

---

# Völker- und strafrechtliche Probleme der Tatprovokation durch vom Ausland gesteuerte Lockspitzel

Boris Petersdorf\*

## Inhalt

A. Einführung	441
B. Die Zurechnung des Verhaltens des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels	445
I. Zurechnung über das Handeln der staatlichen Organe	446
1. Allgemeine Zurechnungskriterien	446
2. Stellvertretende Strafrechtspflege	448
3. Zurechnung wegen staatlicher Hilfe bei Handeln Privater	449
4. Zurechnung wegen Mitgliedschaft in internationalen Organisationen	450
II. Zurechnung aufgrund staatlicher Übernahme der Haftung	452
III. Zwischenbilanz	454
C. Rechtsfolgen der zurechenbaren rechtswidrigen Tatprovokation	455
D. Zusammenfassung	461

## A. Einführung

Die Ansicht, die Strafverfolgungsorgane dürften durch nationalstaatliche Grenzen nicht bei ihrer Arbeit behindert werden, gerade auch, weil diese Grenzen für Kriminelle kaum noch Hindernisse darstellten, ist weitverbreitet. Sie ist ein Grund, warum sich die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der nationalstaatlichen Strafverfolgungsorgane bereits im Ermittlungsverfahren verstärkt hat. Der Einsatz von Lockspitzeln gehört europaweit – mit nur geringen Abstrichen – zum

---

\* Ass. iur., wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Heike Jung für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Strafrechtsvergleichung, Universität des Saarlandes.

Standardrepertoire der Strafverfolgungsbehörden.<sup>1</sup> Die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Tatprovokation durch vom Ausland gesteuerte Lockspitzel im Strafverfahren gegen den Angestifteten Berücksichtigung finden soll, hat – soweit ersichtlich – in der zumindest in Deutschland stagnierenden Diskussion über den Lockspitzeinsatz<sup>2</sup> noch keine wesentliche Rolle gespielt. In Anbetracht der verstärkten internationalen Zusammenarbeit besteht jedoch Anlass, sich mit dieser Frage zu beschäftigen. Die Antwort auf diese Frage wird dadurch erschwert, dass zum Problem des Lockspitzeinsatzes dasjenige hinzutritt, ob dem die Strafverfolgung betreibenden Staat die Tatprovokation überhaupt zugerechnet werden kann; zur Lösung dieser Problematik ist auf völkerrechtliche Zurechnungskriterien zurückzugreifen.

Für rein innerstaatliche Sachverhalte hat die Tatprovokation durch Lockspitzel Rechtsprechung und Literatur bereits oftmals beschäftigt.<sup>3</sup> Über die Terminologie besteht im Ergebnis Einigkeit. Als Lockspitzel bzw. *agent provocateur* – beide Begriffe sind üblich und inhaltsgleich – dienen regelmäßig verdeckte Ermittler, also unter einer Legende agierende Polizeibeamte (vgl. §§ 110a ff. StPO). Daneben treten so genannte Vertrauenspersonen, die sich aus den Mitgliedern der jeweiligen kriminellen Szenen rekrutieren und „die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit [sind], diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.“<sup>4</sup> Lockspitzel wirken auf den Willen Dritter ein, um diese zu einer strafbaren Handlung zu veranlassen. Dabei verfolgen sie das Ziel, die Dritten bei der Tat durch die Strafverfolgungsbehörden stellen zu lassen.<sup>5</sup>

Weiterhin besteht darüber Einigkeit, dass die Tatprovokation durch den Lockspitzel rechtswidrig ist, wenn sie sich gegen eine unverdächtige und nicht tatgeignete Person richtet. Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Urteil *Teixeira de Castro/Portugal*<sup>6</sup> entschieden. Der Beschwerdeführer

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa zuletzt *Gropp*, Rechtsvergleichende Beobachtungen, in: ders./Huber (Hrsg.), Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S. 975 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Lüderssen*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, in: Canaris (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV (hg. v. C. Roxin/Widmaier), S. 883 (886).

<sup>3</sup> Vgl. nur die Übersichten bei *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3. Aufl., 2000, S. 4-51.

<sup>4</sup> Ziffer I.2.2 der gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung, abgedruckt in *Meyer-Gofßner*, Strafprozessordnung, 47. Aufl., 2004, A 15, Anlage D.

<sup>5</sup> *Krauß*, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, S. 14.

<sup>6</sup> EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, Beschwerdenummer 25829/94, Urteil v. 9.6.1998, Reports 1998-IV (Übersetzung in StV 1999, S. 127).

*Teixeira de Castro* war von verdeckt arbeitenden Polizeibeamten ohne vorherigen Tatverdacht auf „gut Glück“ angesprochen worden und hatte auf deren Drängen eine nicht unerhebliche Menge an Betäubungsmitteln von einem Dritten – der die Betäubungsmittel wiederum von einer anderen Person erworben hatte – für die Polizisten besorgt. Der Beschwerdeführer war im nationalen Verfahren hauptsächlich auf Grund der Aussagen der Polizeibeamten verurteilt worden. Der Lockspitzeinsatz „und die Verwertung seiner Ergebnisse im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren führen zu dem Schluß, daß der Beschwerdeführer von Anfang an und endgültig kein faires Verfahren hatte.“<sup>7</sup> Dieser Auffassung hat sich etwa der Bundesgerichtshof (BGH) angeschlossen. Der Lockspitzeinsatz sei rechtswidrig, wenn die provozierte Person nicht in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen oder zu einer künftigen Straftat bereit zu sein. Es bedarf für den Verdacht also zu reichender tatsächlicher Anhaltspunkte.<sup>8</sup> Wird eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch den Lockspitzel in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet und führt dies zu einem Strafverfahren, liegt darin ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.<sup>9</sup>

Die Tatprovokation durch vom Ausland gesteuerte Lockspitzel hat bereits die Gerichte beschäftigt. Das Schweizerische Bundesgericht hat sich in seinem Urteil vom 7. November 1997 mit dem vom Ausland gesteuerten Lockspitzel befasst. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Den Angeklagten wurde vorgeworfen, an der Vorbereitung eines Verkaufs von mehreren Kilogramm Kokain an einen anonym gebliebenen, ausländischen V-Mann mitgewirkt zu haben. Das Erstgericht sprach die Angeklagten frei. Auf das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft wurde das freisprechende Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Erstgericht zurück verwiesen, damit jenes die tatsächlichen Voraussetzungen der Zurechnung des Lockspitzelverhaltens klärte. Den schweizerischen

---

<sup>7</sup> EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, (Fn. 6), § 39 (StV 1999, S. 127 [128]); ablehnend aber *Sommer*, Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – die Entscheidung des BGH v. 18.11.1999 zur polizeilichen Tatprovokation, *StraFo* 2000, S. 150 (153), und *Lesch*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 18.11.1999, *JÄ* 2000, S. 450 (453), weil noch keine strafrechtliche Anklage erhoben worden und deshalb Art. 6 EMRK nicht anwendbar sei; im Ausgangspunkt ebenso *Eser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrechtsverfahrensrecht, 2002, S. 176.

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 45, 321 (337). Dabei ist unerheblich, ob die Polizei bis zur Tatprovokation präventiv oder repressiv tätig war. Bei einer Gemengelage ist das Verhalten des Lockspitzels einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen (*Rieß*, in: ders. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. Aufl., 1987 ff., § 163, Rdnr. 64; *Nack*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., 2003, § 110a, Rdnr. 14).

<sup>9</sup> BGHSt 45, 321 (335).

