Fn. 179), S. 283; *Streng* Praktikabilität und Legitimität der Spielraumtheorie in FS für Müller-Dietz, 2001, S. 875 (902); *Bruns* (Fn. 185), S 179.

188 BGHSt 32, 345 (356); BGHSt 46, 159 (174).

189 BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266); vgl. auch *Kutzner* (Fn. 179), S. 282; *Lackner/Kühl* (Fn. 185), § 46 Rn. 24.

190 *Bruns* (Fn. 185), S. 177.

191 *Ebd.*, S. 181.

192 BGHSt 52, 124 (134 f.).

193 BGHSt 52, 124 (135).

und das rechtswidrige Vorgehen vielmehr dadurch kompensiert werden, dass ein Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gelte (Strafvollstreckungslösung).[194] Ein Umschwenken auf die Strafvollstreckungslösung vollzog der *BGH* bis dato aber nur in Fällen überlanger Verfahrensdauer, die neben der Verletzung des Prozessgrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG ebenfalls zu einem Verstoß gegen den fair-trial Grundsatz des Art 6 Abs. 1 S. 1 EMRK führen.[195]

Inwiefern die Vollstreckungslösung allerdings dazu geeignet ist, in Fällen rechtswidriger Tatprovokationen eine angemessene Kompensation bereitzustellen, erscheint doch sehr fraglich. Denn im Gegensatz zu Fällen überlanger Verfahrensdauer kommt der verminderten Tatschuld im Rahmen von Lockspitzeleinsätzen weitaus größere Bedeutung zu.[196] In Rede steht nämlich die Rechtswidrigkeit der Tatprovokation und nicht erst ein staatliches Fehlverhalten nach der Tat.[197] Abgesehen davon lässt sich auch durch die Vollstreckungslösung nicht in jedem Fall eine systemkonforme Kompensation erreichen, da, wie auch der *BGH* selbst erkennt,[198] erneut eine systematisch bedenkliche Anwendung der gesetzlichen Milderungsmöglichkeiten nötig ist, wenn das Kompensationsbedürfnis die verwirkte Strafe übersteigt.[199]

dd) Zulässige Tatprovokationen

Auch wenn sich die Ebene der Strafzumessung als ungeeignet zur Kompensation unzulässiger Lockspitzeleinsätze erwiesen hat, so bedeutet dies nicht, dass Lockspitzeleinsätze generell keine Rolle im Rahmen der Strafzumessung spielen. Da grundsätzlich jede Art von Tatverleitung gem. § 46 Abs. 2 StGB Berücksichtigung finden muss, sind auch zulässige Tatprovokationen strafzumessungsrelevant.[200] Denn auch bei rechtmäßigen Lockspitzeleinsätzen liegt aufgrund der staatlichen Deliktsbeteiligung regelmäßig ein verringerter Handlungs- sowie Erfolgsunwert vor.[201]

b) Persönlicher Strafausschließungsgrund

Nach anderer Literaturansicht und kurzzeitig als obiter dictum geäußerter Meinung des *BGH* begründen unzulässige Lockspitzeleinsätze einen persönlichen Strafausschließungsgrund,[202] da der Staat durch sein rechtsstaatswidriges Verhalten seine „sittliche Autorität und rechtliche Legitimation" zur Bestrafung des Provo-

194 BGHSt 52, 124 (127).
195 BGHSt 52, 124 (130); *Ignor/Bertheau* Die so genannte Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen – wirklich eine „Lösung"? NJW 2008, 2209.
196 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung 4. Aufl. (2008), Rn. 471e.
197 *Kutzner* (Fn. 179), S. 282 f.
198 BGHSt 52, 124 (145).
199 *Ignor/Bertheau* (Fn. 195), S. 2213.
200 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 196), Rn. 471.
201 *Ebd.*, Rn. 471.
202 So etwa *Bruns* (Fn. 134), S. 388; *I. Roxin* (Fn. 49), S. 220 ff.; *Roxin* Strafverfahrensrecht 25. Aufl. (1998), § 10 Rn. 28; BGH Beschluss vom 20.12.1983 – 5 StR 634/83; vgl. auch BGHSt 32, 345 (350).

