



Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
europäisches Strafrecht und
neuere Rechtsgeschichte

Prof. Dr. Martin Heger

Stellungnahme zu BT-Drs. 19/25248 u.a. Zur Vorlage an den Rechtsausschuss

I. Zur Thematik

Die beiden vorliegend behandelten Anträge der Fraktion der FDP (Regelung des Einsatzes von V-Personen) und der Fraktion der Linken (Regelung des Umgangs mit Tatprovokationen) betreffen auf den ersten Blick zwei von einander unabhängig zu behandelnde und bislang in der Tat nicht abschließend geklärte Fragen des deutschen Strafverfahrensrechts, die sich punktuell überschneiden (so betrifft Punkt k. des FDP-Antrages die Regelung der Tatprovokation durch V-Personen).

Gemeinsam ist beiden Anträgen aber das Anliegen, derzeit gesetzlich nicht im Detail geregelte Themenkreise des deutschen Strafprozessrechts (bzw. auch des Strafrechts) nunmehr einer Regelung durch ein förmliches Gesetz zuzuführen (innerdienstlich bindende Regelungen gibt es z.T. bereits in Form etwa der Anlage D zu den RiStBV); dabei werden allerdings nur allgemeine Eckpunkte eines solchen Gesetzes angesprochen, ohne dass konkrete Gesetzesvorschläge unterbreitet werden. Bei der Begutachtung der Anträge kann also hier nur allgemein das jeweils dahinterstehende Anliegen bzw. das damit verfolgte Ziel diskutiert werden; eine gutachterliche Befassung mit einem konkreten Vorschlag, die dann auch dessen Struktur, Systematik und vor allem den Wortlaut untersuchen müsste, muss angesichts der (zumindest noch) ausstehenden konkreten Gesetzgebungsvorschläge hier unterbleiben.

Beide Anträge rekurrieren letztlich auf Grund- bzw. Menschenrechtsverstöße, die sich – angeblich – aus dem Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen im deutschen Strafprozessrecht ergeben. Allerdings – und das klingt im FDP-Antrag auch an, tritt aber dann offenkundig im Eifer des Gefechts sogleich wieder zurück – muss man neben den Eingriffen in die Grund- und Menschenrechte der Beschuldigten (um die es bei beiden Anträgen allein geht) in einem Rechtsstaat, der durch Justizge-

Datum:

22.03.2021

Bearbeiter/in:

Geschäftszeichen:

Postanschrift:

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3485
Telefax +49 [30] 2093-3387

<http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hzg/>

Sitz:

Bebelplatz 1
Kommode
Zimmer 232.1

10117 Berlin
Sekretariat: Zimmer 232.2
Frau Schmidt, Tel. 2093 3411

Verkehrsverbindungen:

U- + S-Bahnhof Friedrichsstrasse
Bus 100, 157, M 1, Tram 12

Sprechzeiten:



währleistung auch den Opfern von Straftaten sowie der Gewährleistung von Freiheit für alle seine Bürger durch Garantie der Absicherung der Freiheitsbetätigung auch gegenüber kriminellen Eingriffen durch Dritte (und nicht nur durch den Staat) dienen muss, immer bedenken, dass erhebliche Eingriffe in die derzeit praktizierten und vom Bundesverfassungsgericht nicht für rechtswidrig erklärten Ermittlungsinstrumente möglicherweise ohne dahingehenden (verfassungs-) rechtlichen Zwang die Erfüllung der Schutzgewährleistung der Öffentlichen Gewalt gegenüber kriminellen Angriffen erschweren oder gar verunmöglichen können. Dass Organisierte Kriminalität derzeit eine – lange offenbar nicht richtig eingeschätzte – Rolle spielt (so ist das Investment mafiöser Organisationen vor allem in Ostdeutschland im ersten Jahrzehnt nach der Wiedervereinigung erst später sichtbar geworden – heute würde man dieses „Betongold“ wohl zutreffend der Geldwäsche zuordnen), hat sich in den letzten 15 Jahren deutlich gezeigt. Beispiele sind das Öffentlichwerden der Aktivitäten der italienischen Mafien (hierfür werden zumeist die Morde von Duisburg 2007 genannt, die aber eben nur deutlich machten, welche kriminellen Strukturen in Deutschland bereits zuvor aufgebaut worden sind), vergleichbaren kriminellen Organisationen mit ihrem Schwerpunkt außerhalb von Italien und – nicht nur in Berlin – die sog. Clan-Kriminalität. Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren mit Recht zu folgenden Reformen des materiellen Strafrechts veranlasst gesehen:

- Ausbau der Vermögensabschöpfung durch Reform der §§ 73 ff. StGB (2017),
- Erweiterung des Anwendungsbereichs der Organisationsdelikte vor allem auch in Richtung auf Mafia-ähnliche Strukturen durch Schaffung der §§ 129 Abs. 2, 129a Abs. 2 StGB (2017) sowie
- Ausbau der Geldwäsche-Strafbarkeit durch Änderung von § 261 StGB (2021).