Strafverfolgungsbehörden sei der Einsatz eines für einen fremden Staat – im Fall: Österreich – tätigen ausländischen V-Mannes dann nicht zurechenbar, wenn der Einsatz ohne Wissen und Zustimmung der zuständigen Behörden erfolgt wäre.<sup>10</sup> Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden in der Bekämpfung der Drogenkriminalität unter Einsatz von gegebenenfalls mehreren Lockspitzeln ist kein Einzelfall geblieben. So ist etwa ein Fall bekannt geworden, in dem ein deutscher Lockspitzel nach Absprache mit einem in Spanien ansässigen Drogenhändler aus Südamerika nach Italien Drogen einführte, um diese zum Schein an einen Italiener zu verkaufen.<sup>11</sup>

Das Schweizerische Bundesgericht hat bereits den entscheidenden Punkt herausgearbeitet: Wann ist das Verhalten eines für einen fremden Staat tätigen Lockspitzels dem die Strafverfolgung betreibenden Staat zurechenbar? Diese Frage soll im Folgenden beantwortet werden. Dazu wird zuerst der Ansatz des Schweizerischen Bundesgerichts – Zurechnung nur bei Wissen und Zustimmung des die Strafverfolgung betreibenden Staats – kritisch hinterfragt (B.). Ausgangspunkt der Überlegungen ist die völkerrechtliche Verpflichtung der Vertragsstaaten der EMRK aus Art. 1 EMRK, den ihrer Rechtsgewalt Unterworfenen die Rechte aus der EMRK zu sichern. Die Rechte aus der EMRK – einschließlich Art. 6 Abs. 1 EMRK, der durch den rechtswidrigen Lockspitzeinsatz verletzt wird – werden unmittelbar durch das Völkerrecht geschaffen und nicht erst durch die innerstaatliche Umsetzung der EMRK.<sup>12</sup> Der Mitgliedstaat trägt die völkerrechtliche Verantwortung für seine mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Organe, ist also für alle Hoheitsakte verantwortlich, die sich unmittelbar auf Konventionsrechte auswirken.<sup>13</sup> Eine Zurechnung des Verhaltens des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels richtet sich nach den völkerrechtlichen Regeln über die Staatenverantwortlichkeit. Grundsätzlich haftet der Staat nicht für das Verhalten Dritter. Zu den anerkannten Ausnahmen gehört die Übernahme des Verhaltens Dritter durch den Staat.<sup>14</sup> Deshalb wird im Folgenden untersucht, ob die Verantwortlichkeit durch die staatlichen (Strafverfolgungs-) Behörden vermittelt wird (B.I.). Danach wird zu untersuchen sein, ob durch eine nachträgliche Übernahme eine Verantwortlichkeit für die rechtswidrige Tatprovokation durch den Lockspitzel begründet wird (B.II.).

---

<sup>10</sup> BGE 124 IV 34.

<sup>11</sup> So der Sachverhalt der Entscheidung des EGMR *Calabro/Italy & Germany*, Beschwerdenummer 59895/00, Beschluss v. 21.3.2002, Reports 2002-V. Der Fall weist starke Ähnlichkeiten zu dem von *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 398, als A 10 bezeichneten Fall auf.

<sup>12</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK-Handkommentar, 2003, Einleitung, Rdnr. 28.

<sup>13</sup> Vgl. *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, § 25, Rdnr. 49 f.

<sup>14</sup> Vgl. *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Dritter, 1992, S. 161 ff.

Die konkreten Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Lockspitzeleinsatzes richten sich nach dem jeweiligen nationalen Recht. Das Schweizerische Bundesgericht ist in Fällen der rechtswidrigen Tatprovokation durch Lockspitzel der Annahme eines Verfahrenshindernisses gegenüber aufgeschlossen.<sup>15</sup> In Deutschland hingegen hat sich der BGH darauf festgelegt, dass auch rechtswidrige Lockspitzeleinsätze lediglich im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden sollen<sup>16</sup>, was in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Urteil *Teixeira de Castro* des EGMR steht. Insofern eröffnet die Auseinandersetzung mit den von der schweizerischen Entscheidung aufgeworfenen Problemen die Möglichkeit, die Position des BGH einmal mehr kritisch zu würdigen. Dazu gibt der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 14. Oktober 2004<sup>17</sup> zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben an die deutschen Fachgerichte über die Umsetzung von Urteilen des EGMR auch Anlass (C.).

## B. Die Zurechnung des Verhaltens des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels

Das Schweizerische Bundesgericht hat entschieden, dass den schweizerischen Strafverfolgungsbehörden der Einsatz eines für einen fremden Staat tätigen ausländischen V-Mannes dann nicht zurechenbar sei, wenn der Einsatz ohne Wissen und Zustimmung der zuständigen Behörden erfolgt.<sup>18</sup> Da eine Verletzung der völkerrechtlichen Pflicht des Staates aus Art. 1 EMRK gegenüber dem Opfer der rechtswidrigen Tatprovokation des Lockspitzels im Raum steht, folgt die Zurechnung den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln der Staatenverantwortlichkeit. Diese Regeln sind in den *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally*

---

<sup>15</sup> BGE 124 IV 34 (42 f.): „Sollte die Beweisergänzung ergeben, dass die zuständigen schweizerischen Strafverfolgungsbehörden ihre grundsätzliche Zustimmung zum Einsatz des V-Mannes "Axel" gegeben hatten, würde es Bundesrecht jedenfalls nicht verletzen, wenn die Vorinstanz angesichts des übergewichtigen Tatanteils des V-Mannes und des Charakters der inkriminierten Taten als abstrakte Gefährdungsdelikte annehmen wollte, die Delikte seien das Produkt der verantwortlichen Behörden und einer der Hauptzwecke des Strafverfahrens – nämlich die Bestätigung des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit und die Wiederherstellung des durch die Tat erschütterten Rechtsfriedens – ließe sich aufgrund der die Glaubwürdigkeit der Strafverfolgungsbehörden diskreditierenden rechtswidrigen Beweismittelverschaffung nicht mehr erreichen, und die Beschwerdegegner deshalb freispräche oder das Verfahren einstellen würde.“

<sup>16</sup> BGHSt 32, 345; 45, 321, st. Rspr.

<sup>17</sup> BVerfGE 111, 307.

<sup>18</sup> BGE 124 IV 34 (41 ff.).

*Wrongful Acts*<sup>19</sup> (*Draft Articles*) der *International Law Commission* enthalten, eines u.a. mit der Kodifikation des Völkergewohnheitsrechts betrauten Hilfsorgans der Vollversammlung der Vereinten Nationen.

## I. Zurechnung über das Handeln der staatlichen Organe

### 1. Allgemeine Zurechnungskriterien

Der Staat trägt die völkerrechtliche Verantwortung für die Handlungen seiner Organe<sup>20</sup> und anderer, von ihm mit der Wahrnehmung von Hoheitsrechten betrauter Personen und Körperschaften<sup>21</sup>, wobei eine Zurechnung auch bei einem rechtswidrigen Handeln und Handeln *ultra vires* stattfindet.<sup>22</sup> Eine Zurechnung findet bei dem Verhalten privater Dritter dann statt, wenn diese nach Weisung, unter Aufsicht oder Kontrolle staatlicher Organe handeln.<sup>23</sup> Für den hier interessierenden Fall des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels ist Art. 6 der *Draft Articles* von besonderem Interesse. Danach ist bei einem „Ausleihen“ von Organen eines Staates an einen anderen der letztere für ein Fehlverhalten des Organs verantwortlich, wenn das ausgeliehene Organ hoheitliche Befugnisse dieses Staates wahrnimmt. Das ist nur mit dem Wissen und der Zustimmung des Staates denkbar, auf dessen Territorium der Lockspitzel tätig wird, wie etwa bei grenzüberschreitenden „nicht offenen“ Ermittlungen.<sup>24</sup> Diesen liegt in der Regel entweder eine Absprache im Einzelfall oder aber ein allgemeines völkerrechtliches Abkommen zugrunde. Zu letzteren gehört etwa auch das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)<sup>25</sup>. Das SDÜ sah in Art. 40 zwar die Nachteile und in Art. 73 die kontrollierte Lieferung von Betäubungsmitteln vor, enthielt aber keine Bestimmung über den Einsatz verdeckter Ermittler.<sup>26</sup> Das SDÜ wird (teilweise) durch das

---

<sup>19</sup> Offizielle Fundstelle: Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10); auch abgedruckt in *Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries, 2002.

<sup>20</sup> Art. 4 *Draft Articles*.

<sup>21</sup> Art. 5 *Draft Articles*.

<sup>22</sup> Art. 7 *Draft Articles*.

<sup>23</sup> Art. 8 *Draft Articles*.

<sup>24</sup> So die Terminologie von *Gleß*, Zur Verwertung von Erkenntnissen aus verdeckten Ermittlungen im Ausland im inländischen Strafverfahren, NSStZ 2000, S. 57 (58 ff.).

<sup>25</sup> Fundstellennachweise bei *Gleß*, (Fn. 24), S. 58, in Fn. 17; abgedruckt auch in der Zusammenstellung des sog. Schengen-Acquis, ABl. Nr. L 239 v. 22.9.2000, S. 1 (19 ff.).

