

Schriftliche Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages

ZU

- a) dem Antrag der Abgeordneten Benjamin Strasser,
Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis sowie weiterer
Abgeordneter und der Fraktion der FDP:
**Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent
gesetzlich regeln – BT-Drs. 19/25248**

- b) dem Antrag der Abgeordneten Niema Movassat,
Friedrich Straetmanns, Dr. André Hahn sowie weiterer
Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE:
**Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen
eindämmen, Betroffene entschädigen –
BT-Drs. 19/25352**

am
24. März 2021

Inhalt

	Seite
A. Einleitung	3
B. Die lex lata: Fehlende parlamentsgesetzliche Grundlage, Spaltprozesse in der Rechtsprechung	7
I. Strafprozessuales Gesetzgebungsdefizit	7
II. Bipolare Rechtsprechung	9
III. Zwischenfazit	10
C. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in der StPO – und die Rechtsfolgen bei Verzug des Gesetzgebers	10
I. Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Praxis mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG	13
1. Zur gesetzgeberischen Handlungsverpflichtung	13
2. Zwischenergebnis	16
II. Kein schutzwürdiges Interesse an staatlicherseits „brauchbarer Illegalität“	17
1. Luhmann revisited	17
2. Zwischenergebnis	19
D. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation	19
I. Festlegung konkreter Einsatzvoraussetzungen	20
1. Legaldefinition der Tatprovokation	20
2. Mindestanforderung des Tatverdachts	20
3. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Erfordernis der Wiederholungsgefahr	21
4. Subsidiaritätsklausel	22
5. Verbot des Quantensprungs	22
6. Begrenzung der Einwirkungsintensität	22
7. Vorbehalt richterlicher Zustimmung	23
II. Ausdrückliche Regelung des Verfahrenshindernisses als strafprozessuale Konsequenz rechtsstaatswidriger Tatprovokation	23
III. Entwurf eines § 110[e] StPO n.F.	25
E. Neuere Entwicklungen zur Frage der Regelungsbedürftigkeit der Tatprovokation und des VP-Einsatzes	26
F. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung	29

Ich beziehe mich, auch mit Blick auf die kurze Ladungsfrist,* zunächst in vollem Umfang auf den Beitrag „**Notwendigkeit und Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im deutschen Strafprozess**“.** Der dort ausformulierte und begründete Vorschlag liegt meiner heutigen Stellungnahme im Wesentlichen (**A.-D.**) zugrunde. Er wird ergänzt (**E.**) durch ein Schlaglicht auf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* in der Rechtssache *Akbay u.a.* sowie abschließende generelle Überlegungen zur strafgesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen der Polizei.

A. Einleitung

Agent provocateur, Lockspitzeinsatz oder Tatprovokation – wie man die Ermittlungstechnik auch nennen mag, sie gehört heute in bestimmten Kriminalitätsbereichen zum Alltag der Strafverfolgung. Ausgewählte Zielpersonen werden von Verdeckten Ermittlern (VE), Vertrauenspersonen (VP) oder nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP) zur Vornahme einer Straftat veranlasst, um sie dieser in der Folge *in flagrante delicto* überführen zu können. Vom politischen Strafrecht aus, wo das Phänomen seinen Ursprung nahm, hat sich der Schwerpunkt der Einsätze heute auf den Bereich der Drogenkriminalität verlagert,¹ aber auch der bizarre Fall eines minderjährigen Alkoholscheinkäufers zur Kontrolle von

* Das Ladungsschreiben datiert auf den 17.03.2021.

** *Matthias Jahn/Yannic Hübner* StV 3/2020, 207-213.

¹ Nach *Kreuzer* FS Schreiber, 2003, S. 225 (232) hat ein LKA-Mitarbeiter etwa den Scheinkauf von Betäubungsmitteln als Ziel von 80 % der polizeilichen Rauschgiftermittlungen bezeichnet; zur Unverzichtbarkeit des Scheinkaufs von BtM bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität vgl. LK-StGB/*Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 64 („unumgänglich und nicht missbilligenswert“). Zum historischen Hintergrund vgl. *Rainer Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 16.

Jugendschutzvorschriften ist bekannt geworden.² Zulässigkeit und gesetzliche Zulassung von Tatprovokationen werden derzeit für die Strafverfolgung im Darknet diskutiert³ und im Kontext des **Cybergrooming** hat der Bundesrat kürzlich die gesetzliche Zulassung des verwandten Phänomens der „**Keuschheitsprobe**“ zum Eindringen in abgeschottete Foren gefordert,⁴ einem Ansinnen, dem der Bundesgesetzgeber offenbar [...] nachkommen will.⁵ Insgesamt steht derzeit eine grundsätzliche gesetzgeberische Debatte auf Bundesebene über eine strafprozessuale Ermächtigung für den Einsatz von Vertrauenspersonen ins Haus. [...]

Die rechtlichen Grenzen verdeckter Ermittlungen sind im letzten [...] Jahr wieder in das Blickfeld der Rechtspolitik gerückt. Bereits am 07.11.2019 hat die **90. Justizministerkonferenz** auf ihrer Herbsttagung rechtssichere Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen gefordert und das Bundesministerium

² OLG Bremen NZWiSt 2012, 465 m. Anm. *Waßmer*. Zum Phänomen („schnell verwehter Hauch eines Albraums“) bereits *Lüderssen*, in: Rechtsfreie Räume?, 2012, S. 369 (370).

³ Vgl. *Benjamin Krause* NJW 2018, 678 (680); *Ihwas* WiJ 2018, 138 (145 f.); *Ceffinato* JuS 2019, 337, 342 f.

⁴ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings, BT-Drs. 19/13836, Anlage 2, S. 14: „Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Verbesserung des Schutzes von Kindern vor sexueller Ausbeutung erfordert eine gesetzliche Regelung der sogenannten Keuschheitsprobe beim Einsatz Verdeckter Ermittler bei strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Bereich der Kinderpornografie“.

⁵ Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung auf BT-Drs. 19/13836, S. 16 die Prüfung des „Keuschheitsproben“-Regelungsvorschlags zugesagt. Zustimmend *Safferling* DRiZ 2018, 206 f.; krit. zum Ganzen – neben einigen der Stellungnahmen in der Bundestags-Sachverständigenanhörung vom 06.11.2019 – *J. Lederer*, „Der Gesetzgeber geht zu weit“, Ito.de v. 03.12.2019. [§ 176 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 4 Nr. 3 StGB stellt den Versuch des »Cybergroomings« seit dem 13.03.2020 unter Strafe, wenn der Täter anstatt mit einem Kind irrig mit einer computergeschaffenen Phantomfigur kommuniziert, was Strafbarkeitslücken schließt, wenn verdeckt agierende Polizeibeamte zu Ermittlungszwecken in sozialen Netzwerken als Kinder auftreten, vgl. BT-Drs. 19/13836, S. 10].

der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) aufgefordert, auf den Abschluss des von der **StPO-Expertenkommission** bereits vier Jahre zuvor erteilten Prüfauftrags zur Einführung einer gesetzlichen Regelung hinzuwirken.⁶ Das Ziel des JuMiKo-Vorstoßes ist ersichtlich die Vorlage eines Berliner Regelungsentwurfs zum VP-Einsatz.⁷ Dieselbe **StPO-Expertenkommission** hatte sich 2015 ebenso für eine **gesetzliche Regelung der Tatprovokation** ausgesprochen. Bei jener Problematik handele es sich um eine „Kernfrage des Rechtsstaats“, die eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers erfordere.⁸ Und auch im aktuellen **Koalitionsvertrag** vom 12.03.2018 fand das Thema in der Folge Niederschlag: Als Teil des angekündigten „Pakt[s] für Rechtsstaat“ soll **gesetzgeberischer Handlungsbedarf** einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation **geprüft** werden.⁹ Nachdem inhaltlich dann lange Zeit nichts geschehen war, platzierte die Bundestagsfraktion „Die Linke“ das Thema mit einer **Kleinen Anfrage** an die

⁶ Tatsächlich hatte der erste, nie offiziell publizierte BMJV-Vorentwurf („Rohentwurf“ v. 11.01.2016) eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens den Versuch einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen unternommen; in den §§ 110a ff. StPO-RohE sollten VE und VP entgegen der Leitentscheidung BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228 einfach parallel geregelt werden. Schon im anschließenden Referentenentwurf allerdings wurde dieser Ansatz richtigerweise nicht mehr weiterverfolgt.