zierten verliere.[203] Dieser Strafausschließungsgrund ergebe sich aufgrund einer Vergleichbarkeit mit den gesetzlichen Strafausschließungsgründen direkt aus der Verfassung.[204]

aa) Dogmatische Grundlage

Als zentralen Schwachpunkt dieses Lösungsansatzes sehen viele jedoch seine mangelnde dogmatische Begründbarkeit.[205] Mangels eines allen Strafausschließungsgründen zugrunde liegenden Prinzips sei schon keine Vergleichswertung möglich, weshalb auch eine Analogie zu den gesetzlichen Fällen nicht möglich sei.[206] Auch könnten Strafausschließungsgründe nur dem Gesetz entnommen werden, da sie stets eine gesetzgeberische Wertentscheidung erforderten.[207]

(1) Das Prinzip der Strafausschließungsgründe

In den Strafausschließungsgründen sehen viele ein Sammelsurium heterogener Sachverhalte, deren einzige Gemeinsamkeit darin besteht, dass sie weder auf der Ebene des Tatbestands noch im Rahmen der Rechtswidrigkeit oder der Schuld Geltung finden können und so eine vierte Deliktskategorie bilden.[208] Dieser mangelnden Homogenität ist es auch geschuldet, dass bereits die Einordnung einer Vorschrift als Strafausschließungsgrund Schwierigkeiten bereitet.[209] Vor allem die Exterritorialität nach § 18 GVG, die Indemnität von Abgeordneten nach § 36 StGB und die Angehörigeneigenschaft nach § 258 Abs. 6 StGB werden aber häufig als Strafausschließungsgründe bezeichnet.[210]

Vergleicht man jene Vorschriften, die zu einem Strafausschließungsgrund führen können, so lässt sich trotz der Heterogenität der ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte durchaus ein gewisses Grundprinzip ausmachen.

Allen Strafausschließungsgründen ist gemein, dass sie ein gewisses Verhalten aufgrund einer überstrafrechtlichen Interessenabwägung für strafunwürdig erklären.[211] Vor allem auch kriminalpolitische Erwägungen und außerstrafrechtliche Interessen können in diese Abwägung Eingang finden.[212] Bei unzulässigen Lockspitzeleinsätzen ist im Rahmen dieser Abwägung die rechtsstaatswidrige Erlan-

203 *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Band II §§ 94-136a StPO 42. Lieferung, § 110c StPO Rn. 11.

204 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 235.

205 So etwa BGHSt 32, 345 (354).

206 *Von Danwitz* Staatliche Straftatbeteiligung – Die Bestimmung der Grenzen staatlicher Machtausübung in Form von Tatprovokation und Straftatbegehung (2005), S. 198.

207 *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch 2. Band 12. Aufl., Vor § 32 Rn. 376.

208 *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I 4. Aufl. (2006), § 23 Rn. 6 ff.

209 *Bloy* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe (1976), S. 15 f.

210 Vgl. *Ebd.*, S. 32 ff; *Lenckner/Perron* (Fn. 182), § 36 Rn. 1; *Stree* (Fn. 182), § 258 Rn. 39.

211 *Bloy* (Fn. 209), S. 224 ff.

212 *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 182), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 128.

gung einer Strafbefugnis zu berücksichtigen.[213] Demzufolge erweist sich die Kritik, ein Analogieschluss könne mangels Vergleichbarkeit nicht gezogen werden, als unbegründet. Unzulässige Tatprovokationen entsprechen vielmehr dem zugrunde liegenden Prinzip von Strafausschließungsgründen und führen aufgrund ihrer Rechtsstaatswidrigkeit zur Strafunwürdigkeit des Verhaltens.