Auch hiergegen wurden wiederholt verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, doch hat das jüngste Urteil des BVerfG zur rückwirkenden Vermögensabschöpfung deutlich gemacht, dass die Bekämpfung des organisierten Verbrechens ein sehr wichtiges Anliegen ist, welches der Strafjustiz daher selbst massive Eingriffe wie eine echte Rückwirkung erlaubt (da dieses Urteil erst Anfang März veröffentlicht wurde, konnte darauf von den Antragstellern nicht mehr Rekurs genommen werden).

Das materielle Strafrecht bedarf aber natürlich immer der Durchsetzung in einem Strafverfahren; bewirkt das Strafprozessrecht mangels effektiver Ermittlungsmöglichkeiten einen faktischen Leerlauf des bestehenden materiellen Strafrechts, kann letzteres nicht effektiv die Missstände etwa durch Aktivitäten der Mafien bekämpfen. Vor diesem Hintergrund sollte man unbedingt vermeiden, dass gut gemeinte, von Verfassungs wegen aber – zumindest mit Blick auf die Rechtsprechung des dafür zuständigen BVerfG – nicht unbedingt gebotene Maßnahmen, welche die mit Recht geschaffenen materiell-strafrechtlichen Instrumente de facto konterkarieren können, jedenfalls solange nicht „ohne Not“ implementiert werden, solange man nicht sicher sein kann, dass die effektive Bekämpfung des organisierten Verbrechens nicht dadurch auf der Strecke bleiben könnte. Schließlich ist zu betonen, dass es ja bereits seit zwei Jahrzehnten mit §§ 161, 163 StPO eine Ermittlungsgeneralklausel gibt, die etwa nach dem damaligen gesetzgeberischen Willen gerade auch den Einsatz von V-Personen absichern sollte. Und in Hinsicht auf die Tatprovokation – sei es durch staatliche Beamte oder durch V-Personen – ist anzumerken, dass ja nach der Rechtsprechung des BVerfG zumindest seit „Görgülü“ die im Antrag zitierten Urteile des EGMR in den Deutschland betreffenden Rechtssachen „Furcht“ (2014) und „Akbay“ (2020) – soweit es geht – durch Interpretation des deutschen Rechts in das deutsche Strafverfahrensrecht Eingang gefunden haben bzw. in Zukunft haben müssen.

II. Zum Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/25248

Ob die in dem FDP-Antrag als Beleg angeführte Entscheidung des BVerfG – Urt. v. 24.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., NJW 2016, 1781 (BKA-Gesetz) – zur Begründung der Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden trägt, halte ich für fraglich. Sie befasst sich, soweit ersichtlich, entgegen der Antragsbegründung nicht mit den §§ 161, 163 StPO als Eingriffsermächtigung, sondern mit gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften, die die elektronische Überwachung von Wohnräumen, die online-Durchsuchung und die Telekommunikationsüberwachung regeln. Vertrauenspersonen sind dort nicht angesprochen. Allenfalls in ganz allgemeiner Form können die Ausführungen dieser Entscheidung herangezogen werden, um die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung bestimmter Einsatzformen von Vertrauenspersonen zu rechtfertigen. Andererseits ist zu bedenken, dass es in den fünf Jahren seit der genannten Entscheidung sicherlich den einen oder anderen Fall mit V-Mann-Bezug gegeben haben dürfte, so dass sich daraus – dass Allerdings hat das BVerfG an anderer Stelle – Besch. v. 1.3.2000 2 BvR 2017/94, NStZ 200, 489 – ausgeführt, der „gezielte Einsatz von Vertrauenspersonen“ und ihr Vorgehen „im Rahmen des erteilten Auftrags“ stelle unter Umständen keine „passive Informationsentgegennahme“ dar und bedürfe dann einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung. Daraufhin hat allerdings dem Gesetzgeber zum 1.11.2000 eben die bereits angesprochene Ermittlungsgeneralklausel des § 161 StPO geschaffen. Obwohl es in den letzten gut zwei Jahrzehnten Strafprozesse gegeben haben muss, in denen auch der Einsatz von V-Personen eine Rolle gespielt hat, hat sich das BVerfG – auch nicht en passant im BKA-Urteil – nicht erneut dazu geäußert, so dass es den Anschein hat, als genüge § 161 StPO unverändert den Erwartungen von Verfassungen wegen.