<sup>26</sup> Anders Art. 23 des Übereinkommens über gegenseitige Amtshilfe und Zollzusammenarbeit der Zollverwaltungen, ABl. Nr. C 24 v. 23.1.1998, S. 1 (10), wonach verdeckte Ermittlungen zulässig waren.

Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen<sup>27</sup> modifiziert und in den Rahmen der EU einbezogen. Art. 14 dieses Übereinkommens erlaubt verdeckte Ermittlungen durch Beamte (Abs. 1). Die verdeckten Ermittlungen richten sich nach dem Recht des Mitgliedstaates, auf dessen Hoheitsgebiet sie stattfinden (Abs. 3). Auch die straf- (Art. 15) und zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten (Art. 16) richtet sich nach dem Recht dieses Mitgliedsstaates. Die ausländischen verdeckten Ermittler werden im Verhältnis zu Dritten also den inländischen Ermittlern gleichgestellt. Dann gibt es aber auch keinen Grund, die Zurechnung des Verhaltens dieser verdeckten Ermittler zu verneinen.

Den vorstehenden völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen entspricht das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts und auch die neuere schweizerische Rechtslage<sup>28</sup>. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre kommen zum gleichen Ergebnis. Auch danach ist das Verhalten des Lockspitzels dem Staat sowohl bei rechtmäßiger als auch bei rechtswidriger Tatprovokation zurechenbar, wenn der Lockspitzel mit Wissen und Wollen der Strafverfolgungsbehörden tätig geworden ist.<sup>29</sup> Insoweit kann eine konkludente Beauftragung durch staatliche Stellen angenommen werden.<sup>30</sup> Die bloß rechtswidrige Tatprovokation ändert nichts daran, dass der Lockspitzel staatliche Aufgaben – Strafverfolgung und Verhütung von Straftaten – wahrnimmt.<sup>31</sup> Um die dem Schutz des Staates anvertrauten Rechtsgüter und das vom Staat zu gewährleistende faire Verfahren nicht zur Disposition Privater zu stellen, ist die Provokation dem Staat dann zurechenbar, wenn sie mit Wissen eines für die Anleitung des Lockspitzels verantwortlichen Amtsträgers geschieht oder dieser sie jedenfalls hätte verhindern können. Eine Zurechnung scheidet hingegen aus, wenn die Polizei mit dem Fehlverhalten des Lockspitzels nicht rechnen konnte.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> ABl. Nr. C 197 v. 22.7.2000, S. 3.

<sup>28</sup> Danach ist der Einsatz dieser Ermittler gemäß Art. 15 des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung vom 20.6.2003 (AS 2004, S. 1409) grundsätzlich zulässig. Vor deren Einsatz soll ein Vertrag mit der zuständigen Stelle des Auslands geschlossen werden (Art. 13 der Verordnung über die verdeckte Ermittlung v. 10.11.2004, AS 2004, S. 4589). Bei Abschluss dieses Vertrags ist die Zurechnung wegen Wissen und Verhinderungsmöglichkeit der nationalen Amtsträger unproblematisch.

<sup>29</sup> Vgl. nur *I. Roxin*, (Fn. 3), S. 186 ff. m.w.N.

<sup>30</sup> So *I. Roxin*, (Fn. 3), S. 187, gegen BGH, StV 1982, S. 2.

<sup>31</sup> Vgl. *I. Roxin*, (Fn. 3), S. 188 f., die in Anlehnung an amtschaftungsrechtliche Begriffe – Lockspitzel als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn, Amtspflicht des rechtmäßigen Verhaltens – argumentiert.

<sup>32</sup> Vgl. BGHSt 45, 321 (336).

## 2. Stellvertretende Strafrechtspflege

Die ergänzende Erörterung einer Zurechnung über das Institut der stellvertretenden Strafrechtspflege mag auf den ersten Blick überraschen, versteht man unter diesem doch gemeinhin einen ergänzenden Anknüpfungspunkt für das nationale (materielle) Strafrecht. So ist das deutsche Strafrecht nach § 7 Abs. 2 StGB anwendbar, wenn die ausländische Strafjustiz aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Durchsetzung ihres Strafanspruchs gehindert ist.<sup>33</sup> Jedoch hat das Institut der stellvertretenden Strafrechtspflege aufgrund des Urteils des BGH vom 4. März 2004 in der Rechtssache *El-Motassadeq* eine gewisse Prominenz erlangt. Der BGH hob das erstinstanzliche Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Hamburg bekanntlich auf und verwies die Sache zurück, weil sich das OLG um die Aussage eines möglichen Entlastungszeugen bemüht hatte, aber Staatsorgane der USA die aufgrund des mutmaßlichen Gewahrsams des Zeugen notwendige Mitwirkung verweigert und deutsche Behörden für ihnen vorliegende Aussagen des Zeugen Sperr-erklärungen gemäß § 96 StPO abgegeben hatten. Das OLG habe dies – so der BGH – nicht nur verfahrensrechtlich abhandeln dürfen, vielmehr hätte es die hierdurch bedingte Einschränkung seiner Erkenntnismöglichkeiten sowie die Beschneidung der Verteidigungsrechte des Angeklagten bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigen und in den Urteilsgründen im Rahmen der Beweiswürdigung erörtern müssen, da ansonsten die Beweiswürdigung lückenhaft und der Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK) verletzt sei.<sup>34</sup> Der Fall *El-Motassadeq* ist mit den Fällen der Tatprovokation durch einen vom Ausland gesteuerten Lockspitzel strukturell vergleichbar. In beiden Fällen führt das Verhalten eines Drittstaates dazu, dass im innerstaatlichen Verfahren auch infolge des Verhaltens eines Drittstaates ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren in Betracht kommt. Stellvertretende Strafrechtspflege ist jedoch nur ein Anknüpfungspunkt für das nationale materielle Strafrecht und keine Zurechnungsnorm für Maßnahmen der Strafverfolgung eines Drittstaates. Aus der Verwendung des Begriffes durch den BGH im konkreten Fall folgt nichts Gegenteiliges. Der Bezugspunkt einer möglichen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren war nämlich die mögliche Verurteilung auf rechtswidrig verkürzter Tatsachengrundlage durch den nationalen Richter und nicht das Verhalten der Organe des Drittstaates. Für die Frage der Zurechnung des Verhaltens eines Drittstaates ist das Institut der stellvertretenden Strafrechtspflege daher weiterhin unergiebig.

---

<sup>33</sup> Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., 2004, Vor § 3, Rdnr. 3; kritisch aber Pappas, Stellvertretende Strafrechtspflege, 1996, S. 192 ff., die § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für völkerrechtswidrig hält.

<sup>34</sup> BGHSt 49, 112 ff.

### 3. Zurechnung wegen staatlicher Hilfe bei Handeln Privater

Dem Staat lässt sich das Verhalten Privater in der Regel nicht als eigenes zurechnen. Die Verpflichtung, die Rechte aus der EMRK zu schützen (Art. 1 EMRK), trifft nur den Staat. Zwischen Privaten findet die EMRK grundsätzlich mangels horizontaler Drittwirkung keine Anwendung, wenn den Staat nicht ausnahmsweise eine besondere Pflicht zum Schutz privater Rechtspositionen trifft.<sup>35</sup> Die Frage, ob eine solche Pflicht besteht, hat die Rechtsprechung insbesondere in den Hörfallen-Entscheidungen beschäftigt.<sup>36</sup> Dort wurde eine Zurechnung angenommen, wenn es fraglich war, ob sich staatliche Organe durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung den Einschränkungen des nationalen Rechts und der EMRK entziehen wollten. Es macht keinen Unterschied, wenn der vom Ausland gesteuerte Lockspitzel keine Privatperson, sondern ein Beamter des Drittstaats ist. Denn dann wäre er immer noch kein Organ des später die Strafverfolgung betreibenden Staates und deshalb aus dessen Perspektive Dritter.