⁷ TOP II.8: „Sie bitten die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, auf den Abschluss der bereits eingeleiteten Prüfung eines etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs hinzuwirken und gegebenenfalls einen Gesetzentwurf zur Gewährleistung eines rechtssicheren Einsatzes von V-Personen vorzulegen“ (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/191107_beschluss/TOPII_8.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 01.01.2020).

⁸ *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (2015), S. 84 ff. Im Vordergrund stand dabei die Überlegung, das **Verbot rechtsstaatswidriger Tatprovokation** und deren **verfahrensrechtliche Folgen** gesetzlich zu regeln; der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass [...] *Verf.* Mitglied der Kommission war.

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 123.

Bundesregierung (BReg)¹⁰ im Dezember 2019 wieder höher auf der politischen Agenda des Bundestags.

Die jüngsten Entwicklungen geben [...] Anlass, mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des *agent provocateur*-Einsatzes hinzuweisen und für eine Lösung der mit ihm verbundenen rechtlichen Fragen einzutreten.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage (**B.**) bedeutete die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage nicht nur einen Gewinn in puncto Rechtssicherheit und Transparenz. Sie böte darüber hinaus die Möglichkeit, den seit Jahrzehnten auf den höchsten Ebenen der Rechtsprechung und in der Literatur schwelenden Streit um die strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation unmittelbar demokratisch legitimiert rechtspolitisch zu klären. Mehr als das ist eine spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung jedoch aus Gründen des Gesetzesvorbehaltes verfassungsrechtlich notwendig (**C.**). Der hier unterbreitete Vorschlag (**D.**) will als – erneute, über die Jahrzehnte immer wieder laut gewordene¹¹ – Bekräftigung der Notwendigkeit eines Gesetzes zur Frage der Tatprovokation durch VPen verstanden werden. Diese Frage kann nicht mehr nur deshalb weiter an das Ende der Legislaturperiode verschoben werden, weil eine rechtspolitische Einigung schwierig ist. Zugleich soll ein Diskussionsentwurf zum „Wie“ eines strafprozessualen VP-

¹⁰ BT-Drs. 19/15914 v.12.12.2019; die Antwort der BReg lag bei [der damaligen] Abfassung [des] Manuskripts noch nicht vor.

¹¹ Vgl. bereits *Ostendorf/Meyer-Seitz* StV 1985, 73 (80); *Jahn* ZStW 127 (2015), 549 (577 ff., 598 ff.); *Jahn/Kudlich* JR 2016, 54 (64); *Norouzi* AnwBl. Online 2018, 290 (291); *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 39 ff.; *C. Schmidt*, Grenzen des Lockspitzeinsatzes, 2016, S. 44 ff.; *v. Danwitz*, Staatliche Straftatbeteiligung, 2005, S. 142. Zur gesamten Entwicklung in der ersten Phase (seit dem bahnbrechenden Beitrag von *Lüderssen* FS K. Peters, 1974, S. 349) vgl. *dens.*, in: *ders.* (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 1 ff.; danach *ders.*, in: *Rechtsfreie Räume?* (Fn. 2), S. 337 (338 ff.).

Gesetzes vorgelegt werden, um den Einigungsprozess auf Basis heutiger wissenschaftlicher Erkenntnisse voranzubringen.

B. Die lex lata: Fehlende parlamentsgesetzliche Grundlage, Spaltprozesse in der Rechtsprechung

I. Strafprozessuales Gesetzgebungsdefizit

Der Ausgangspunkt für den Bundesgesetzgeber ist eine *tabula rasa*.

Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den *agent provocateur*-Einsatz existiert derzeit noch nicht. Zwar sieht § 110c StPO eine eng begrenzte Regelung für die Befugnisse Verdeckter Ermittler zum Betreten von Wohnungen unter ihrer Legende vor. Eine Berechtigung zur Provokation von Straftaten ist darin jedoch nicht enthalten und die Umkehrschlussfähigkeit der Vorschrift ist, ungeachtet des Generalverweises in § 110c S. 3 StPO („Im übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften“), Gegenstand methodisch anspruchsvoller Auslegungskontroversen. Da die Interessenlage beim Einsatz Verdeckter Ermittler, die im Wesentlichen passiv tätig werden, mit dem Vorgehen des *agent provocateur* nicht vergleichbar ist, scheidet auch eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO aus.¹² Ferner enthalten für den **präventiven Bereich** etwa **§ 9b BVerfSchG** und **§ 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG** spezielle Bestimmungen für den VP-Einsatz.¹³ Sie können jedoch weder zu repressiven Zwecken

¹² Näher BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 98 ff. m.w.N.

¹³ Mit **Ausnahme von Sachsen** enthalten **auch die Landespolizeigesetze ausdrückliche Regelungen** über Vertrauenspersonen, vgl. etwa § 16 HSOG (Hessen), § 36 Nds. PolG (Niedersachsen), Art. 38 BayPAG (Bayern), § 22 Abs. 1 Nr. 5 POG (Baden-Württemberg), § 26 ASOG (Berlin), § 19 PolG (Nordrhein-Westfalen); dazu zusf. *Eisenberg* GA 2014, 404 (417).

der Strafverfolgung herangezogen werden¹⁴ noch ermächtigen sie zu tatprovokierenden Handlungen.¹⁵ Gerade umgekehrt verschärft ihre schiere Existenz die Frage danach, warum es keine vergleichbaren strafprozessualen Ermächtigungen gibt.¹⁶ Die Rechtsprechung behilft sich heute noch immer mit einem **Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO**. Getrieben ist diese Auslegung des ebenso vagen wie porösen Tatbestandsmerkmals „Ermittlungen jeder Art“ von der Überzeugung der kriminalistischen Notwendigkeit des Einsatzes, um dem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden zu können.¹⁷ Zur Konkretisierung dieser Mission hat sie eine Reihe von Zulässigkeitskriterien entwickelt, die im Schrifttum vor allem wegen ihrer Unübersichtlichkeit¹⁸ und wegen Konflikten mit

¹⁴ Ausf. B. Gercke StV 2017, 615 (624).

¹⁵ Ausdrücklich sehen § 36 Abs. 3 Nds. PolG (Niedersachsen) und Art. 38 Abs. 4 BayPAG ein Verbot der Provokation von nicht zur Straftatbegehung bereiten Personen sowie zu Straftaten mit erheblich höherem Strafmaß vor.