Dass es daher (wohl) derzeit keinen verfassungsrechtlichen Druck gibt, diese Ermächtigungsnorm en detail auszubuchstabieren, heißt natürlich nicht, dass sich der Gesetzgeber nicht durchaus mit dieser Frage auseinandersetzen könnte (und vielleicht sogar sollte). Allerdings bedarf es dazu sicherlich einer intensiven und damit auch zeitaufwändigen Diskussion etwa in einer Enquete-Kommission. Da bereits in wenigen Monaten diese Legislaturperiode zu Ende geht und – wie zuletzt zu lesen war – nicht einmal mehr alle bereits eingebrachten Gesetzgebungsvorhaben auf dem Gebiet des Strafrechts abgeschlossen werden dürften, bin ich wenig optimistisch, dass sie dieser umfängliche Katalog durchaus zu recht gestellter Fragen nicht nur wissenschaftlich fundiert abarbeiten lässt, sondern darauf aufbauend diese Erkenntnisse auch noch in einen Gesetzesvorschlag gegossen und im Bundestag beschlossen werden können. Dann sollte man aber nicht jetzt in einem Schnellschuss eine wenig fundierte Regelung beschließen, deren Umsetzung kaum noch möglich erscheint, sondern so ehrlich sein, dieses Projekt an den Anfang der nächsten Legislaturperiode zu stellen (ggf. mit der sogleich zu diskutierenden Tatprovokation).

Grundsätzlich spricht sicherlich manches für eine gesetzliche Regelung, wengleich ich unverändert nicht völlig überzeugt bin, ob eine solche wirklich verfassungsrechtlich geboten ist; umgekehrt ist aber natürlich völlig klar, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen jedenfalls nicht gehindert wäre, eine gegenüber der bisherigen Ermittlungsgeneralklausel detailliertere gesetzliche Regelung zu schaffen. Etwas skeptisch wäre ich allerdings bei einer Übernahme des im Antrag erwähnten Modells des § 9b BVerfSchG, denn darin wird ja schlicht die Regelung des § 9a BVerfSchG für Verdeckte Mitarbeiter auch auf Vertrauensleute übernommen. Es mag sein, dass dies zur Aufklärungsarbeit im Rahmen der Aufgaben des Verfassungsschutzes das beste Mittel ist. Für die Verfolgung von Straftaten erschiene mir eine Übernahme der bewährten Regelungen für Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff. StPO) auch auf V-Leute nicht ohne weiteres sachgerecht. Der Gedanke, wenn

schon die Verfassungsschutzbehörden nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung Vertrauenspersonen einsetzen dürfen, müsse dies erst recht für Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden gelten, führt jedenfalls nicht weiter. Zum einen ist die tatsächliche Lage (soweit ich das einschätzen kann) unterschiedlich: Auf der Seite der Verfassungsschutzbehörden geht es um Gefahren von erheblicher Bedeutung für die Sicherheit des Staates und seiner Verfassungsorgane. § 9b BVerfSchG erlaubt insoweit ganz allgemein den Einsatz von Vertrauenspersonen, ohne spezifische Befugnisse zu bestimmten individuellen Grundrechtseingriffen vorzusehen. Auf der anderen Seite der Strafverfolgungsbehörden geht es um die ganze Breite von Kriminalität und die Vielgestaltigkeit der „Vertrauenspersonen“ – Hinweis- oder Tippgeber, zu schützende wirkliche Zeuginnen und Zeugen, bezahlte und unbezahlte Informanten.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Anmerkungen zu den im Antrag aufgeführten Einzelpunkten zu verstehen:

- Sollte sich der Gesetzgeber zu einer Regelung des V-Mann-Einsatzes entscheiden, müsste er natürlich den Einsatzbereich beschränken und – wie es schon jetzt der Praxis entsprechen dürfte – „nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Entsprechende Regelungen gibt es bereits in Anlage D zu den RiStBV (z.B. für Brandenburg).
- Ob die Voraussetzungen und Grenzen einer Tätigkeit als V-Person abschließend geregelt werden sollten, erscheint mir demgegenüber zweifelhaft; man mag in der Tat Minderjährige ausscheiden, aber im Übrigen muss man – wenn man die naheliegenden Objekte wie Mafien und Clan-Kriminalität mit zugrundeliegenden familiären Strukturen in den Blick nimmt – wohl nehmen, wen man bekommen kann. Bei einem pauschalen Ausschluss für „Schwerkriminelle“ wäre ich schon deshalb zurückhaltender, weil man dann genau sagen müsste, wen man meint (und ob dies nur bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines schweren Verbrechens gelten soll oder auch bei – welchem? – Verdacht).
- Die konkreten Regelungen für Grundrechtseingriffe sind m.E. kaum klar in den Griff zu bekommen. Wenn man etwa ein Familienmitglied als V-Person zur strafrechtlichen Verfolgung einer Mafia angeworben hat, ist es kaum denkbar zu regeln, wann diese Person etwa die Wohnung mutmaßlich krimineller Angehöriger besucht etc. Das gilt insbesondere für den persönlichen Lebensbereich; müsste der neu angeworbene V-Mann aus diesem Milieu etwa sein Liebesleben mit mutmaßlich kriminellen Angehörigen aufgeben oder die in diesem Zusammenhang erlangten Kenntnisse aus seinem Hirn löschen, wäre das aus meiner Sicht kaum sinnvoll denkbar.
- Schwierigkeiten hätte ich auch mit einer zeitlichen Begrenzung; was ist, wenn unklar bleibt, ob der V-Mann (der ja möglicherweise auch nach dem Ablauf einer Frist weiterhin im Milieu tätig bleibt) seine Erkenntnis vor oder nach Zeitablauf gewonnen hat.
- Eine klare Abgrenzung von V-Leuten gegenüber anderen Hinweisgeber, Verdeckten Ermittler und NOEP erscheint mir sinnvoll, aber eben auch nicht zwingend kurzfristig notwendig.
- Dass man in der Sache einen V-Mann-Einsatz als ultima ratio ansehen sollte, halte ich im Grundsatz durchaus für überzeugend; allerdings führen explizite Subsidiaritätsklauseln insoweit zu einer weiteren Konkurrenz mit ebensolchen etwa für den Einsatz Verdeckter Ermittler und für die TKÜ (gibt es viele Subsidiaritätsklauseln, heben diese sich untereinander faktisch auf – oder man erlässt eine neuartige Priorisierungsregelung, welche Subsidiaritätsklausel vorrangig sein soll).

- Eine parlamentarische Kontrolle von V-Mann-Einsätzen klingt zunächst gut, hat aber möglicherweise Tücken, schon weil ja hier vor allem die 16 Bundesländer, die im Regelfall für die Ermittlungsverfahren zuständig sind, angesprochen sind. Damit wären auch 16 Länderparlamente sowie u.U. auch der Bundestag in diese Kontrolle einbezogen. Man müsste aber – auch im Interesse von Leib und Leben der V-Leute – sicherstellen, dass tatsächlich auf diesem Wege dauerhaft keine sensiblen Informationen in die Öffentlichkeit oder zu Personen im Milieu gelangen.
- Milieubedingte Straftaten sind ein typisches Problem, denn vor allem aus kriminellen Milieus angeworbene V-Leute werden sich zuvor (und möglicherweise auch danach) noch das eine oder andere Mal „die Finger schmutzig machen“. Würde man gesetzlich verbieten, V-Leute weiter abzuschöpfen, wenn sie sich unverändert – wie vor ihrer Anwerbung – am kriminellen Verhalten innerhalb ihres Milieus beteiligen, würde man nur milieuintern zu reglmäßigen „Keuschheitsproben“ einladen, ohne dass man mit Blick auf die angestrebte Bekämpfung vor allem des organisierten Verbrechens irgendeinen Schritt weiterkäme. Was macht man, wenn ein V-Mann weiterhin milieubedingten Taten begeht und über die anderen Taten wahrheitsgemäß berichtet? Natürlich könnte man auf deren Informationen auch verzichten, doch wäre das zur Bekämpfung vor allem solcher Strukturen misslich, in die man auf andere Weise nicht eindringen kann.
- Ein Richtervorbehalt wäre sinnvoll, wenn man eine Person – ähnlich wie einen Verdeckten Ermittler – in ein Milieu einzuschleusen versucht; geht es dagegen um die Anwerbung einer Person, die bereits eine Funktion in einer kriminellen Organisation wahrnimmt, fürchte ich, dass ein Richtervorbehalt deren Anwerbung faktisch häufig verunmöglichen oder jedenfalls nachhaltig verzögern würde. Das wäre aus meiner Sicht nicht im Interesse einer effektiven Bekämpfung gerade des organisierten Verbrechens.
- Das Verbot der Doppelführung erscheint mir durchaus sinnvoll. Sollte es nicht zu einer gesetzlichen Regelung kommen, könnte man dieses ja auch in für die Ermittlungsorgane innerdienstlich bindenden Richtlinien verankern.
- Die Frage der strafprozessualen Einführung von durch V-Leuten gewonnenen Beweisen ist ja in dem Sinne eigentlich bereits geregelt, dass sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK eine Möglichkeit zur Befragung des eigentlichen Belastungszeugens, d.h. hier regelmäßig der V-Person, ergeben muss. In der Praxis wird dies wohl nicht selten so gehandhabt, dass auf der Basis der V-Mann-Informationen etwa eine TKÜ veranlasst wird, die dann als solche (und eben nicht im Wege des Zeugenbeweises) in das Verfahren eingeführt wird. Möglich sind natürlich auch Regelungen über das Zeugnis vom Hörensagen (durch den V-Mann-Führer) und/oder ein In-Camera-Verfahren, doch sollte man diese dann nicht auf die V-Mann-Problematik beschränken, sondern auch die anderen hierfür denkbaren Fälle mitbedenken.
- Eine Tatprovokation innerhalb des Milieus dürfte zum Normalsten der Welt zählen und kann natürlich keinesfalls etwa zur Straffreiheit für den Angestifteten führen. Rechtsstaatswidrig kann eine solche daher nur sein, wenn vom Staat (z.B. dem V-Mann-Führer) eine dahingehende rechtsstaatswidrige Weisung an die V-Person ergeht.