Der BGH hat mit Urteil vom 28. April 1987<sup>37</sup> entschieden, dass die Ausforschung des Angeklagten in der Untersuchungshaft durch einen von der Polizei zur Aushorchung angehaltenen Zellennachbarn wegen Verstoßes gegen die §§ 136a, 163a Abs. 4 S. 2 StPO zu einem Beweisverbot führte, weil die Strafverfolgungsbehörden die durch die Untersuchungshaft vermittelte Zwangslage zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt haben. Mit Urteil vom 21. Juli 1998<sup>38</sup> hat der BGH entschieden, dass sich staatliche Behörden ein gegen die §§ 136a Abs. 1, 2 StPO verstoßendes Verhalten Privater – im Fall: die Aushorchung während Wahrsagersitzungen durch eine Mitgefängene – zurechnen lassen müssen, gerade auch in Hinblick auf die Untersuchungshaft.

Der EGMR hat sich auch mehrfach mit der Hörfallen-Problematik beschäftigen müssen. Im Fall *M.M./Niederlande*<sup>39</sup> installierte eine Dritte unter tätiger Mithilfe staatlicher Stellen eine Mithöranlage, um ankommende Anrufe des Beschwerdeführers aufzunehmen. Ziel dieser Maßnahme war, den Beschwerdeführer der sexuellen Belästigung zu überführen, was auch gelang. Der EGMR stellte auf den

---

<sup>35</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig*, (Fn. 12), § 1, Rdnr. 7.

<sup>36</sup> Vgl. dazu etwa *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 41 ff. (Entscheidungen des BGH); *Gaede*, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, S. 46 ff. und *Demko*, Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfalle“, hrr-strafrecht 2004, S. 382 ff. (jeweils Entscheidungen des EGMR).

<sup>37</sup> BGHSt 34, 362.

<sup>38</sup> BGHSt 44, 135.

<sup>39</sup> EGMR, *M.M./Netherlands*, Beschwerdenummer 39339/98, Urteil v. 8.4.2003; Übersetzung in StV 2004, S. 1 mit Anm. v. *Gaede*, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, S. 46 ff.

wesentlichen Beitrag der staatlichen Stellen bei der Installierung der Hörfalle ab und bejahte im Ergebnis eine Verletzung der Rechte des Beschwerdeführers.<sup>40</sup> Im Fall *Allan/Vereinigtes Königreich*<sup>41</sup> hatte sich auch der EGMR mit dem in die Zelle zur Ausforschung eingeschleusten Informanten zu beschäftigen und bejahte – im Gegensatz zur Entscheidung *Khan/Vereinigtes Königreich* – einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK, weil das Ausforschen durch den Informanten Ersatz für eine förmliche Vernehmung war und der Informant den Beschwerdeführer nicht nur zuhörte, sondern aktiv auf die Preisgabe von Informationen hinarbeitete.<sup>42</sup>

Aus diesen Fällen lassen sich die folgenden Zurechnungsregeln ableiten: Das Verhalten Dritter – und damit auch eines Drittstaates – einschließlich der rechtswidrigen Tatprovokation durch einen dem Drittstaat zurechenbaren Lockspitzeinsatz, ist dem Staat dennoch zuzurechnen, wenn sich das Opfer der Tatprovokation in einer durch den Staat begründeten Zwangssituation befindet, oder wenn der Einsatz der Privatperson Ersatz für den Einsatz eigener Hoheitsträger oder sonstiger dem Staat zurechenbarer Personen ist und auf das Opfer der Tatprovokation Druck in Richtung auf die Tatbegehung ausgeübt wird. Es ist jedoch fraglich, ob diesem Zurechnungskriterium neben der Zurechnung wegen Wissen und Zustimmung staatlicher Organe eine eigenständige praktische Bedeutung zukommt.

#### 4. Zurechnung wegen Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation

Neben der Zurechnung aufgrund einer multi- oder bilateralen Zusammenarbeit oder der Hilfe bei der Tatprovokation durch Dritte kommt auch eine Zurechnung vermittelt durch die Mitgliedschaft in internationalen Organisationen in Betracht. Das Problem, ob möglicherweise rechtswidriges Verhalten der Organe bzw. Mitarbeiter von internationalen Organisationen ausnahmsweise den einzelnen Mitgliedsstaaten zugerechnet werden kann, ist weitgehend ungeklärt. Es besteht zwar Einigkeit, dass die internationalen Organisationen grundsätzlich für etwaiges Fehlverhalten ihrer Organe und Bediensteten verantwortlich sind.<sup>43</sup> In welchen Fällen aber der Rückgriff auf die Mitgliedsstaaten der internationalen Organisation mög-

---

<sup>40</sup> Der EGMR verwies in § 38 auf sein Urteil *A./France*, Beschwerdenummer 14838/89, Urteil v. 23.11.1993, Serie A, Nr. 277-B, § 36. A.A. aber das Sondervotum der Richterin *Palm*, StV 2004, S. 2 f.

<sup>41</sup> EGMR, *Khan/United Kingdom*, Beschwerdenummer 35394/97, Urteil v. 12.5.2000, Reports 2000-V.

<sup>42</sup> EGMR, *Allan/United Kingdom*, Beschwerdenummer 48539/99, Urteil v. 5.11.2002, Reports 2002-IX, § 51 f.

<sup>43</sup> *Amerasinghe*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 1996, S. 247; *Bowett*, The Law of International Institutions, 4. Aufl., 1982, S. 362 f.; *Malanczuk*, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7. Aufl., 1997, S. 92 ff.

lich ist, die Mitgliedsstaaten also für ein Fehlverhalten der Organe bzw. Bediensteten der internationalen Organisation (mit-)haften, ist trotz der anhaltenden Diskussion umstritten.<sup>44</sup>

Im Zusammenhang mit der Strafverfolgung durch internationale Organisationen ist eine gewisse Akzentverschiebung feststellbar. Die Strafverfolgung selbst wird in aller Regel nicht durch die mit Immunität versehene internationale Organisation, sondern durch die Mitgliedsstaaten betrieben.<sup>45</sup> Mit der Frage, ob den Mitgliedsstaaten ein Verstoß gegen die EMRK bei Übertragung von Hoheitsrechten an mit Immunität ausgestattete internationale Organisationen vorzuwerfen ist, hat sich der EGMR bereits mehrfach beschäftigt. In der Rechtssache *Waite und Kennedy/Deutschland*<sup>46</sup> rügten die Beschwerdeführer, dass die Bundesrepublik ihre Rechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Einräumung von Immunität für die Europäischen Raumfahrtagentur (ESA) im arbeitsgerichtlichen Verfahren verletzt habe. Der EGMR verneinte eine Verletzung, weil den Beschwerdeführern im Rahmen der ESA ausreichende Möglichkeiten zustanden, ihre Rechte geltend zu machen. In der Rechtssache *Senator Lines GmbH/Österreich u.a.*<sup>47</sup> stellte sich das Zurechnungsproblem in ganzer Schärfe. Die Beschwerdeführerin klagte gegen alle (damals) 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, weil sie sich durch das Verfahren vor dem Europäischen Gericht erster Instanz in ihren Rechten aus Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt sah. Der Gerichtshof (Große Kammer) ließ die hier interessierende Frage offen und verwarf die Beschwerde, weil zwischenzeitlich aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichts erster Instanz eine Rechtsverletzung nicht (mehr) bestehen könne und deshalb die von Art. 34 EMRK vorausgesetzte Opfereigenschaft fehle.

Aus den Entscheidungen des EGMR lässt sich keine positive Zurechnungsregel ableiten. Allenfalls könnte man argumentieren, dass in Abwesenheit einer aus-

---

<sup>44</sup> Vgl. *Ginther*, International Organizations, Responsibility, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II (1995), S. 1336 (1338); grundsätzlich bejahend etwa *Hoffmann*, Der Durchgriff auf die Mitgliedsstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden - Haftung aufgrund völkerrechtlicher und bundesrechtlicher Bestimmungen, *NJW* 1998, S. 585 (586 ff.), für die Schulden einer zahlungsunwilligen bzw. zahlungsunfähigen internationalen Organisation.

<sup>45</sup> So besitzt etwa Europol - auch wenn es sich dabei nicht um eine operationelle Polizei mit exekutiven Befugnissen handelt (*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, § 9, Rdnr. 17) - eine weitreichende Immunität; Art. 41 des Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), *ABl.* Nr. C 316 v. 27.11.1995, S. 2. Die Strafverfolgung selbst wird durch die Mitgliedsstaaten betrieben.