¹⁶ Vgl. zu **§ 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG** Jahn JuS 2014, 371 (373); anderer Akzent aber in der fachgerichtlichen Entscheidung zum *Bremerhavener Kokainschmuggelfall* dazu sogleich nochmals unter **B.II.)** BGH StV 2014, 321 (324 Tz. 38): Die Vorschrift lege „nicht nahe, der Gesetzgeber habe durch diese – sich auf die dem BKA in § 4a Abs. 1 BKAG übertragenen Aufgaben beziehende – Teilregelung einen nicht ausdrücklich gesetzlich normierten Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen des Strafverfahrens als nicht mehr zulässig ansehen wollen. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers lässt sich insbes. den Materialien nicht entnehmen“. Indes hat der Bundesgesetzgeber vor mittlerweile mehr als einem Jahrzehnt gerade an den vom 5. *Strafsenat* zitierten Stellen auf BT-Drucks. 16/10121 S. 16, 25 ausdrücklich besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen wie weitgehende Richtervorbehalte und enge zeitliche Beschränkungen verlangt, wenn VPen durch das BKA zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden. Solche Grundrechtssicherungen durch Verfahren sind der StPO und den RiStBV bis heute fremd. Dass sich der *BGH* mit diesem handfesten Verfassungsproblem in kaum angemessener Prüfungsintensität auseinandergesetzt hat, nimmt dem Urteil vom 11.12.2013 viel an Überzeugungskraft.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 57, 250 (284) = StV 1981, 381 (zu VP); BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), NJW 1987, 1874 (1875); BGHSt 32, 345 (346) = StV 1984, 321; 45, 321 (324) = StV 2000, 57; 60, 276 (286) = StV 2016, 70 sowie BT-Drs. 14/1484, S. 23 (zum Scheinaufkauf von Betäubungsmitteln); Lesch JR 2000, 334 (337 f.).

¹⁸ *Braum*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 13 (15) spricht

den vom *EGMR* entwickelten Maßgaben¹⁹ auf Kritik gestoßen sind.

II. Bipolare Rechtsprechung

Ferner ist die derzeitige Rechtslage entscheidend geprägt von einem **inneren Zwiespalt der Rechtsprechung** bei der Frage nach den speziellen strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation.

Bekanntlich haben sich mit dem 2. *Strafsenat* des *BGH*²⁰ und dem *EGMR* in der wegweisenden Entscheidung *Furcht ./.* *Deutschland*²¹ Befürworter eines **Verfahrenshindernisses bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation** positioniert. Die Fraktion auf der anderen Seite bilden – in der amtlichen Sammlung BGHSt einige Seiten davor abgedruckt – der 1. *Strafsenat* des *BGH*²² sowie eine *Kammer* des *BVerfG* im Bremerhavener Kokainschmuggelfall.²³ Beide Spruchkörper vertreten den Grundsatz der **Strafzumessungslösung**, nach der eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nur zu einem gewichtigen und schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund führt, also

mit Blick auf die geheimen Ermittlungsmethoden von einem „Dickicht“ an Richterrecht.

¹⁹ Vgl. *F. Meyer/Wohlens* JZ 2015, 761 (769); krit. zu den Zulässigkeitstopoi des *EGMR Sinn/Maly* NSTZ 2015, 379 (381).

²⁰ BGHSt 60, 276 = StV 2016, 70 (Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14). Einer Lösung über die bloße Annahme eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots zuneigend ursprünglich noch *EGMR* NSTZ 1999, 47 (48) m. Anm. *U. Sommer – Teixeira de Castro ./.* *Portugal; Kinzig* StV 1999, 288 (292); *Chr. Jäger*, Beweisverwertung u. Beweisverwertungsverbote, 2003, S. 211. S. auch die Nachw. unten unter **D.II**.

²¹ *EGMR* StV 2015, 405 m. Anm. *Pauly – Furcht ./.* *Germany* (Urt. v. 23.10.2014 – Beschwerde-Nr. 54648/09).

²² BGHSt 60, 238 = StV 2016, 78 (Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15), vorher schon st. Rspr., vgl. BGHSt 32, 345 (348 ff.) = StV 1984, 321; 45, 321 (332 ff.) = StV 2000, 57 m. krit. Anm. *Endriß/Kinzig* NSTZ 2000, 271; zahlr. weitere Nachw. zur ält. Rspr. bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 148a.

²³ *BVerfG* (2. *Kammer* des 2. *Senats*) StV 2015, 413 m. abl. Anm. *Jahn* JuS 2015, 659. Zuf. zur Kritik *Eschelbach* GA 2015, 545 (559).

lediglich im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung (vgl. § 46 StGB) zu berücksichtigen sei. Zwar sind im letzten Jahrfünft keine weiteren Verwerfungen und Spaltprozesse in der Rechtsprechung mehr auffällig geworden. Indes ist der derzeitige bipolare Rechtszustand für **OK- und BtM-Dezernentinnen und -Dezernenten der Staatsanwaltschaft** dauerhaft ebenso **schwer zumutbar** wie für die **Tatrichter bei den Landgerichten**. In der derzeitigen **judikativen Kakophonie** ist für alle Beteiligten in der Instanz schwer antizipierbar, welches Höchstgericht den Ton angibt. Erfahrungsgemäß führt dies in der Justizpraxis zu **Frustration und Indolenz**.

III. Zwischenfazit

Die Regelungsbedürftigkeit des *agent provocateur*-Einsatzes im Strafverfahren drängt sich insgesamt bereits aus rechtspolitischen und -praktischen Gründen auf. Das „**Vertrauen in den Rechtsstaat**“, das große Wort, das der **Koalitionsvertrag** im Munde führt,²⁴ würde durch eine gesetzliche Klarstellung der Einsatzvoraussetzungen und -folgen tatsächlich substanzielle Stärkung erfahren, wenn und soweit die Regelung ihrerseits rechtsstaatlich Maß hält.

C. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in der StPO – und die Rechtsfolgen bei Verzug des Gesetzgebers

Indes ist der Gesetzgeber bei der Beantwortung der Frage nach dem „*Ob*“, aber auch dem „*Wann*“ einer StPO-Regelung der Tatprovokation aus Gründen höherrangigen Rechts nicht mehr frei; er **schuldet dieses Gesetz**. Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage erscheint [...] aus

²⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 9), S. 123.

Gründen des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung der **Wesentlichkeitstheorie** zwingend.²⁵

Dies führt neben der besonderen zeitlichen Dringlichkeit des Vorhabens auch zu unangenehmen Folgefragen für – und zugleich an – die Strafverfolgungspraxis. Sie stellen sich genau dann, wenn der **Gesetzgeber trotz erkannten verfassungsrechtlichen Regelungsdefizits** weiterhin **untätig bleibt**. Hier kann die Fairness dennoch durchgeführter Strafverfahren auf dem Prüfstand stehen – und dies unabhängig davon, ob die **EGMR-Warnsignale** wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Einzelfall tatsächlich anschlagen. Der Fairnessverstoß resultiert nicht erst aus der konkreten Tatprovokation der zweiten Gewalt als solcher, sondern bereits aus der staatlichen Untätigkeit der ersten Gewalt trotz evidenten Regelungsbedürfnisses und jederzeit abrufbarer politischer Regelungsmöglichkeit.

Grundrechtsdogmatisch kann es sich um einen Fall sog. **echten Unterlassens des Gesetzgebers** handeln. Bereits einfach-rechtliche Vorschriften wie die §§ 92, 95 Abs. 1 BVerfGG machen deutlich, dass nach den eigenen Vorstellungen des Gesetzgebers auch ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt z.B. Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann. Infolgedessen hat auch das *BVerfG* die Rückbarkeit gesetzgeberischen Unterlassens, wenn auch in relativ engen Grenzen, grundsätzlich akzeptiert. Der Gesetzgeber muss dann trotz eines ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrages, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen umgrenzt, gänzlich

²⁵ Vgl. dazu auch bereits *Dencker* FS Dünnebieber, 1982, S. 447 (457); *Jahn/Kudlich* JR 2016, 54 (63 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 85 f.

untätig geblieben sein.²⁶ In neueren Entscheidungen hat das *Gericht* darüber hinaus individuelle Rechte auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten anerkannt.²⁷ Beide Wurzeln des Anspruchs auf gesetzgeberisches Tätigwerden könnten im *agent provocateur*-Kontext aktiviert werden.