Diese Kritikpunkte sollen nicht heißen, dass man zu den genannten Punkten keinerlei Regelung treffen könnte. Vielmehr zeigen die in Anlage D zur RiStBV enthaltenen, teilweise durchaus detaillierten Regelungen auf, was bereits jetzt – wenn auch nicht gesetzlich – geregelt ist und im Grundsatz sicherlich auch in ein Gesetz übernommen werden könnte. Allerdings müsste dies eben im Einzelfall und mit Blick auf die Folgen jeweils ausführlich

diskutiert werden; zugleich sollte auch jeweils bedacht werden, ob die Regelung – etwa im Beweisrecht – nicht allein auf die V-Mann-Problematik zielt, sondern auch darüber hinaus Bedeutung haben könnte. Dann sollte auch dies jeweils mitgeregelt werden, damit nicht neue Inbalancen auftreten.

Besonders wichtig erschiene mir dabei zu regeln, dass die Verfolgungsbehörden nicht letztlich die Regelungen für Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff. StPO) umgehen, indem sie in vergleichbarer Weise nicht als Polizeibeamte tätige Personen in das Milieu einschleusen. Umgekehrt wäre ich tendenziell deutlich zurückhaltender mit zwingenden Regelungen, wenn und soweit es um die Anwerbung von V-Leuten im Milieu geht, weil man sich damit möglicherweise und ohne Not der einzigen erfolgsversprechenden Mittel entledigt. Das spricht sich schnell herum, so dass man damit faktisch das kriminelle Milieu ermutigt, die gesetzlich verbürgte Freiheit vom V-Mann-Einsatz umfänglich auszunutzen. Ähnliche Effekte hatte man vor einigen Jahren, als in der Öffentlichkeit bekannt wurde, dass damals Mobiltelefone nicht so gut wie ortsfeste Leitungen abgehört werden konnten. Die in letzter Zeit vor allem auch im Bereich der Vermögensabschöpfung erkennbaren Ermittlungserfolge könnten schnell wieder ausbleiben. Auch deshalb würde ich im Moment von kurzfristigen Experimenten noch abraten wollen.

III. Zum Antrag der Fraktion der Linken, BT-Drs. 19/25352

In diesem Antrag wird vorgeschlagen, einerseits die Tatprovokation im Lichte der Urteile des EGMR zu regeln (dazu unter 1.), andererseits nach einer Tatprovokation die Haftentschädigung für den zwischenzeitlich daraufhin Inhaftierten zu erhöhen (dazu unter 2.).

1. Zur Regelung der Folgen einer Tatprovokation

In der Tat könnte der deutsche Gesetzgeber in der StPO (oder in einem speziellen Gesetz zum Umgang mit den Folgen von Verurteilungen durch den EGMR o.ä.) mehr oder weniger detaillierte Regelungen zu den Folgen einer Tatprovokation niederlegen, wobei er sich zumindest zur Vermeidung weiterer Verurteilungen durch den EGMR an dessen Entscheidungspraxis zu orientieren hat. Allerdings hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit keinsfalls jede Deutschland betreffende Entscheidung zum Anlass genommen, ein darin kritisiertes Rechtsinstitut gesetzlich zu ändern. Der Grund ist, dass normalerweise – sofern nicht der zwingende Wortlaut einer Norm dem entgegensteht – die deutschen Gerichte bei der Interpretation einer Norm bzw. eines anerkannten Rechtsinstituts (dazu wird man die Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, aber auch die Regelungen zum Umgang mit Beweisen zu zählen haben) zu einer Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR bereits verpflichtet sind. Auch wenn es daher nicht zu einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im hier angedachten Sinne kommt, hat dies deshalb keinen Einfluss auf die Rechtsprechung, weil diese ohnehin die Entscheidungen des EGMR in den beiden Fällen „Furcht“ und „Akbay“ gebührend berücksichtigen muss; tun die Gerichte das nicht, liegt ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter vor, der mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht und durchgesetzt werden kann. Bei einem bewussten Verstoß gegen bekannte Urteile des EGMR kann man sogar an eine Strafbarkeit der Richter wegen Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB denken.