<sup>46</sup> EGMR, *Waite and Kennedy/Germany*, Beschwerdenummer 26083/94, Urteil v. 18.2.1999, Reports 1999-I. Das Urteil *Beer and Regan/Germany*, Beschwerdenummer 28934/95, am selben Tag verkündet, ist ähnlich gelagert, wurde aber nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

<sup>47</sup> EGMR, *Senator Lines GmbH/Austria et al.*, Beschwerdenummer 56672/00, Beschluss v. 10.3.2004 (Große Kammer), Übersetzung in *NJW* 2004, S. 3617 ff.

reichenden, auch verfahrensrechtlichen Sicherung gegen die Verwendung der Ergebnisse des Einsatzes von Lockspitzeln bereits die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisation unter Einräumung von Immunitätsrechten gegen das Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt. Das setzte – wegen des Anknüpfens an die Übertragung von Hoheitsrechten – die Mitgliedschaft des die Strafverfolgung betreibenden Staates in der internationalen Organisation voraus. Die Ahndung von Straftaten verbleibt aber – bis auf den hier nicht interessierenden Bereich des Völkerstrafrechts – bei den Einzelstaaten. Auf der internationalen Ebene fehlt es daher an ausreichenden verfahrensrechtlichen Sicherungen gegen den rechtswidrigen Einsatz von Lockspitzeln. Somit wird man, wenn sich nichts Gegenteiliges aus den jeweiligen Verträgen ergibt, in einem solchen Fall dem das Strafverfahren betreibenden Staat den Lockspitzeleinsatz zurechnen können.

## II. Zurechnung aufgrund staatlicher Übernahme der Haftung

Dem Staat lässt sich das Verhalten Privater in der Regel nicht als eigenes zurechnen. Ausnahmen kommen nach den *Draft Articles* in Betracht, wenn keine wirksame Staatsgewalt besteht,<sup>48</sup> Aufständische o.a. erfolgreich die Macht übernehmen<sup>49</sup> – beides für das Thema ohne Belang – und wenn der Staat nachträglich die Haftung übernimmt.<sup>50</sup> Dies entspricht geltendem Völkerrecht. Der Internationale Gerichtshof hat im Fall der Teheraner Botschaftsgeiseln eine völkerrechtliche Haftung des Iran für die Botschaftsbesetzung und die Geiselnahme der Botschaftsangehörigen aufgrund nachfolgender offizieller Verlautbarungen von Staatsorganen bejaht.<sup>51</sup> Es entspricht auch der Staatenpraxis. So hat Libyen die Verantwortung für die Explosionen von Passagierflugzeugen über dem schottischen Lockerbie und im Niger nachträglich übernommen. Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen hatte nach der Identifizierung libyscher Staatsangehöriger als Tatverdächtige eine umfassende Kooperation Libyens verlangt und wegen deren Verweigerung Sanktionen verhängt.<sup>52</sup> Diese Sanktionen wurden vom Sicherheitsrat erst

---

<sup>48</sup> Art. 9 *Draft Articles*.

<sup>49</sup> Art. 10 *Draft Articles*.

<sup>50</sup> Art. 11 *Draft Articles*.

<sup>51</sup> *Case concerning United States Consular Staff in Tehran*, (USA v. Iran), Judgment, ICJ Reports 1980, 3, 35 ff. (§§ 73 f.). Vgl. dazu *Oellers-Frahm*, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case*, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume IV (2000), S. 1214 ff. und ferner Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), S. 120 ff. (zit.: Commentaries).

<sup>52</sup> Res. 731 (1992) v. 21.1.1992; Res. 748 (1992) v. 31.3.1992; Res. 883 (1993) v. 11.11.1993.

aufgehoben, nachdem Libyen Verdächtige an ein in den Niederlanden tagendes schottisches Gericht ausgeliefert, die Hinterbliebenen entschädigt, dem Terrorismus abgeschworen und zukünftige Kooperation versprochen hatte.<sup>53</sup> Da nicht abschließend geklärt wurde, dass die Täter im Auftrag der libyschen Regierung gehandelt hatten, kann in diesem Fall von einer nachträglichen Übernahme der Haftung durch Libyen ausgegangen werden.

Zu den Staatsorganen, die Haftung übernehmen können, aufgrund deren Handlung also eine nachträgliche Haftung in Betracht kommt, gehören nach Art. 4 Abs. 1 der *Draft Articles* auch die Strafverfolgungsorgane. Das Strafverfahren selbst ist ein Hoheitsakt, über den der Staat durch Gerichte, Staatsanwaltschaft und Polizei die tatsächliche Kontrolle innehat. Die Übernahme der Haftung erfolgt in der Regel ausdrücklich, ist aber auch durch schlüssiges Verhalten möglich.<sup>54</sup> Einige verlangen zusätzlich, dass die Handlungen, für die der Staat die völkerrechtliche Verantwortlichkeit übernimmt, im Interesse des Dritten gelegen haben müssen.<sup>55</sup>

Nach der Entscheidung *Teixeira de Castro* bewirkt erst die Verwendung der Ergebnisse des Lockspitzeinsatzes im Strafverfahren die Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Dieses Strafverfahren wird von den staatlichen Hoheitsträgern kontrolliert. Durch das (Weiter-) Betreiben des Strafverfahrens in Kenntnis des rechtswidrigen Lockspitzeinsatzes schafft der Staat erst die Voraussetzung des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK. Dann macht er sich aber auch durch dieses schlüssige Verhalten die Ergebnisse des Lockspitzeinsatzes zu nutze. Dadurch zeigt er, dass er die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für den Lockspitzeinsatz zu übernehmen bereit ist. Hat der Staat bereits nach völkerrechtlichen Grundsätzen für die mangels konkretem Tatverdacht und Tatgeneigtheit rechtswidrige Tatprovokation einzustehen, greift er durch das Strafverfahren gegen das Opfer des Lockspitzeinsatzes in dessen völkerrechtlich verbürgtes Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ein. Nach Art. 1 EMRK obliegt dem Mitgliedstaat die Sicherung dieses Rechts gegenüber allen, gegenüber denen er das Strafverfahren betreibt. Somit führt auch die rechtswidrige Tatprovokation durch einen vom Ausland gesteuerten Lockspitzel zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Betreibung des Strafverfahrens.

---

<sup>53</sup> Res. 1506 (2003) v. 12.9.2003: „Welcoming the letter to the President of the Council dated 15 August 2003 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the Libyan Arab Jamahiriya, recounting steps the Libyan Government has taken to comply with the above-mentioned resolutions, particularly concerning acceptance of responsibility for the actions of Libyan officials, payment of appropriate compensation, renunciation of terrorism, and a commitment to cooperating with any further requests for information in connection with the investigation (S/2003/818)“.

<sup>54</sup> Vgl. Commentaries, (Fn. 51), S. 122.

<sup>55</sup> Vgl. *Epiney*, (Fn. 14), S. 189, die dieses Erfordernis aus der Entscheidung des IGH im Teheraner Geiselfall ableitet.

Diesem Ergebnis steht die Entscheidung des EGMR im Fall *Shannon/Vereinigtes Königreich*<sup>56</sup> nicht entgegen. Darin befasste sich der EGMR mit der Tatprovokation durch Private, nämlich durch einen Enthüllungsjournalisten, und verneinte einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Verwendung der so erlangten Beweise im späteren Strafverfahren. Der EGMR betonte aber, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Zulassung derart erlangter Beweismittel nicht unter allen Umständen ausgeschlossen werden könne. Dies musste aber nicht entschieden werden. Der EGMR hat also nicht dazu Stellung genommen, ob dem Staat die rechtswidrige Tatprovokation wegen des Betreibens des Strafverfahrens zugerechnet werden kann. Gleiches gilt für die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Stocké/Deutschland*,<sup>57</sup> wonach für die Zurechnung der von einem Privaten mittels Täuschung durchgeführten Rückführung eines Straftäters aus dem Ausland und dessen anschließender Verhaftung weder Vorgespräche mit noch eine nachfolgende Kostenerstattung durch staatliche Stellen ausreichen sollen. Für die Zurechnung erforderlich sei vielmehr die Kenntnis eines Beamten vom konkreten Vorhaben der Privatperson vor deren Handlung. Es ist aber bereits fraglich, ob der EGMR am „Stocké“-Urteil aufgrund der Rechtsprechungsentwicklung heute noch festhalten würde und ob diesem Urteil über den Bereich der freiheitsentziehenden Maßnahmen hinaus für den Bereich des Lockspitzeinsatzes Bedeutung zukommt.<sup>58</sup> Der EGMR hat das „Stocké“-Urteil in den späteren einschlägigen Urteilen zum Lockspitzeinsatz nicht zitiert.<sup>59</sup> Letztlich steht das „Stocké“-Urteil auch im Widerspruch zu den genannten völkerrechtlichen Vorgaben. Ihm kommt deshalb keine Bedeutung für die Frage der Zurechnung zu.