(2) Möglichkeit eines übergesetzlichen Strafausschließungsgrundes

Auch der Vorwurf, die Annahme eines übergesetzlichen Strafausschließungsgrundes sei nicht möglich, kann nicht überzeugen. Denn dass die gesetzlich geregelten Fälle als Strafausschließungsgründe einzuordnen sind, ergibt sich erst aus einer Konkretisierung durch Wissenschaft und Rechtsprechung.[214] Wenn also das Gesetz keine ausdrücklich normierten Strafausschließungsgründe kennt, sondern sich das erst aus einer überstrafrechtlichen Abwägung ergibt, dann sollte diese Einordnung auch für nicht im Gesetz vorgesehene Fälle gelten. Dem stimmen auch die Kritiker zu, soweit der Strafausschließungsgrund ultima ratio wäre, den Umständen der Tat also auf keinem anderen Weg angemessen Rechnung getragen werden könnte.[215] Dass dies der Fall ist, haben die oben angestellten Überlegungen gerade gezeigt. Abgesehen davon wurde auch der übergesetzliche Notstand durch Richterrecht eingeführt.[216]

bb) Systemkonformität

Auch systematische Gesichtspunkte stützen die Annahme eines Strafausschließungsgrundes. Einigkeit herrscht nämlich darüber, dass ein Umstand nur dann eine Strafausschließung begründen kann, wenn er schon bei der Tat vorgelegen hat und so die Begründung der Strafbarkeit trotz Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit der Tat von vornherein verhindert.[217] Denn hierin besteht der entscheidende Unterschied zu den Verfahrenshindernissen.[218] Tatprovokationen sind gerade die Ursache der Tat und liegen als Tatumstand demzufolge auch bei Tatbegehung vor.

Ebenfalls anerkannt ist, dass Strafausschließungsgründe, im Gegensatz zu einem Verfahrenshindernis, einen Strafanspruch in Form eines Eingriffsrechts gar nicht erst entstehen lassen.[219] Dass unzulässige Tatprovokationen aufgrund ihrer Rechtsstaatswidrigkeit die Entstehung eines solchen Eingriffsrechts verhindern, wurde schon gezeigt.[220]

Ebenfalls unproblematisch ist, dass Lockspitzeleinsätze zu einer persönlichen Privilegierung führen müssen, die an den nur beim Provozierten vorliegenden

213 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 235.
214 *Bloy* (Fn. 209), S. 212 f.
215 *Meyer* (Fn. 167), S. 135.
216 *Görgens* (Fn. 25), S. 184.
217 *Wessels/Beulke* (Fn. 12), Rn. 494.
218 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 235.
219 *Ebd.*, S. 236.
220 Siehe dazu oben Abschnitte III. 2. a) aa) (4).

Umstand der Tatprovokation anknüpft.[221] Im Gegensatz zum sachlichen Strafausschließungsgrund kommt ein persönlicher Strafausschließungsgrund nur dem Provozierten und nicht anderen Beteiligten zugute.[222]

Bedenken werden allerdings unter Berufung auf § 11 SoldG und § 5 WStG geäußert, da diese Vorschriften mit Lockspitzeleinsätzen vergleichbare Situationen regelten, aber eine strafrechtliche Verantwortlichkeit vorsähen.[223] An einer Vergleichbarkeit fehlt es aber schon deshalb, weil es in diesen Fällen nicht um ein dem Staat zurechenbares Verhalten geht, sondern vielmehr um gewöhnliche strafbare Anstiftungen, die lediglich im Rahmen einer Amtsausübung begangen werden.[224] Tatprovokationen stellen aber gerade staatliches Handeln dar, das objektiv, nicht aber subjektiv als Anstiftung zu werten ist.[225]

cc) Zurechnung als Ausgleichskriterium (Opferschutz)

Seit Anbeginn sieht sich der Lösungsweg über einen persönlichen Strafausschließungsgrund dem Einwand ausgesetzt, bei schweren Delikten wie Raub, Totschlag oder Mord könne man den Provozierten kaum für straflos halten.[226] Dieser dem Rechtsgefühl entspringende Gedanke mag durchaus nachvollziehbar sein. Doch geht er sowohl an der Wirklichkeit als auch an der rechtlichen Bewertung von Lockspitzeleinsätzen vorbei.