Natürlich mag eine gesetzliche Regelung dann naheliegend sein, wenn die Urteile des EGMR zwar eine Absage an die frühere Praxis formulieren, die Lösung der dahinterstehenden Frage aber ihrerseits offenlassen wollen. Auch in solchen Fällen ist es natürlich möglich, dass der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlässt zu bestimmen, in welcher Weise dem vom EGMR geäußerten Monitum am besten Abhilfe geschaffen werden kann.

Gibt es dann noch Unklarheiten, könnte man immer noch eingreifen. Betrachtet man die vorliegende Rechtsprechung, so wird in der Tat konstatiert, dass die nach dem Urteil im Fall „Furcht“ mit diesem Thema befassten Strafsenate zumindest in den veröffentlichten Urteilen unterschiedliche Lösungsansätze gewählt haben. Dies ist aber auch kein Wunder, denn die Argumentation des EGMR in diesen Fällen – und schon in dem Portugal betreffenden ersten derartigen Fall „Teixeira de Castro“ (1998) – lässt mehrere mögliche Schlüsse zu:

- So könnte dem vom EGMR konstatierten Verstoß gegen eine faire Verfahren durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses Abhilfe geschaffen werden.
- Andererseits wird eine Beweislösung erwogen dergestalt, dass die Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen soll.
- Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich schließlich auch eine Lösung auf materiell-rechtlicher (und nicht prozessualer) Ebene, indem dem unverdächtig zur Tatbegehung Provozierten ein persönlicher Strafaufhebungsgrund zugebilligt wird (so von *I. Roxin*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, 1371 ff.).
- Selbst die Strafzumessungsregelung ist dann „noch nicht vom Tisch“, wenn aufgrund der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation eine Reduzierung der Strafe auf Null angezeigt sein sollte (so *Sinn/Maly* NSTZ 2015, 379, 382).

Ausgedient hat nur eine „normale“ Strafzumessungsregelung mit einem Strafabschlag wegen der Provokation oder erst recht eine bloße Vollstreckungslösung. Die materiell-rechtlichen Lösungen haben deshalb aus meiner Sicht durchaus Charme, weil sie dem Geschehen vollumfänglich Rechnung tragen können. Denn die rechtsstaatswidrige Provokation – sei es durch einen staatlichen Akteur oder über eine V-Person mittelbar dem Staat zurechenbar veranlasst – muss ja (das ist wichtig) zu einer für den Provozierten vorsätzlichen, rechtswidrigen und schuldhaften Straftatbegehung geführt haben. Hat die Provokation ihn dagegen – etwa durch Drohungen für Leib, Leben oder Freiheit o.ä. – in einen Nötigungsnotstand versetzt, ist er regelmäßig wegen § 35 StGB entschuldigt; und hat die Provokation zur Folge, dass etwa dem nachmaligen Täter der Vorsatz fehlt (etwa weil der Provokateur den Provozierten irrig vom Einverständnis des Opfers mit dem Tun überzeugt hat – man denke nur an den ganz aktuellen „Rollenspiel“-Fall des BGH zur Vergewaltigung in mittelbarer Täterschaft), entfällt deshalb eine Strafbarkeit (sofern nicht auch eine Fahrlässigkeits-Strafbarkeit angedroht ist). Hält man sich dies alles vor Augen, sollte man diese Frage – und vor allem die Verortung im prozessualen und/oder materiellen Recht – vor einem gesetzgeberischen Schnellschuss im Lichte der aktuellen Urteile des EGMR gründlich abwägen. Sollte bis dahin die deutsche Justiz einen der genannten möglichen Wege zur Konkordanz mit der EGMR-Judikatur wählen, wäre dies vor allem im Hinblick auf die daraus resultierende Befolgungspflicht ausreichend.