### III. Zwischenbilanz

Das Schweizerische Bundesgericht hat das Ersturteil, das wegen des rechtswidrigen Lockspitzeinsatzes ein Verfahrenshindernis annahm und die Angeklagten freisprach<sup>60</sup>, mit der Maßgabe aufgehoben, das Tatgericht habe in der erneuten Verhandlung zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit der vom Ausland gesteuerte Lockspitzel mit Kenntnis und Zustimmung der schweizerischen Ermittlungsbehörden gehandelt habe. Das Bundesgericht ist der Annahme eines Verfahrens-

---

<sup>56</sup> EGMR, *Shannon/United Kingdom*, Beschwerdenummer 67537/01, Beschluss v. 6.4.2004.

<sup>57</sup> EGMR, *Stocké/Germany*, Beschwerdenummer 11755/85, Urteil v. 19.3.1991, Serie A-199, §§ 51 ff.

<sup>58</sup> *Esser*, (Fn. 7), S. 180.

<sup>59</sup> Soweit ersichtlich hat der EGMR die „Stocké“-Entscheidung selbst nur zweimal in Urteilen zitiert, die jeweils keine Lockspitzeinsätze betrafen, nämlich in den Urteilen *Klaas/Germany*, Beschwerdenummer 15473/89, Urteil v. 22.9.1992, Serie A-269, und *Öcalan/Turkey*, Beschwerdenummer 46221/99, Urteil v. 12.3.2003 (nicht rechtskräftig).

<sup>60</sup> BGH 124 IV 34 (35 ff.).

hindernisses im Einzelfall nicht entgegengetreten, hat aber ein allgemeines, nicht auf den Einzelfall bezogenes Verfahrenshindernis aufgrund des Lockspitzeleinsatzes verneint.<sup>61</sup> Da aber ein Freispruch durch das kantonale Erstgericht möglich war, bedurfte es nach der hier vertretenen Ansicht keiner Aufhebung und Zurückverweisung. Denn das Verhalten des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels war den schweizerischen Behörden bereits durch das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden zurechenbar. Eine Zurechnung kommt auch dann in Betracht, wenn die Staatsorgane – einschließlich der Strafverfolgungsorgane – sich nachträglich die Handlungen Dritter zu Eigen machen. Ein Zu-Eigen-Machen ist durch schlüssiges Verhalten möglich und liegt auch in dem (Weiter-) Betreiben des Strafverfahrens in Kenntnis des Lockspitzeleinsatzes. Weil als Anknüpfungspunkt für die Zurechnung des Verhaltens des vom Ausland gesteuerten Lockspitzels nicht nur die Tatprovokation als solche, sondern auch das Betreiben des Strafverfahrens gegen den Provozierten in Betracht kommt, ist im Strafverfahren jede Tatprovokation durch einen vom Ausland gesteuerten Lockspitzel so zu behandeln, als sei der Lockspitzel von staatlichen Behörden gesteuert worden.

### C. Rechtsfolgen der zurechenbaren rechtswidrigen Tatprovokation

Somit stellt sich die Frage nach der konkreten Rechtsfolge des Einsatzes des Lockspitzels im Strafverfahren gegen den Provozierten. Die Diskussion der Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts eröffnet die Möglichkeit, die Rechtsfolgen dieses Einsatzes erneut zu überdenken.<sup>62</sup> Das schweizerische Erstgericht

---

<sup>61</sup> BGE 124 IV 34 (42 f.): „Allerdings wäre es verfehlt anzunehmen, der rechtswidrige Einsatz eines V-Mannes stehe einer Verurteilung der provozierten Zielpersonen absolut entgegen, zumal die Unzulässigkeit der Tatbeteiligung des V-Mannes zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für die wie auch immer konzipierte Folge der Straflosigkeit der provozierten Personen bildet. So sind etwa Sachverhalte denkbar, in denen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles die Tatbeteiligung des polizeilichen agent provocateur diejenige der Zielpersonen nicht gänzlich in den Hintergrund zu verdrängen vermag; in solchen Fällen kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, das dem Staat zuzurechnende rechtswidrige Handeln habe das Strafverfahren derart diskreditiert, dass es zur Erreichung der damit verfolgten Zwecke vollständig untauglich geworden sei, und gegen die Täter kein strafrechtlicher Schuldvorwurf mehr erhoben werden könne.“

<sup>62</sup> Die Diskussion über die Rechtsfolgen der Tatprovokation durch Lockspitzel wurde in Deutschland lebhaft geführt. Vgl. dazu nur die Beiträge in Lüderssen (Hrsg.), *V-Leute – Die Falle im Rechtsstaat*, 1985, anhand derer der Lauf der Diskussion bis 1985 nachvollzogen werden kann. Grundlegend *Lüderssen*, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation*, in: Fs. Peters, 1974, S. 349 ff. Vgl. auch den Überblick von *Weigend*, *Verdeckt ermittelnde Agenten der Polizei – rechtsvergleichende Bemerkungen*, in: Fs. Waltoś, 2000, S. 664 ff.

nahm ein Verfahrenshindernis an. Das schweizerische Bundesgericht nahm dies hin, nicht ohne darauf hinzuweisen, dass es auch Fallgestaltungen geben könne, in denen die Annahme eines Verfahrenshindernisses wegen des trotz der Provokation verbleibenden Schuldvorwurfs nicht gerechtfertigt sei.<sup>63</sup> Der BGH hingegen will die Tatprovokation in aller Regel im Rahmen der Strafzumessung als selbstständigen, schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund berücksichtigen. Der Tatrichter könne das Verfahren bei Vergehen nach §§ 153, 153a StPO einstellen, bei Verbrechen bis zur Strafuntergrenze hinab gehen oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach den §§ 47 Abs. 2, 59 Abs. 1 StGB aussprechen.<sup>64</sup> Der EGMR nahm im Fall *Teixeira de Castro/Portugal*<sup>65</sup> einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den Lockspitzeinsatz „und die Verwertung seiner Ergebnisse im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren“<sup>66</sup> an. Kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt nach der Rechtsprechung des EGMR aber dann vor, wenn – wie im Fall *Lüdi/Schweiz*<sup>67</sup> – ein Anfangsverdacht besteht, die Polizeibeamten von Vorgesetzten geführt werden und das Verfahren von einem Richter überwacht wird. Eine Kompensation des Konventionsverstößes auf der Ebene der Mitgliedsstaaten wird vom EGMR überwacht, da nur dieser entscheiden kann, ob die Opfereigenschaft (Beschwer), die Art. 34 EMRK für die Zulässigkeit der Beschwerde verlangt, noch besteht. Deshalb ist fraglich, ob die Strafzumessungslösung des BGH mit dem Urteil *Teixeira de Castro* in jedem Fall vereinbar ist.

Der 1. Strafsenat des BGH hat sich in seinem Urteil vom 18. November 1999<sup>68</sup> mit dem Urteil *Teixeira de Castro/Portugal* an sich umfassend auseinandergesetzt. Entgegen im Schrifttum erhobenen Forderungen<sup>69</sup>, lehnte es der BGH ab, aufgrund des Urteils *Teixeira de Castro* von der seit BGHSt 32, 345 in ständiger Rechtsprechung vertretenen Strafzumessungslösung abzugehen. Dabei geht der BGH

---

<sup>63</sup> BGE 124 IV 34 (43); in welchen Fallgestaltungen die Tatprovokation den Schuldvorwurf nicht zu kompensieren vermag, lässt das Gericht indes offen.

<sup>64</sup> BGHSt 32, 345 (355).

<sup>65</sup> EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, (Fn. 6); zur Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR vgl. *Cameron*, National Security and the European Convention on Human Rights, 2000, S. 317 ff.

<sup>66</sup> EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, (Fn. 6), § 39 (StV 1999, S. 127 [128]).