Das zentrale Argument einer dezidiert *fair trial*-skeptischen **Gegenmeinung** in der bis 2015 ständigen Strafrechtsprechung des *BGH*²⁸ – wegen der Unbestimmtheit des Prinzips sei aus Gründen der Rechtssicherheit die Annahme eines Verfahrenshindernisses durch die Rechtsprechung *praeter legem* prinzipiell ausgeschlossen –, ist durch mancherlei Konkretisierungen in der Rechtsprechung, nicht zuletzt im **Bonner Tatprovokationsfall** durch das in BGHSt 60, 276 (282 Tz. 18 ff.) = StV 2016, 70 veröffentlichte, bahnbrechende Urteil, heute so **kaum mehr vertretbar**.²⁹ Angesichts offensichtlich grober Verstöße gegen auf Freiheit und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugungen, deren Eingriffsintensität jenseits derjenigen liegt, die § 338 StPO zum absoluten Revisionsgrund erhebt, kann die Einstellung

²⁶ BVerfGE 11, 255 (261 f.); Nachw. zur (überwiegend zustimmenden) Diskussion im verfassungsprozessualen Schrifttum bei *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge*, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017, Rn. 106 ff.

²⁷ BVerfGE 39, 1 (41); 49, 89 (141 f.); 56, 54 (73); 88, 203 (251 f.) sowie auch (unter Betonung des Art. 19 Abs. 4 GG) BVerfGE (*Plenum*) 107, 395.

²⁸ Vgl. BGHSt 32, 345 (350) = StV 1984, 321; 33, 283 f. = StV 1985, 398; 37, 10 (13) = StV 1990, 295; 42, 191 (193) = StV 1996, 521; 45, 321 (333 f.) = StV 2000, 57.

²⁹ Davor schon in OLG Rostock StV 2011, 220 (221); LG Bremen StV 2011, 223 (Ls) und, allen voran, das berühmte *Schmücker*-Urteil des LG Berlin, dessen Abdruck [der *Strafverteidiger*] seinerzeit ein ganzes Heft gewidmet hat: StV 1991, 371 (397); dazu auch *Jahn* NJW-Festheft Tepperwien, 2010, S. 25.

in jeder Lage des Strafverfahrens nach den §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO geboten sein.³⁰

I. Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Praxis mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG

1. Zur gesetzgeberischen Handlungsverpflichtung

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gilt bekanntlich als „zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips“³¹. Er wird vorwiegend in der Bindungsklausel des Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG verortet.³² Das *BVerfG* hat unterstrichen, dass der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat (**Wesentlichkeitstheorie**).³³ Daraus folgt für das Parlament ein „**Delegationsverbot**“³⁴. Es gilt in Richtung der dritten Gewalt und auch für den Sachbereich des Strafprozessrechts.³⁵ Kehrseitig entfaltet es seine Wirkung für die vollziehende Gewalt als Verbot, ohne wirksame gesetzliche Grundlage tätig zu werden. Die **derzeitige Praxis strafprozessualer Ermittlungen**, die die

³⁰ Jahn ZStW 127 (2015), 549 (576); Saliger ZStW 116 (2004), 35 (61); Rieß JR 1985, 45 (48); Roxin FG 40 Jahre BGH, 1991, S. 66 (85); LR-StPO/Kühne, 27. Aufl. 2016, Einl. I Rn. 116; Tyszkiewicz (Fn. 11), S. 224; Schuska, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006, S. 134.

³¹ Dreier-GG/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. 2018, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 105.

³² BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126); BVerwGE 109, 29 (37); Sachs-GG/Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 114 m.w.N.

³³ St. Rspr.: BVerfGE 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126); 84, 212 (226); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 123, 39 (78); grdlg. BVerfGE 33, 125 (158 f.). Krit. VerfGH NRW NJW 1999, 1243 (1244) m. zutr. abl. Anm. E.-W. Böckenförde NJW 1999, 1235 (1236).

³⁴ Maunz/Dürig-GG/Grzeszick, 88. EL 08/2019, Art. 20 Rn. 106.

³⁵ Sachs-GG/Sachs (Fn. 32), Art. 20 Rn. 113 m.w.N. Speziell für das Strafverfahrensrecht B. Gercke StV 2017, 615 (621); Jahn ZStW 118 (2006), 427 (429 ff.); LR-StPO/Lüderssen/Jahn (Fn. 29), Einl. M Rn. 60 f. u. 92; Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 32 ff.

Tatprovokation auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO stützt, wird diesen **Anforderungen nicht gerecht**.³⁶ Der Einsatz greift *per se*, auch in seinen schlichtesten Formen, in den Schutzbereich zahlreicher Grundrechte ein.

Zu verzeichnen sind im Einzelnen Beeinträchtigungen des Rechts auf soziale Integriertheit³⁷ und des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**, jeweils als Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der allgemeinen Handlungsfreiheit, des Sozialstaatsprinzips und des im **Recht auf ein faires Verfahren** oder in einem Grundrecht auf Verteidigung verankerten **nemo tenetur-Grundsatzes**. Für die Beurteilung der den Gesetzgeber zur Entscheidung verpflichtenden Wesentlichkeit nimmt derweil nicht nur das Vorliegen, sondern gerade auch die Intensität der multiplen Grundrechtsbeeinträchtigungen eine herausgehobene Stellung ein. Weitere, hier ebenfalls anschlagende Indikatoren,³⁸ bilden die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, die individuelle oder kollektive Langzeitwirkung des Handelns, die Größe des Adressatenkreises und die Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit der gesetzlichen Regelungswirkung.

³⁶ Im Ergebnis ebenso bereits *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (Fn. 8), S. 86; *Hefendehl StV* 2001, 700 (704); *Jahn/Kudlich JR* 2016, 54 (63); *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 369 u. 377; *LR-StPO/Hauck*, 27. Aufl. 2019, § 110a Rn. 14; *SSW-StPO/Eschelbach*, 3. Aufl. 2018, § 110a Rn. 11; *MüKo-StPO/R. Günther*, 2014, § 110a Rn. 29; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 80 ff.; v. *Danwitz* (Fn. 11), S. 142. Zur Rechtslage vor der Neufassung der §§ 161, 163 StPO *Dencker*, FS Dünnebier (Fn. 25), S. 447 (457); *Fischer/Maul NStZ* 1992, 7 (10); *Hillenkamp NJW* 1989, 2841 (2849); *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 105.

³⁷ Näher hierzu *R. Keller* (Fn. 1), S. 87 ff., der das „subjektive Recht der Bürger auf Wahrung ihrer sozialen Integration“ überzeugend herleitet.

³⁸ Vgl. *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 m.w.N.

Dass Tatprovokationen die damit geforderte Intensitätsschwelle überschreiten belegt zudem der Vergleich mit bereits vorliegenden Judikaten des **BVerfG** zu vergleichbaren Sachmaterien. So hat das *Gericht* in seinem Urteil zum **BKA-Gesetz** im Jahr 2016 dem schlichten Einsatz von **VE oder VPen** ausdrücklich „**sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe**“³⁹ attestiert.

Im **Sedlmayr-Beschluss** vom 01.03.2000 hat es sich darüber hinaus, wenn auch seinerzeit eher im Sinne eines dilatorischen Formelkompromisses in einer singulären Entscheidungssituation – für das Erfordernis einer **speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage** ausgesprochen, wenn „das Vorgehen der Vertrauensleute [...] sich nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter [darstellt], sondern [...] als eine heimliche Befragung einer Aussageperson“⁴⁰. Immerhin: Für die Provokation von Straftaten, deren Eingriffsintensität als aktive Einwirkung auf steuerbares Verhalten des späteren Beschuldigten diejenige einer heimlichen Befragung noch übersteigt, muss diese Forderung erst Recht gelten.