Das weit größere Problem, welches der Gesetzgeber – will er diese Materie nicht der Rechtsprechung überantworten – in allgemeingültiger Weise klären müsste, wäre freilich, unter welchen Umständen eine bis dahin unverdächtige Person Opfer einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geworden ist. Klar ist natürlich, dass dies der Fall sein muss, wenn die provozierte Person weder bislang strafrechtlich in Erscheinung getreten ist noch vor der Provokation irgendeinen Verdacht erregt hat. Aber wie ist der Kleindealer zu behandeln, den man zum großen Geschäft provoziert frei nach dem Fall „Akabay“, der mit Hasch vielleicht schon, aber nicht mit Heroin Handel treiben wollte. Immerhin geht es um das gleiche Gesetz; wer zum Handel mit Hasch in kleinen Mengen bereit ist, verstößt ebenso gegen das BtMG wie derjenige, der aufgrund der Provokation dann Tonnenweise Heroin beschaffen soll. Die Strafe ist sicher nicht die gleiche, das Rechtsgut – die Volks-

gesundheit – natürlich schon. Solche Fälle lassen sich natürlich auch für andere Tatbestandsgruppen bilden. Diesen Aspekt kann ich hier aus Zeitgründen nicht näher ausführen, möchte aber darauf hinweisen, dass die angedachte ausführliche Debatte – vielleicht auch auf der Basis konkreter Gesetzesvorschläge oder zu deren Ausarbeitung – auch diesen Aspekt nicht vernachlässigen darf.

2. Zur Entschädigung

Die Linke fordert für einen nach rechtsstaatswirdriger Tatprovokation Inhaftierten pro Hafttag eine Entschädigung von 250 EUR, während der für andere Fälle unrechtmäßiger Inhaftierung erst im Vorjahr auf 75 EUR erhöhte Satz des § 7 StrEG daneben offensichtlich bestehen bleiben soll. Das erschien mir absurd, denn immerhin hat der zur Tat Provozierte (s.o.) sich zu dieser außerhalb einer Rechtfertigungs- oder Entschuldigungssituation – d.h. ohne rechtliche Not – hinreißen lassen (zugunsten des „falschen Freundes“, der dies von ihm wollte und den er nicht als staatlichen Akteur erkannt hatte – die Situation ist aus seiner Sicht bis zu Bekanntwerden des staatlichen Veranlassens keine andere, als wenn ein solcher Freund ihn zu diesem Tun veranlasst hätte, ohne dazu vom Staat motiviert zu sein; dann wäre völlig unstrittig, dass der Veranlasste selbst als Täter strafbar wäre – und eine Anstiftung durch einen „Freund“ stellt bekanntlich mit guten Gründen keinen Strafmilderungsgrund dar). Würde man als Lösung der Tatprovokation ein Verfahrenshindernis wählen, spräche die diesbezügliche Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 2 StrEG sogar dafür, dass nicht in jedem Fall überhaupt eine Haftentschädigung gewährt würde!

Dazu kommt, dass der Vorschlag evident gleichheitswidrig und damit im Lichte von Art. 3 GG verfassungswidrig sein dürfte; man stelle sich nur vor, der Provozierte erhalte mehr als 300 % des Satzes eines Inhaftierten, bei dem sich später – etwa im Wiederaufnahmeverfahren – die völlige Unschuld herausstellt (z.B. eine Verwechslung); dies ist zwar in jedem Prozess ein theoretisches Risiko und lässt sich nicht vermeiden. Im Unterschied zu dem Provozierten hat der erwiesenermaßen Unschuldige aber nicht einmal rechtswidrig und schuldhaft einen Tatbestand verwirklicht! Generell sollte man vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK (die die Antragsteller hier möglicherweise übersehen haben), die bei Nichtverurteilung für jeden streitet, grundsätzlich keine Differenzierung vornehmen, es sei denn, der unrechtmäßig Inhaftierte hat etwa aus Eigeninteresse (z.B. um den Winter im Gefängnis zu verbringen oder auch um sich Bedrohungen außerhalb der Gefängnismauern zu entziehen) seine Inhaftierung durch Falschbezeichnung etc. selbst verursacht (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 StrEG).

IV. Fazit

Angesichts der in dieser Legislatur noch zur Verfügung stehenden Zeit und dem Fehlen konkreter Gesetzesvorschläge (die ja erst noch erarbeitet und sodann kritisch diskutiert werden müssten) erscheint mir die von den Antragstellern jeweils angedachte offenbar kurzfristige Entscheidung zu einer sofortigen Gesetzgebung nicht zielführend. Sinnvoller erschien es mir demgegenüber, die mit Recht als Diskussionspunkte genannten Aspekte zu Beginn der nächsten Legislaturperiode einer eingehenden wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion über das inhaltliche Für und Wider sowie über den konkreten Wortlaut möglicher Bestimmungen zuzuführen.