<sup>67</sup> EGMR, *Lüdi/Switzerland*, Beschwerdenummer 12433/86, Urteil v. 15.6.1992, Reports A-238 (nichtamtliche Übersetzung in StV 1992, S. 499).

<sup>68</sup> BGHSt 45, 321 mit Anmerkungen u.a. von C. Roxin, JZ 2000, S. 369, Sinner, StV 2000, S. 114 und Endriß, NSZ 2000, S. 271.

<sup>69</sup> So etwa Kinzig, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?, StV 1999, S. 288 (291), zugleich Anm. zu EGMR, Urteil v. 9.6.1998 (StV 1999, S. 127); vgl. auch Kühne, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, Rdnr. 537 und Kempf, Anmerkung zu EGMR, Urteil v. 9.6.1998, StV 1999, S. 128 (130).

von der durch die Rechtsprechung des EGMR gestützten Grundannahme aus, dass die konkrete Ausgestaltung der Grundprinzipien der EMRK sich nach dem jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten richtet.<sup>70</sup>

Fraglich ist aber, ob BGHSt 45, 321 mit den Vorgaben des BVerfG für die Anwendung der EMRK – in der Form, welche diese durch die Rechtsprechung des EGMR erlangt hat – durch deutsche Gerichte vereinbar ist. Bei Entscheidungen, die gegen die Bundesrepublik als Verfahrensbeteiligte ergehen, ergibt sich die Bindungswirkung bei gleichem Streitgegenstand aus der EMRK; bei Entscheidungen mit anderem Streitgegenstand folgt die Bindungswirkung aus dem nationalen (Verfassungs-) Recht. Rechtskräftige Entscheidungen des EGMR sind für die Mitgliedstaaten, die Verfahrensbeteiligte sind, bindend (Art. 46 EMRK). Ein Urteil des Gerichtshofs führt aber nicht zu einer Aufhebung des angegriffenen mitgliedstaatlichen Urteils, sondern zu einer „gerechten Entschädigung“ unter den Voraussetzungen des Art. 41 EMRK. Das nationale Recht kann jedoch vorsehen, dass an die Entscheidung des EGMR über Art. 41 EMRK hinausgehende Folgen geknüpft werden. Dies ist in Deutschland etwa in § 359 Nr. 6 StPO geschehen. Danach ist die Feststellung eines Konventionsverstoßes durch den EGMR ein eigenständiger Wiederaufnahmegrund, wenn die Verurteilung auf dem Konventionsverstoß beruht. Aufgrund des Urteils in der Rechtssache *Teixeira de Castro/Portugal* sind die Voraussetzungen des § 359 Nr. 6 StPO nicht gegeben, da ein Wiederaufnahmegrund nur für den obsiegenden Kläger eines Verfahrens vor dem EGMR begründet wird. Dies entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers<sup>71</sup> und findet seine Berechtigung darin, dass Urteile des EGMR aufgrund von Individualbeschwerden (Art. 34 EMRK) lediglich zwischen dem Beschwerdeführer und dem Mitgliedstaat unmittelbare Wirkung entfalten und der Rechtskraft fähig sind.

Das bedeutet aber nicht, dass aus Entscheidungen wie *Teixeira de Castro/Portugal*, die gegen andere Mitgliedstaaten ergangen sind, keine Folgen für die deutsche Rechtspraxis zu ziehen wären. Das hat das BVerfG mittlerweile mehrfach betont und klare Vorgaben für die Umsetzung der Urteile des EGMR durch deutsche Fachgerichte formuliert. Zwar hat die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag in der Normenhierarchie vermittelt durch das Zustimmungsgesetz nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG). Sie hat aber als Auslegungshilfe für das Grundgesetz eine entscheidende Bedeutung. Für das nationale Recht gilt

---

<sup>70</sup> BGHSt 45, 321 (333).

<sup>71</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/10333, S. 4 f. Ein anders lautender Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, wonach auch Urteile des EGMR in anderen Verfahren gegen Deutschland und zu vergleichbaren Normen anderer Signatarstaaten einen Wiederaufnahmegrund bilden sollten, wurde abgelehnt, vgl. BT-Drucks. 13/10333, S. 3.

der Grundsatz der konventionsfreundlichen Interpretation.<sup>72</sup> Das wurde vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 14. Oktober 2004 über die Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR durch deutsche Gerichte erneut bestätigt.<sup>73</sup> Ergänzend hat das BVerfG unter Bezugnahme auf *Ress* ausgeführt, dass die Entscheidungen des Gerichtshofs in Verfahren gegen andere Vertragsparteien den nicht beteiligten Staaten Anlass gäben, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren.<sup>74</sup> Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR erfordere, die EMRK und Urteile des EGMR zur Kenntnis zu nehmen und in den Willensbildungsprozess einfließen zu lassen. Wenn für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des EGMR einschlägig seien, so müssten die von diesem in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung, namentlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen werden; auch habe eine Auseinandersetzung mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden. Die innerstaatlichen Behörden und Gerichte haben deshalb – so das BVerfG – die Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu berücksichtigen, auch wenn die Entscheidung des EGMR in einem anderen Verfahren ergangen ist.<sup>75</sup> Mit diesen Vorgaben ist es unvereinbar, wenn Urteile des EGMR in fachgerichtlichen Entscheidungen oftmals keine oder nur eine unangemessen geringe Rolle spielen. Denn gerade die nationalen Gerichte müssen sich unter dem Eindruck der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR von den zum nationalen Strafverfahrensrecht entwickelten Dogmatik insoweit lösen, als dies zur Umsetzung der Urteile des EGMR erforderlich ist.<sup>76</sup>

Entspricht BGHSt 45, 321 nun diesen Vorgaben? *Claus Roxin* hat die Entscheidung BGHSt 45, 321 kritisiert, weil der BGH durch das Festhalten an der Strafzumes-

---

<sup>72</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 (370). Zusammenfassend etwa *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 181 ff. und *Esser*, (Fn. 7), S. 870 ff.

<sup>73</sup> BVerfGE 111, 307.

<sup>74</sup> Vgl. *Ress*, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350.

<sup>75</sup> BVerfGE 111, 307 (323 ff.); *Meyer-Ladewig/Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR. Neues aus Straßburg und Karlsruhe. Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, NJW 2005, S. 15 (18 ff.), weisen zu recht darauf hin, dass die vom BVerfG gezogene Grenze des Widerspruchs zum GG nur überschritten wird, wenn etwa die Rechtsprechung des EGMR eine Änderung des GG erforderlich macht und diese Grundgesetzänderung noch nicht erfolgt ist.

<sup>76</sup> Vgl. *Esser*, (Fn. 7), S. 870 ff., insb. S. 872: „Immerhin scheint die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile vor den deutschen Gerichten salonfähig zu werden.“

sungslösung dem EGMR die Gefolgschaft verweigert habe; der Übergang von der vom EGMR geforderten Straffreistellung zur Strafzumessung stelle keine nationale Ausgestaltung der EMRK dar, sondern eine tief greifende Umgestaltung der Entscheidung.<sup>77</sup> Es fällt schwer, in dem „Verweigern von Gefolgschaft“ eine angemessene Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs zu erblicken.

Die erste Vorgabe des BVerfG hat der BGH zwar erfüllt; er hat in BGHSt 45, 321 das Urteil *Teixeira de Castro* zur Kenntnis genommen und sich ausführlich mit diesem auseinandergesetzt. Fraglich ist aber, ob der BGH bei einer methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung nicht zu einer Beendigung des Verfahrens, in dem der EGMR ausweislich des Urteils *Teixeira de Castro* die Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK sieht,<sup>78</sup> hätte gelangen können. Da der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR im Strafverfahren liegt, ist eine Lösung auch auf der Ebene des Strafverfahrens zu finden,<sup>79</sup> nämlich dessen Beendigung. Das bereits eingeleitete Strafverfahren kann nur durch Freispruch oder Einstellung beendet werden. Steht in der Hauptverhandlung fest, dass dem Angeklagten keine Straftat nachzuweisen ist, entsteht ein Prozesshindernis oder wird ein solches entdeckt, so ist der Angeklagte freizusprechen.<sup>80</sup> Ist die Hauptverhandlung noch nicht eröffnet, ist das Verfahren einzustellen.<sup>81</sup> Alle in der Literatur und früheren Rechtsprechung vertretenen Lösungsmöglichkeiten (Verfahrenshindernis, Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, Beweisverbot, Strafausschließungsgrund)<sup>82</sup> führten zu einer Einstellung des Strafverfahrens gegen den Angeklagten bzw. dem Freispruch des Angeklagten als Opfer eines rechtswidrigen Lockspitzeleinsatzes. Dadurch wird gleichzeitig einer Selbstermächtigung der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere der Polizei, und einer Außensteuerung des Strafverfahrens vorgebeugt.<sup>83</sup> Ein persönlicher Strafausschließungsgrund<sup>84</sup> führte dazu, dass dem Angeklagten keine Straftat nachzuweisen wäre. Die vom BGH dagegen angeführten systematischen Bedenken, dass sich Wertungswidersprüche

---

<sup>77</sup> C. Roxin, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 18.11.1999, 1 StR 221/99, JZ 2000, 369.