Der heute praktizierte Rückgriff auf die **§§ 161, 163 StPO** vermag jene schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu rechtfertigen. *Björn*

³⁹ BVerfGE 141, 220 (290) = StV 2016, 413 (Ls.) [„Allerdings umfassen diese ... **sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe**, wie etwa ... das **Ausnutzen von Vertrauen durch Verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen**] als Andeutung einer „Trendwende“ beim *BVerfG* auch gedeutet von BeckOK-StPO-RiStBV/T. *Engelstätter*, 35. Ed. Stand 01.10.2019, Anl. D RiStBV Rn. 2 a.E.: „Ob es diese Auffassung in einer geeigneten Konstellation auch auf den Einsatz einer V-Person in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren übertragen wird, ist noch offen“. [...] *Verf.* [ist] insoweit optimistischer.

⁴⁰ BVerfG NStZ 2000, 489 (490) m. krit. Anm. *Rogall* u. krit. Anm. *Weßlau* StV 2000, 468 (471). Zu den unglücklichen Rahmenbedingungen der Entscheidungsfindung in der BVerfG-Kammer nach der schweren Erkrankung des Berichterstatters *Jahn* FS Widmaier, 2008, S. 821 (827 f.).

Gercke, der sich [...] ⁴¹ ebenfalls für eine baldige gesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes ausgesprochen hat, weist mit Recht noch auf die *ab initio* begrenzte Leistungsfähigkeit der Vorschriften hin. Der StPO-Gesetzgeber selbst hatte sie als „**begrenzte Generalklauseln**“ für „**weniger gewichtige Eingriffe**“ ⁴² konzipiert. Auch der 3. *Strafsenat* des *BGH* hat im Jahr 2007 in der wichtigen Entscheidung zur strafprozessualen **Unzulässigkeit der verdeckten Online-Durchsuchung** ausgeführt, dass von der **Ermittlungsgeneralklausel** nur Maßnahmen erfasst seien, die „**lediglich geringfügig in die Grundrechte [...] eingreifen**“ ⁴³; diese Aussage ist durch die Einfügung des § 100b Abs. 1 StPO als spezielle Ermächtigung für die StPO-Standardmaßnahme der Online-Durchsuchung zehn Jahre später nicht dementiert, sondern gerade bestätigt worden.

2. Zwischenergebnis

De lege lata ist die **Tatprovokation im Strafverfahren** nach alledem **derzeit** wegen **Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in der Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie verfassungswidrig**.

⁴¹ *B. Gercke* StV 2017, 615 (623) sowie HK-StPO/*ders.*, 6. Aufl. 2019, § 110a Rn. 22.

⁴² BT-Drs. 14/1484, S. 16 f.

⁴³ BGHSt 51, 211 (218 Tz. 21) = StV 2007, 115; zur dem zugrundeliegenden Schwellentheorie auch *B. Gercke* StV 2017, 615 (623); *Jahn/Kudlich* JR 2007, 57 (61); *Jahn* FS Karras, 2010, S. 495 (504); *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 74 ff. Zweifelnd, ob der Rückgriff auf die Generalklausel für ein verdecktes Verhör durch einen noeP ausreicht, die Frage im Ergebnis im Tegeler Bandido-Fall (vgl. *Jahn* StraFo 2010, 117 [120]) aber dahin stehen lassend, BGHSt 55, 138 (143 f. Tz. 18) = StV 2010, 465; vgl. insofern *Jahn* JuS 2010, 832 (833); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 84.

II. Kein schutzwürdiges Interesse an staatlicherseits „brauchbarer Illegalität“

1. Luhmann revisited

Ein gewisser praktischer Nutzen aus dem gegenwärtigen Rechtszustand, nach dem die Einzelheiten des Lockspitzeinsatzes im Verborgenen bleiben, lässt sich aus Sicht der Strafverfolgung kaum von der Hand weisen. Denn es steht die Befürchtung im Raum, professionell organisierte Milieus könnten ihre Aktivitäten an den Grenzen der Zulässigkeit ausrichten und ihrerseits z.B. **Keuschheitsproben** so konfigurieren, dass VPen ihre Mission bei Meidung der Überschreitung offen legen müssten.⁴⁴ **Zu viele Formalia** würden den V-Mann-Einsatz entwerten, jedenfalls **erschweren**.

Ein **Graubereich** staatlichen Handelns beim Einsatz von V-Leuten scheint vor diesem Hintergrund ein weiterer Anwendungsfall **brauchbarer Illegalität** zu sein. *Niklas Luhmann*⁴⁵ verstand darunter Handlungen innerhalb eines Systems, die zwar die positivierten Regeln überschreiten, aber der Systemstabilität dennoch nützlich sind. Doch ist schon der Grundgedanke bei der Anwendung auf die Welt der Tatprovokation brüchig. Denn wer den kriminellen Milieus das Studium der Rechtsgrundlagen zutraut, der muss ihnen auch eine Analyse der EGMR-Rechtsprechung⁴⁶ zutrauen – und das ist exakt die Logik der Normappellfunktion von Rechtsprechung, für die prototypisch die Betonung des Opferschutzes in der Rücktrittsjudikatur der letzten

⁴⁴ Dazu bereits *Lüderssen* FS BGH IV, 2000, S. 883 (892) m.w.N.; zur parallel gelagerten Befürchtung bei Keuschheitsproben *Lesch* StV 1993, 94 (95 f.); *Deutscher Richterbund* DRiZ 1991, 457.

⁴⁵ Vgl. bereits *Luhmann* VerwArch 55 (1964), 1 (15); kommentierend *K. F. Röhl* FS Heldrich, 2005, S. 1161 (1163 f.). Aufschlussreich dazu im strafprozessualen Kontext *Altenhain*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), 4. Karlsruher Strafrechtsdialog: Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille? 2013, S. 63 (65).

⁴⁶ S. oben **B.II.**

Jahrzehnte steht. Ein Versuchstäter, der die goldenen Brücken, die der *BGH* ihm gebaut hat,⁴⁷ überhaupt nicht kennt, kann sich von spät erreichten Rücktrittshorizonten und sonstigen Gesamtbetrachtungen zu gar nichts motivieren lassen. Ein Absehen von einer *gesetzlichen* Regelung ersetzt also nicht *verhaltenssteuernde* Regelungen (durch die Rechtsprechung oder Verwaltungsvorschriften wie die Anlage D zu den RiStBV).

In erster Linie allerdings ist das Argument, man solle die **Dinge lieber im Halbdunkeln lassen**, um im Einzelfall passgenau (nach-) steuern zu können, **eines demokratischen Rechtsstaates unwürdig**.⁴⁸ Es ist gerade die Heimlichkeit der Maßnahme, die das Bedürfnis des Bürgers erhöht, die Rechtslage zu kennen und – da er sich des Eingriffs nicht erwehren kann – sein Verhalten darauf auszurichten.⁴⁹ Genau dies war das **gesetzgeberische Motiv im präventiv-polizeilichen Bereich** bei den Regelungen in den §§ 9b **BVerfSchG**, 28 Abs. 2 Nr. 3 **BPolG**, 20g Abs. 2 Nr. 2 **BKAG**.⁵⁰ Dass repressiv-polizeiliches etwas anderes gelten könnte, ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Allenfalls sind, wie im Strafprozessrecht generell, Abstriche bei der Regelungsbestimmtheit gegenüber dem materiellen Recht begründbar.⁵¹

⁴⁷ Die ursprüngliche Skepsis von BGHSt 9, 48 (52) („Er [der Täter – *die Verf.*] wird oft nicht einmal wissen, noch weniger sich vor Augen halten, daß er sich Straflosigkeit verschaffen kann, wenn er sein verbrecherisches Vorhaben aufgibt“) ist spätestens seit BGHSt (GrS) 39, 221 (232) = StV 1993, 408 nur noch eine Rechts-Geschichte.

⁴⁸ So auch *B. Gercke* StV 2017, 615 (618).

⁴⁹ Vgl. *Hund* StV 1993, 379 (380); *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217; *Hefendehl* StV 2001, 700 (703); *Dreier-GG/Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 136; *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 84.

⁵⁰ Oben **B.I.**

⁵¹ *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 369 f.; LR-StPO/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 59 ff.