Würde man jetzt noch in einem Schnellschuss ohne echte Not neue Gesetze beschließen, wäre der gesamte Verfolgungsapparat zunächst daran gebunden. Die vertiefte Erörterung der dahinterstehenden Fragen, die sicherlich sinnvoll ist, wäre faktisch geblockt, schon weil der Gesetzgeber nicht unmittelbar nach dem Beschluss eines neuen Gesetzes diese

sogleich in Frage stellen sollte. Fehler bei der Ausgestaltung der Normen im Detail wären vorprogrammiert. Vor allem aber bestünde aus meiner Sicht die sehr reelle Gefahr, dass durch eventuell nur geringfügig zu eng gezogene, in der Praxis dadurch aber teilweise paralyisierte Regelungen vor allem zum Einsatz von V-Personen entweder die Polizei bei ihren notwendigen Ermittlungsmaßnahmen insbesondere gegen Organisierte Kriminalität durch unnötige Schranken blockieren würden oder aber – missachtete die Polizei in einer konkreten Situation solche gesetzlichen Vorgaben aus inhaltlich gut nachvollziehbaren Gründen – der Rechtsstaat, der ja gerade auf die penible Einhaltung neu beschlossener Gesetze aufbauen muss, irreparablen Schaden erleiden würde. Vor diesem Hintergrund würde ich auch hier dringend zu einer Kriminalpolitik der ruhigen Hand mahnen und eine ausführliche Diskussion zu Beginn der neuen Legislaturperiode anraten.

Abschließend möchte ich noch auf eine Erkenntnis hinweisen, die ich aus der wissenschaftlichen Kooperation mit italienischen Kollegen und Ermittlern gelernt habe. Als ich im Jahr 2011 mit dem damaligen Leiter der italienischen Anti-Mafia-Staatsanwaltschaft und nachmaligen Präsidenten des Senats Fabio Grasso über die dortige Bekämpfungsstrategie gegen die Mafia gesprochen habe, betonte er, dass es dafür einer umfassenden TKÜ-Überwachung bedürfe, wie wir sie in Deutschland nicht haben (und es bislang auch keine Absicht gibt, die TKÜ massiv auszuweiten). Dieses Manko muss man durch andere Ermittlungsformen kompensieren können – oder man kapituliert faktisch vor diesen Formen des organisierten Verbrechens. Deshalb muss man in Deutschland aus meiner Sicht vor allem gegenüber familiär strukturierten Verbrechenstrukturen weiterhin im heutigen Umfang auch auf den Einsatz und die Anwerbung von V-Personen zurückgreifen können. Dafür mag man eine gesetzliche Grundlage schaffen, muss aber dabei so sorgfältig vorgehen, dass man nicht auch bloß für einige Zeit das Ziel der Bekämpfung solcher für die Gesellschaft wie den Staat höchst gefährlicher Verbrechenssyndikate aus dem Blick verliert. Dies lässt sich sachgerecht umsetzen, indem der Deutsche Bundestag unmittelbar nach Beginn der nächsten Legislaturperiode eine entsprechende Enquete-Kommission einsetzt und deren Erkenntnisse sonach – aufbauend auf daraus abgeleitete Vorschläge aus dem BMJV – in sich stimmige Gesetzesvorschläge gießt.

In diesem Zusammenhang könnte dann auch die Entscheidung, auf welche Weise die Urteile des EGMR zur Tatprovokation am bruchlosesten in das deutsche Strafrecht und/oder Strafverfahrensrecht implementiert werden sollen, getroffen werden. Nur eines möchte ich hierzu noch einmal festhalten: Die Entschädigung für zu Unrecht erlittene Haft sollte unbedingt für alle zugrundeliegenden Fälle gleich bleiben; will man nach Tatprovokationen pro Tag 250 EUR bezahlen, muss dies gleichermaßen nach anders begründeten Fällen unrechtmäßig verbüßter Haft gelten (oder man verbleibt in allen diesen Fällen bei den im Vorjahr beschlossenen 75 EUR pro Tag unrechtmäßig erlittener Haft). Gibt es auf staatlicher Seite zu sanktionierendes Fehlverhalten von Beamten oder anderen Amtsträgern, muss dieses sanktioniert werden – aber nicht in Form eines gegenüber den Opfern anderer Fehlurteile unerklärlichen „Geschenks“ für die aufgrund einer Tatprovokation Inhaftierten, sondern durch Strafen und/oder disziplinar- bzw. arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber den dafür Verantwortlichen.

Prof. Dr. Martin Heger