<sup>78</sup> Da die Ausführungen des EGMR insoweit eindeutig sind, ist die Schärfe der Urteilsschelte *Leschs*, (Fn 7), S. 453 – *Teixeira de Castro* sei „höchst irreführend“ – nicht nachvollziehbar.

<sup>79</sup> Vgl. *Lüderssen*, (Fn. 8), S. 883 (889): „Verfahrensverstöße verlangen nach prozessualen Antworten.“ Dem steht jedoch nicht entgegen, dass die „prozessuale Antwort“ auch nur Folge einer materiell-rechtlichen Lösung sein kann.

<sup>80</sup> BGHSt 20, 333 (335).

<sup>81</sup> *Meyer-Gofner*, (Fn. 4), § 260, Rn. 45 m.w.N.

<sup>82</sup> Vgl. *I. Roxin*, (Fn. 3), S. 31 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Maul*, Die Probleme des Bundesgerichtshofs mit der Tatprovokation im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, in: Fs. aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, 569 (579).

<sup>84</sup> Diesen befürwortend etwa *C. Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 10, Rdnr. 28.

zu den §§ 56 Abs. 2 S. 3 BBG, 38 Abs. 3 BRRG, 7 Abs. 2 UZwG und 11 Abs. 1 SoldG ergäben,<sup>85</sup> überzeugen mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht. In den beamten- und wehrstrafrechtlichen Konstellationen will der Weisungs- bzw. Befehlsgeber im Gegensatz zum Lockspitzel gerade, dass es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt. Es handelt sich also um eine gewöhnliche Anstiftung, nicht um eine Tatprovokation, bei der es aus Sicht des Lockspitzels zum Erfolg wegen des Eingreifens der Strafverfolgungsbehörden nicht kommen soll.<sup>86</sup> Es bestehen daher keine durchgreifenden systematischen Bedenken, in den Fällen des rechtswidrigen Lockspitzeinsatzes das Strafverfahren einzustellen bzw. den Angeklagten freizusprechen, indem man in dieser Fallkonstellation einen persönlichen Strafausschlussgrund bejaht. Die BGHSt 45, 321 folgende deutsche Rechtsprechung verstößt somit gegen die vom BVerfG entwickelten Grundsätze über die Beachtung der Entscheidungen des EGMR und verletzt dadurch das Recht des Provozierten auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip.

Es wäre jedoch verfrüht, aus dem Vorstehenden zu folgern, im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK komme es nicht auf eine Abwägung zwischen dem Recht auf ein faires Verfahren und der Notwendigkeit der Verfolgung schwerer Straftaten an, weil es aufgrund des Urteils *Teixeira de Castro* nur die Lösung der Verfahrensbeendigung gäbe.<sup>87</sup> Denn der in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltene Grundsatz des fairen Verfahrens dient geradezu als „Plattform für die Abwägung unterschiedlicher Interessen“<sup>88</sup>. Nur weil der Rechtsanwender abwägen darf, bedeutet dies nicht zwingend, dass das Abwägungsergebnis eine Abwägung widerspiegeln muss. Nach der Rechtsprechung des EGMR, insbesondere den Entscheidungen in den Rechtssachen *Lüdi* und *Carbalo* ist eine Beendigung des Strafverfahrens wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK dann nicht erforderlich, wenn sich der Lockspitzeinsatz gegen eine verdächtige oder tatgeneigte Person richtet. In diesen Fällen ist der BGH auch unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EGMR aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gehalten, von der Strafzumessungslösung Abstand zu nehmen.

---

<sup>85</sup> BGHSt 32, 345 (356).

<sup>86</sup> Vgl. *I. Roxin*, (Fn. 1), S. 226 f. unter Hinweis auf *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel, StV 1984, S. 179 und m.w.N.

<sup>87</sup> In diese Richtung tendiert aber *Sommer*, Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, StraFo 2000, S. 150 (153).

<sup>88</sup> Vgl. *Jung*, „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ contra „schützende Normen“ – ein prozessualer Klassiker im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, GA 2003, S. 191 (196).

## D. Zusammenfassung

Das Schweizerische Bundesgericht ist in seinem Urteil BGE 124 IV 34 von der zutreffenden Annahme ausgegangen, dass eine Zurechnung der rechtswidrigen Tatprovokation durch vom Ausland gesteuerte Lockspitzel bei Wissen und Zustimmung der nationalen (Strafverfolgungs-) Behörden in Betracht kommt. Das Gericht hat aber nicht diskutiert, dass eine Zurechnung auch bei Übernahme der Haftung für dieses rechtswidrige Verhalten selbst durch schlüssiges Verhalten möglich ist. Eine solche Übernahme liegt in dem Weiterbetreiben des Strafverfahrens in Kenntnis des rechtswidrigen Lockspitzeleinsatzes, worin in jedem Fall ein Verstoß gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu sehen ist. Durch das Weiterbetreiben des Strafverfahrens in Kenntnis des rechtswidrigen Lockspitzeleinsatzes werden die rechtsstaatlichen Grenzen der Kriminalitätsbekämpfung überschritten. Nicht in jedem Fall ist es wünschenswert, eine „Waffengleichheit“ zwischen Strafverfolgungsbehörden und Kriminellen herzustellen, stünde eine solche „Waffengleichheit“ doch in einem kaum aufzulösenden Spannungsverhältnis mit der in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung, nach der sich Ermittlungen nur gegen Verdächtige richten sollen.<sup>89</sup>

Der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verlangt eine Lösung im Strafverfahren. Während das Schweizerische Bundesgericht die Annahme eines Verfahrenshindernisses hinzunehmen bereit ist, berücksichtigt der BGH die Tatprovokation nur im Rahmen der Strafzumessung. Mit der Annahme, die im Lockspitzeleinsatz liegende Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK lasse sich auf der Ebene der Strafzumessung kompensieren, verlässt der BGH aber den vom BVerfG gezogenen Rahmen, wie Urteile des EGMR in anderen Verfahren von deutschen Gerichten zu berücksichtigen sind. Deshalb verstößt die BGHSt 45, 321 folgende deutsche Rechtsprechung gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Rechtsstaatsprinzip. Vielmehr ist im Falle der rechtswidrigen und dem Staat zurechenbaren Tatprovokation durch einen Lockspitzel das Strafverfahren entweder durch Freispruch oder Einstellung zu beenden. Aus der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Teixeira de Castro/Protugal* und den Vorgaben des BVerfG zur Umsetzung von Urteilen des EGMR durch deutsche Fachgerichte folgt, dass auch nach deutschem Recht bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation einer unverdächtigen und nicht tatgeneigten Person eine Möglichkeit zur Beendigung des Strafverfahrens bestehen muss. In der Annahme eines persönlichen Strafausschlussgrundes liegt eine solche Möglichkeit. Besteht gegen das Opfer der Tatprovokation aber ein Tatverdacht oder ist das Opfer tatgeneigt, liegt also keine rechts-

---

<sup>89</sup> Vgl. Hassemer, Rechtsstaatliche Grenzen bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität, in: Sieber (Hrsg.), Internationale Organisierte Kriminalität – Herausforderungen und Lösungen für ein Europa offener Grenzen, 1997, S. 213 (218).

staatswidrige Tatprovokation im Sinne des Urteils *Teixeira de Castro* vor, steht die Rechtsprechung des EGMR der vom BGH gewählten Strafzumessungslösung nicht entgegen.