2. Zwischenergebnis

Was am Ende [der] Analyse der *lex lata* einzig Bestand hat, ist die von maßgeblichen Stimmen betonte kriminalistische Notwendigkeit des Einsatzes von VPen,⁵² für deren offensichtliche Fehlsamkeit nichts ersichtlich ist. Es ist aber unstreitig,⁵³ dass allein der Satz „**der Zweck heiligt die Mittel**“ nicht den **Ersatz für eine gesetzliche Regelung** zu liefern vermag.

D. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation

Die Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Tatprovokation haben für den provozierten Bürger ebenso wie für den *agent provocateur* verhaltenssteuernde Funktion. So kann es für den Tatprovozierten von der präzisen Grenze der Rechtmäßigkeit abhängen, ob er eine u.U. mehrjährige Haftstrafe zu verbüßen haben wird oder ob das Verfahren gegen ihn wegen eines unbeheblichen Verfahrenshindernisses einzustellen ist. Andererseits braucht der *agent provocateur* eine eigene Strafbarkeit – nur – dann zu besorgen, wenn er die Grenzen des prozessual Erlaubten überschreitet. Doppelfunktionell dient die prozessgesetzliche Regelung zugleich als materiell-strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der insbesondere den allgemeinen strafrechtlichen Notrechten wie § 34 StGB vorgeht.⁵⁴

⁵² Vgl. nochmals *BVerfGE* 57, 250 (284) = StV 1981, 381; *BVerfG* (3. Kammer des 2. Senats) NJW 1987, 1874 f.; näher Handbuch BtM-Strafrecht/C. Nestler, 1998, § 11 Rn. 378 ff.

⁵³ *Bruns* NStZ 1983, 49 (51); *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7 (9 f.); *Eschelbach* StV 2000, 390 (391 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 95 f.; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 605.

⁵⁴ LR-StPO/Lüderssen/Jahn (Fn. 29), Einl. M Rn. 46 m.w.N.: „Was prozessual erlaubt ist, kann nicht strafbar sein“:

I. Festlegung konkreter Einsatzvoraussetzungen

1. Legaldefinition der Tatprovokation

Die herkömmliche Kurzdefinition eines *agent provocateur* als „derjenige Anstifter, der nur den Versuch der Haupttat will“⁵⁵, wird den strafprozessualen Aspekten des Phänomenbereichs nicht gerecht. Nicht nur, dass der auf den Versuchs-„Erfolg“ gerichtete Wille in Konflikt zu den äußerst praxisrelevanten Gefährdungsdelikten im Drogenstrafrecht steht, auch die Beschränkung der Einwirkung auf die Anstiftung (d.h. auf Formen des Bestimmens im Sinne des § 26 StGB) greift vor dem Hintergrund subtiler polizeilicher Handlungsroutinen zu kurz. Demgegenüber sind die begrifflichen Eingrenzungsversuche des *BGH* und des *EGMR* zwar durchaus differenziert.⁵⁶ Sie divergieren jedoch in Einzelaspekten, sind schon im Ansatz auf die Frage der Rechtmäßigkeit ausgerichtet und tragen daher wenig zu einer Abgrenzung zu „schlichten“ bzw. passiven Formen verdeckter Ermittlungen bei.

[Vorgeschlagen wird] deshalb [...], den Kreis möglicher Provokationshandlungen weit zu fassen und darunter jedes staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses zu verstehen, das den Zweck verfolgt, den Betroffenen wegen der veranlassten Straftat zu überführen.

2. Mindestanforderung des Tatverdachts

Als Maßnahme der Strafverfolgung, die einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen ist,⁵⁷ erweist sich das **Erfordernis des Tatverdachts** als „**nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke**“⁵⁸ des *agent provocateur*-

⁵⁵ Vgl. bereits *Karge*, *Der Agent Provocateur*, 1969, S. 11 ff.

⁵⁶ S. Nochmals oben **B.II**.

⁵⁷ Vgl. BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281; 45, 321 (337) = StV 2000, 57; 47, 44 (48) = StV 2001, 492.

⁵⁸ *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7 (12), *U. Sommer* NStZ 1999, 48 (49).

Einsatzes. Eine bloße „Tatgeneigntheit“ oder der mögliche „Verdacht einer zukünftigen Straftat“ – diese Formulierungen finden sich in der Rechtsprechung⁵⁹ – vermögen eine Straftatprovokation noch nicht zu legitimieren.⁶⁰

3. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Erfordernis der Wiederholungsgefahr

Die erhebliche Eingriffsintensität und der spezielle Zweck der Tatprovokation gebieten es von Verfassungs wegen, den Anwendungsbereich auf bestimmte Kriminalitätsbereiche zu reduzieren. [Vorgeschlagen wird deshalb], den **VE-Deliktskatalog des § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO** heranzuziehen, aber unter Aussparung der Staatsschutzdelikte als Katalogfall mit einer auf gewerbs- oder bandenmäßige Begehungsweisen begrenzten Generalklausel (§ 110d Abs. 1 Nr. 2 StPO-E) der künftigen Kriminalitätsentwicklung Rechnung zu tragen. Dies sollte Kataloghypertrophien wie bei § 100a StPO vorbeugen und zugleich die Gesetzgebung entlasten.⁶¹ Zudem muss die **objektivierbare Gefahr wiederholter Tatbegehung** bereits eine Einsatzvoraussetzung bilden.⁶² Der *EGMR*⁶³ hat insofern betont, dass es Anhaltspunkte dafür geben muss, dass der Betroffene die Tat auch ohne eine Provokation begangen hätte.

⁵⁹ EGMR StV 2015, 405 (407 Tz. 50) – *Furcht ./. Germany*; BGHSt 60, 276 (284 Tz. 24) = StV 2016, 70.

⁶⁰ So auch *Sieg StV* 1981, 636 (637); *Fischer/Maul NStZ* 1992, 7 (10 f.); *U. Sommer StraFo* 2000, 150 (153); *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 168 ff.; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 196 f.

⁶¹ Zur Begründung auch *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 209 f.

⁶² So auch *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 174 ff.

⁶³ EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 54) – *Furcht ./. Germany*. Genauer zu den drei Voraussetzungen des vom *Gerichtshof* in dieser Entscheidung fortentwickelten *substantive test of incitement* (»keine weitgehend passive Strafermittlung«, »Involvierung des Betroffenen in oder Neigung zu strafbare(n) Handlungen im Vorfeld« und »Ausübung von Druck«) *Schmitt-Leonardy EuCLR* 2017, 304 (310 f.); *Jahn/Kudlich JR* 2016, 54 (58).

4. Subsidiaritätsklausel

Um zu gewährleisten, dass Behörden nicht vorschnell auf die grundrechtsinvasive Tatprovokation zurückgreifen und *eo ipso* die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sprengen, ist es angezeigt, den *agent provocateur*-Einsatz nur unter Wahrung **strenger Subsidiarität** zu erlauben, mögen die bisherigen Erfahrungen mit der Justiziabilität von Subsidiaritätsklauseln bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auch wechselhaft sein.

5. Verbot des Quantensprungs

Um der provozierten Straftat qualitative Grenzen zu setzen und sie an die Anlasssituation rückzukoppeln, sollte das von der Rechtsprechung⁶⁴ entwickelte Verbot des Quantensprungs bei einem **groben Missverhältnis zwischen Provokation und Tatgeneigntheit** Eingang in die gesetzliche Regelung finden.