Zum einen ist das Ziel staatlicher Tatprovokationen eine kontrollierte Tatbegehung, die zur Überführung des Täters geeignet ist. Eine tatsächliche Verletzung hochrangiger Rechtsgüter wie Leben, körperlicher Unversehrtheit und Eigentum ist dazu gerade nicht nötig.[227]

Zum anderen bezweckt das staatliche Vorgehen gerade den Schutz hochrangiger Rechtsgüter. Eine zu schwerwiegenden Rechtsgutverletzungen führende Vorgehensweise des Lockspitzels kann folglich gar nicht im Interesse und folglich auch nicht im Auftrag des Staates erfolgen. Mangels eines dem Staat zurechenbaren Verhaltens kann sich der Provozierte im Falle eines Raubes, Totschlags oder Mordes also nicht auf eine unzulässige Tatprovokation berufen.[228]

Über das Ausgleichskriterium der Zurechnung kann folglich sowohl dem Interesse des Staates an der Verfolgung schwerwiegender Rechtsgutverletzungen als auch dem Opferschutz genüge getan werden.

---

221 *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 182), Vorbem. § 32 ff. Rn. 131.
222 *Roxin* (Fn. 208), § 23 Rn. 4.
223 *Foth* Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen? NJW 1984, 221 (222).
224 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 241.
225 Siehe dazu Abschnitt I. 3.
226 BGHSt 32, 345 (353).
227 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 198 f.
228 *I. Roxin* (Fn. 49), S. 240.

4. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass unzulässige Tatprovokationen nur in extremen Ausnahmefällen ein Verfahrenshindernis begründen können. Dieses kann sich mangels eines entstandenen Eingriffsrechts nur direkt aus der Verfassung ergeben und darf aus systematischen Gründen keine umfangreiche Sachprüfung erfordern.

Ein Beweisverwertungsverbot dürfte am ehesten den Vorstellungen des *EGMR* entsprechen, ist aber aufgrund starker systematischer Bedenken abzulehnen.

Die Strafzumessungslösung offenbart ebenfalls systematische Schwächen und kann im Falle einer unzulässigen Tatprovokation zu einem Verbrechen nur mithilfe dogmatisch nicht tragbarer Konstruktionen die vom *EGMR* geforderte Straffreiheit des Provozierten gewährleisten. Auch eine Übertragung der neuerdings vom *BGH* in Fällen überlanger Verfahrensdauer vertretenen Strafvollstreckungslösung auf Lockspitzeleinsätze ist bedenklich.

Allein ein persönlicher Strafausschließungsgrund überzeugt sowohl dogmatisch als auch systematisch sowie nach Maßgabe der Rechtsprechung des *EGMR*. Mit der Rechtsfigur des persönlichen Strafausschließungsgrundes steht somit ein für den Lockspitzeleinsatz ergiebiges Instrument zur Verfügung, mithilfe dessen man nicht nur zu einem dogmatisch sauberen Ergebnis gelangt, sondern auch die Interessen aller Beteiligten wahren kann.

IV. Schlussbetrachtung

Seit Beginn der Lockspitzelpraxis in den 1970er Jahren stellen staatliche Tatprovokationen ein Problem von enormer Komplexität dar. Auch fast ein halbes Jahrhundert später hat sich hieran kaum etwas geändert. Die aufgeworfenen Fragen erinnern noch immer an die Verworrenheit des sagenumwobenen gordischen Knotens,[229] was vor allem dem Rückgriff auf das weite Rechtsstaatsprinzip geschuldet ist. Um der Komplexität dieser Problematik angemessen beizukommen, bedarf es einer sowohl dogmatisch als auch systematisch klar strukturierten Betrachtung, die ihr Ergebnis keinerlei Zweckmäßigkeitserwägungen opfert.

Die aufgeworfenen Fragen lassen sich wie folgt beantworten: Lockspitzeleinsätze sind insbesondere zur Bekämpfung organisierter Kriminalität eine grundsätzlich zulässige staatliche Maßnahme. Die Grenze der Zulässigkeit ergibt sich aus rechtsstaatlichen Prinzipien. Bei Überschreitung der rechtsstaatlichen Grenzen begründen Lockspitzeleinsätze einen persönlichen Strafausschließungsgrund und nur in Ausnahmefällen ein Verfahrenshindernis. Zulässige Tatprovokationen finden im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung.

229 *Schneider* Im Zweifel für die Freiheit KritV 1988, 291 (295).