6. Begrenzung der Einwirkungsintensität

Der Provokationshandlung selbst sind weiterhin absolute und relative Grenzen der Einwirkungsintensität zu setzen. Mit Rücksicht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren für den Betroffenen ist es den eingesetzten Ermittlern unterschiedslos zu untersagen, sich zur **Herbeiführung des Tatenschlusses unlauterer Mittel** zu bedienen.⁶⁵ Darunter fallen etwa das Ausnutzen von Not- oder Zwangslagen, der Missbrauch besonderer Vertrauensverhältnisse, die Anwendung von Zwang i.S.d. § 136a StPO, erhebliche Druckausübung und beharrliches Drängen zur Tat. Ferner

⁶⁴ Vgl. EGMR (*Große Kammer*), NJW 2009, 3565 (3568 Tz. 71) – *Ramanauskas ./. Litauen*; EGMR NJW 2012, 3502 (3503 Tz. 27) – *Prado Bugallo ./. Spanien*; BGHSt 47, 44 (49) = StV 2001, 492; dazu auch *Kinzig* StV 1999, 288 (292); *Jahn* JuS 2014, 371 f.; *F. Meyer/Wohlens* JZ 2015, 761 (769).

⁶⁵ S. bereits BGH NStZ 1982, 126 (Inaussichtstellen der Überlassung von Heroin als Belohnung für die Mitwirkung); StV 1985, 272 (arglistiges Ausnutzen einer Not- oder Zwangslage).

darf die zulässige Provokationsintensität nicht außer Verhältnis zu dem gegen die Zielperson bestehenden Tatverdacht stehen.⁶⁶

7. Vorbehalt richterlicher Zustimmung

Mit der Tatprovokation gehen schwerwiegende Grundrechtseingriffe einher, die typischerweise keine vorherige Anhörung des Betroffenen erlauben und ihn beim nachträglichen Rechtsschutz (vgl. § 33a S. 1 StPO) vor vollendete Tatsachen stellen. Durch die Aufnahme eines **Richtervorbehalts** (§ 162 StPO) geht der Versuch einher, die damit einhergehende Schutzlosigkeit des Betroffenen im Wege vorbeugender Rechtmäßigkeitskontrolle zu kompensieren.⁶⁷ Bei besonders eilbedürftigen Ausnahmefällen⁶⁸ ist es zudem angezeigt, der **Staatsanwaltschaft** eine **Eilkompetenz** zuzugestehen und die nachträgliche Einholung der richterlichen Zustimmung ausreichen zu lassen. Im Zuge ihrer umfassenden Leitungsaufgabe und Verantwortlichkeit für eine ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens ist die Staatsanwaltschaft schließlich fortwährend an der Maßnahme zu beteiligen.⁶⁹

II. Ausdrückliche Regelung des Verfahrenshindernisses als strafprozessuale Konsequenz rechtsstaatswidriger Tatprovokation

Hält sich ein *agent provocateur* an die zu I. erläuterten Vorgaben, steht einer Verurteilung des provozierten Täters

⁶⁶ St. Rspr.: BGHSt 60, 276 (286 f. Tz. 28) = StV 2016, 70; 60, 238 (245 Tz. 25) = StV 2016, 78; 47, 44 (49) = StV 2001, 492.

⁶⁷ Zur verfassungsrechtlichen Zwecksetzung des Richtervorbehalts statt Vieler LR-StPO/*Tsambikakis*, 27. Aufl. 2019, § 105 Rn. 25.

⁶⁸ Vgl. die Sachverhaltsgestaltung in BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281.

⁶⁹ Dazu auch EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 53) – *Furcht ./. Germany*, BVerfG (2. Kammer des 2. Senats) StV 2015, 413 (415 Tz. 36); zusf. *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 304 (313).

grundsätzlich nichts entgegen. Das Tatgericht wird die Tatprovokation jedoch, wie schon bislang, materiell-rechtlich (spätestens) beim allgemeinen Strafzumessungsakt (§ 46 Abs. 2 StGB) mildernd zu berücksichtigen haben, da aufgrund der staatlichen Einflussnahme typischerweise das Handlungsunrecht des Täters und aufgrund der Kontrolle des Geschehens das Erfolgsunrecht der Tat gemindert sind.

Übersteigt ein *agent provocateur* indessen die Grenzen der Zulässigkeit und bestimmt er die Zielperson rechtsstaatswidrig zur Vornahme einer Straftat, folgt daraus ein **Verfahrenshindernis** im Verfahren gegen den Tatprovozierten. Eine – auch nur abgestufte – **Strafzumessungslösung ist konventionswidrig**.⁷⁰ Das Verfahren, in dem sich eine Verurteilung lediglich auf die rechtsstaatswidrige Provokation des Täters stützen ließe, darf nicht weiter geführt werden.⁷¹ Im Rahmen der zu schaffenden Regelung sollte der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Stellung zu den in

⁷⁰ So auch *U. Sommer* StraFo 2014, 508 (510); *Pauly* StV 2015, 411 (412); *Sinn/Maly* NSTZ 2015, 379 (382); *F. Meyer/Wohlers* JZ 2015, 761 (764, 770); *Lochmann* StraFo 2015, 492 (495); *Petzsche* JR 2015, 88 (89); *Jahn/Kudlich* JR 2016, 54 (60); *Chr. Jäger* JA 2016, 308 (310); *C. Schmidt* ZIS 2017, 56 (64 f.); *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 303 (315 f.); a.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (266) sowie bereits oben **B.II.**

⁷¹ Für ein Verfahrenshindernis neben BGHSt 60, 276 auch die heute ganz h.M. im Schrifttum, vgl. *Güntge*, FS Ostendorf, 2015, S. 387 (396); *Meyer-Lohkamp* StraFo 2017, 45 (53); *Schmitt-Leonardy*, EuCLR 2017, 303 (317); *Mitsch* NSTZ 2016, 57 (58); *Eidam* StV 2016, 129 (130); *Satzger* Jura 2015, 660; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 (286); *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114 (117); *Eschelbach* StV 2000, 390 (395); *Kempf* StV 1999, 128 (130); *Hillenkamp* NJW 1989, 2841 (2843 f.); *Schumann* JZ 1986, 66 (72); *Lüderssen* Jura 1985, 113; *Taschke* StV 1984, 178 (179 ff.); *J. Meyer* ZStW 95 (1983), 835 (853); LR-StPO-EMRK/Esser, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 267; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 225. A.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (267 f.) (abgestufte Strafzumessungslösung) sowie die materiell-strafrechtlichen Lösungsmodelle bei *Sinn/Maly* NSTZ 2015, 379 (382 ff.) (Reduzierung des staatlichen Strafanspruchs auf Null) einerseits und *I. Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, 4. Aufl. 2004, S. 220 ff. sowie *C. Roxin* JZ 2000, 369 (370) (persönlicher Strafausschließungsgrund) andererseits.

der Rechtsprechung kontroversen Rechtsfolgen des Einsatzes beziehen.

III. Entwurf eines § 110[e] StPO n.F.

Der hier unterbreitete Vorschlag wird systematisch im Kontext der bestehenden Regelung zum VE-Einsatz als § 110[e]*** StPO-E verortet. Wegen ihrer gesteigerten professionellen Zuverlässigkeit als Beamte des Polizeidienstes (§ 110a Abs. 2 S. 1 StPO) beschränkt er sich auf Verdeckte Ermittler als *agents provocateurs*.⁷² Es erscheint perspektivisch nicht ausgeschlossen, die Regelung für den noeP, insbesondere einmalig auftretende Scheinkäufer, oder unter bestimmten Voraussetzungen zukünftig auch für alle Informanten zu öffnen.⁷³ Dies sollte jedoch der Auswertung einer in einem Artikelgesetz vorzusehenden Evaluation der Regelung frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit Inkrafttreten vorbehalten bleiben, um Erfahrungen mit ihren Wirkungen einfließen lassen zu können.

§ 110[e] StPO Tatprovokation

(1) Verdeckte Ermittler (§ 110a Abs. 2 Satz 1) dürfen eine Tat provozieren, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder
2. gegen ein sonstiges Allgemeinrechtsgut
 - a) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
 - b) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

*** Nach Publikation des ursprünglich als § 110d StPO-E konzipierten Regelungsvorschlags in StV 03/2020, 207 (213) ist im geltenden § 110d StPO seit dem 03.03.2020 (BGBl. I, S. 431) ein besonderes Verfahren bei Einsätzen zur Ermittlung von Straftaten nach § 184b StGB geregelt. Die Regelung wird daher, inhaltlich unverändert, nunmehr als § 110e StPO-E vorgeschlagen.

⁷² Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH NSTZ 1995, 513 (514).

⁷³ Vgl. nochmals Nr. 2.2 der Anlage D zu den RiStBV: »V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird«.

begangen worden ist und die Gefahr der Wiederholung besteht. Die Maßnahme ist nur zulässig, soweit die Verfolgung der Anlasstat oder einer Wiederholungstat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen. Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.

(3) Tatprovokationen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden; die Anordnung bedarf stets der Schriftform. Die Maßnahme ist bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen schriftlich zustimmt.

(4) Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist das Verfahren gegen den Provozierten wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen.

E. Neuere Entwicklungen zur Frage der Regelungsbedürftigkeit der Tatprovokation und des VP-Einsatzes

Der vorstehend unterbreitete Vorschlag wird durch die Entscheidung des **EGMR** in der Sache **Akbay u.a.**⁷⁴ nochmals bestätigt. Während das **BVerfG** auf Basis der Strafzumessungslösung keinen Verstoß gegen das Grundgesetz zu erkennen vermochte und die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm, wurde die Bundesrepublik Deutschland in Straßburg wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verurteilt und eine Entschädigung zugesprochen. Damit „erteilt der **EGMR** der vom **BGH** vertretenen und vom **BVerfG** gebilligten **Strafzumessungslösung** eine **klare Absage**. Für eine Berücksichtigung der Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist kein Raum, wenn

⁷⁴ EGMR (5. Sektion), Urte. v. 15.10.2020 – Beschwerde-Nr. 40495/15, StV-S 2021, 1 (Ls.).

eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt“.⁷⁵ Über den konkret entschiedenen Fall hinaus ist die Bundesrepublik Deutschland deshalb mit der Entscheidung in der Rechtssache *Akbay u.a.* und im Anschluss an *Furcht* menschenrechtlich verpflichtet, unter Berücksichtigung der Vorgaben des *EGMR* für einen konventionskonformen Zustand zu sorgen. Die deutschen Fachgerichte und das *BVerfG* „müssen daher sowohl aus konventionsrechtlichen Gründen als auch von Verfassungs wegen die **Strafzumessungslösung aufgeben** und einen neuen Ansatz entwickeln, der im Einklang mit den Vorgaben des *EGMR* steht“.⁷⁶ Zusammenfassend schreibt *Robert Esser*, Leiter der Forschungsstelle Menschenrechte im Strafverfahren (HRCP) der Universität Passau, in einem zur Publikation in StV 06/2021 vorgesehenen Beitrag unter der Überschrift *Vom endgültigen Ende der Strafzumessungslösung bei der Tatprovokation – und der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ihres Verbots*: „Das *BVerfG* ist angehalten, seinen heraufbeschworenen Konflikt mit dem *EGMR* bei nächster Gelegenheit beizulegen. Nicht nur das Ministerkomitee (Art. 46 Abs. 2 EMRK) darf auf die in ein paar Monaten anstehende **Stellungnahme der Bundesregierung zur Befolgung des Urteils Akbay** sehr gespannt sein“.

Die **menschenrechtliche Befolgungspflicht** trifft nach dem Vorstehenden über Art. 1 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auch unmittelbar den deutschen **Gesetzgeber**, da derzeit nicht konventionskonform sichergestellt ist, dass die deutschen Strafgerichte im Anschluss an *BGHSt* 60, 276 tatsächlich regelmäßig ein Verfahrenshindernis – mit den u.a. aus § 2 Abs. 1 StrEG erwachsenden Rechtsfolgen –

⁷⁵ *Parandehy* JuS 2021, 185 (186); ebenso *Y. Hübner* HRRS 2020, 441 (444 f.).

⁷⁶ *Parandehy* JuS 2021, 185 (187).

aussprechen. Die Aufnahme einer Regelung zur Tatprovokation in einer für die 20. Wahlperiode zu schließenden Koalitionsvereinbarung ist daher **keine Frage** freien **politischen Ermessens** oder sonstiger Opportunität, sondern **menschen- und verfassungsrechtlich determiniert**. An den in Art. 46 EMRK vorgesehenen **Weiterungen bei Nichtberfolgung von endgültigen Urteilen** des *EGMR* kann niemandem gelegen sein.

Aus dem Vorstehenden lässt sich zudem gewissermaßen *a maiore ad minus* ableiten, dass auch der **VP-Einsatz** diesseits der Tatprovokationsfälle **generell** einer spezial- und parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedarf und nicht länger, wie bisher, auf die strafprozessuale Ermittlungsgeneralklausel in Verbindung mit der RiStBV-Anlage gestützt werden kann. Es spricht manches dafür, dass auch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine solche gesetzliche **Regelung als Fortschritt** gegenüber dem derzeitigen defizitären Rechtszustand auffassen würde.⁷⁷ Die konkrete Formulierung bedarf aber noch weiterer Diskussion.⁷⁸ Dazu tritt die Notwendigkeit einer künftig transparenten Regelung der VP-Vergütung („Handgeld“ u.ä.) in der Anlage D zu den RiStBV.

⁷⁷ Vgl. unlängst den *1. Strafsenat* mit am Freitag vergangener Woche veröffentlichten Urt. v. 22.12.2020 – 1 StR 165/19, Tz. 23 (*Hervorh. v. hier*) in einem aufsehenerregenden Strafverfahren gegen Beamte des bayerischen Landeskriminalamts wegen Strafvereitelung im Amt: „Allenfalls kommt, **ohne dass dies gesetzlich geregelt wäre**, in Betracht, dass solche Ermittlungsbeamte – grundsätzlich nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft – vorübergehend gegen Straftaten nicht einschreiten und nur beobachten, wenn dies zur Erforschung wesentlich schwerer Straftaten erforderlich erscheint (vgl. RiStBV Anlage D [...]). **Sowohl für die Vertrauensperson als auch die sie leitenden polizeilichen Führungsbeamten sieht die Anlage D zur RiStBV keine Anleitungen vor**“.

⁷⁸ Eine Grundlage dafür findet sich u.a. bei *Soiné* ZRP 2021, 47 (49 f.).

F. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung

Die gegenwärtige Praxis der Tatprovokation im deutschen Strafverfahren wird den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an die Regelung wesentlicher Grundrechtseingriffe auf dem Gebiet des Strafprozessrechts nicht gerecht.

Die Frage nach dem „Ob“ einer parlamentsgesetzlichen Regelung wird durch das geltende Verfassungsrecht im Lichte der EGMR-Judikatur in den Sachen *Furcht* und *Akbay u.a.* bereits eindeutig bejahend beantwortet; sie ist keine Frage freien gesetzgeberischen Ermessens (mehr).

Der Gesetzgeber muss deshalb unverzüglich zu Beginn der 20. Wahlperiode des Deutschen Bundestags tätig werden; er schuldet ein Gesetz zur Regelung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen der Tatprovokation.

Inhaltlich empfiehlt sich zur Beantwortung der Frage nach dem „Wie“ einer Regelung eine eng formulierte Bereichsausnahme der Tatprovokation für bestimmte, besonders wichtige Allgemeinrechtsgüter als § 110e StPO. Die Norm muss tatbestandlich u.a. einen Tatverdacht und die Gefahr wiederholter Tatbegehung für Eingriffe voraussetzen, grundsätzlich unter Richtervorbehalt stehen und darf nur strikt subsidiär angewendet werden. Auf Rechtsfolgenseite hat sie eine Verfahrenseinstellung bei rechtsstaatswidriger Provokation vorzusehen.