

Verurteilung nach Einsatz eines polizeilichen Lockspitzels

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Heft 1, Januar 1999, Dr. Ulrich, Köln: S. 47-50

■ MRK Art. 6 I 1

Die gerichtliche Verwertung von Erkenntnissen polizeilicher Scheinaufkäufer verletzt jedenfalls dann das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 I 1 MRK), wenn dieser vor der provozierten Tat nicht verdächtig war und die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Polizei nicht von einem Gericht kontrolliert war.

■ EGMR, Urt. v. 9. 6. 1998 - 44/1997/828/1034

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer Herr de C, ein portugiesischer Staatsbürger, wurde 1955 geboren und lebt in Campelos (Gimarães). Zum fraglichen Zeitpunkt arbeitete er in einer Textilfabrik. Seit seiner Haftentlassung hat er keine Anstellung gefunden.

Im Zusammenhang mit der Überwachung von Drogengeschäften kamen 2 Zivilbeamte der öffentlichen Sicherheitspolizei aus Famalicao bei mehreren Gelegenheiten in Kontakt mit einer Person namens V. S. Diese stand in Verdacht, in geringem Umfang mit Drogen zu handeln, um den eigenen Drogenkonsum - zumeist Haschisch - zu finanzieren. Sie hofften, daß sie durch V. S, dessen Lieferanten identifizieren konnten und boten daher an, einige Kilogramm Haschisch von ihm zu kaufen. Ohne sich darüber im klaren zu sein, dass es sich um Polizeibeamte handelte, sagte V. S zu, einen Lieferanten zu finden. Obwohl er

von den beiden Polizeibeamten gedrängt wurde, konnte er jedoch niemanden ausfindig machen.

Am 30. 12. 1992 kurz vor Mitternacht begaben sich die beiden Polizeibeamten wiederum zur Wohnung von V. S und sagten, dass sie nunmehr am Ankauf von Heroin interessiert seien. V. S erwähnte nunmehr den Namen von de C als jemandem, der einen Lieferanten finden könnte; allerdings kannte er nicht dessen Adresse und musste sich diese von einer anderen Person namens F. O besorgen. Alle vier fuhren zum Hause des Bf. in dem Fahrzeug der angeblichen Käufen. Der Bf. kam auf Bitten von F. O aus einer Wohnung und stieg in das Auto, in dem die beiden Polizeibeamten zusammen mit V. S warteten. Die Polizeibeamten sagten, sie wollten 20 g Heroin zum Preise von 200 000 Escudos kaufen und zeigten eine Rolle Banknoten der Bank von Portugal vor.

Herr de C sagte zu, das Heroin zu besorgen und fuhr begleitet von F. O in einem eigenen Auto zur Wohnung einer anderen Person J. P. O. Letzterer besorgte 3 Tütchen mit Heroin von jemand anderem, wovon eines 10 g und die beiden anderen jeweils 5 g wogen. Bei seiner Rückkehr händigte er diese dem Bf. gegen Bezahlung aus, die, ohne dass die genaue Summe bekannt wäre, jedenfalls den Betrag von 100000 Escudos überschritt.

Der Bf. brachte anschließend die Drogen zu V. S nach Hause; V. S war zwischenzeitlich dorthin zurückgekehrt und die beiden Polizeibeamten warteten draußen. Das Geschäft

sollte im Hause stattfinden. Auf Hinweis von V. S begaben sich die Polizeibeamten nach drinnen; der Bf. nahm eines der Tütchen aus seiner Tasche, woraufhin sich die beiden Beamten zu erkennen gaben und kurz vor 2 Uhr morgens sowohl den Bf. als auch V. S und F. O festnahmen. Sie durchsuchten alle 3 und entdeckten beim Bf. weitere 2 Heroinpäckchen, 43 000 Escudos in bar sowie ein Goldarmband.

Der Bf. wurde in U-Haft genommen.

Am 6. 12. 1993 verurteilte das Gericht den Bf. zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren. Dem V. S legte es eine Geldstrafe auf, ersatzweise 20 Tage Haft.

Aus den Gründen: ...

31. Herr de C trug vor, dass er insoweit kein faires Verfahren hatte, als er von 2 zivilen Polizeibeamten angestiftet worden war, ein Verbrechen zu begehen, für das er später verurteilt wurde. Er stützte sich auf Art. 6 I der Konvention, deren für den vorliegenden Fall maßgeblicher Teil sich wie folgt liest:

“1. Jederman hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem ... Gericht, das .. über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.”

Er behauptete, er sei nicht vorbestraft und hätte die Tat niemals begangen, wenn er nicht hierzu von diesen “agents provocateurs” angehalten worden wäre. Darüberhinaus hätten die Polizeibeamten in eigener Initiative gehandelt, ohne dass sie von Gerichten überwacht worden wären und ohne dass irgendwelche Voruntersuchungen geführt worden wären.

32. Die Regierung trug vor, dass eine Anzahl von Staaten, zumeist Mitglieder des Europarates, die Anwendung spezieller Ermittlungsmaßnahmen insbesondere im Kampf gegen die Rauschgiftkriminalität akzeptieren. Die Gesellschaft müsse Techniken finden, um

diese Art von krimineller Aktivität einzudämmen, welche die Grundlagen der demokratischen Gesellschaften zerstöre ...

34. Der Gerichtshof weist wiederholt darauf hin, dass die Frage der Zulässigkeit von Beweisen vornehmlich der Regelung des jeweiligen nationalen Rechts vorbehalten sein muss und es generell den nationalen Gerichten obliegt, die Beweisaufnahme zu regeln. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichtshofs, im Rahmen der Konvention Regeln aufzustellen, unter welchen Bedingungen Zeugenaussagen ordnungsgemäß als Beweise zugelassen werden; er hat aber festzustellen, ob das Verfahren als ganzes, einschließlich der Art und Weise der Beweisaufnahme, fair war.

35. Genau genommen schließt es die Konvention nicht aus, sich je nach Ermittlungsstand und dort, wo es die Natur des Verbrechens rechtfertigt, auf Quellen wie anonyme Informanten zu stützen. Jedoch handelt es sich bei der nachfolgenden Nutzung von deren Aussagen durch ein Gericht zur Urteilsfindung um eine hiervon zu unterscheidende Angelegenheit (s. Kostovski gegen Niederlande, Urt. v. 20.11. 19989, Serie A NL166, S.21,§44).

36. Die Nutzung von verdeckt arbeitenden Ermittlern (“undercover agents”) muss begrenzt werden, und Sicherungen sind auch für die Fälle der Bekämpfung des Drogenhandels zu gewährleisten. Wenn auch der Anstieg der organisierten Kriminalität zweifellos das Ergreifen angemessener Maßnahmen erfordert, nimmt das Recht auf eine faire Rechtspflege doch einen derart hervorragenden Platz ein (a. Delcourt gegen Belgien, Urt. v. 17. 1. 1970, Serie A NL 11, S. 15, § 25), dass es nicht um der Nützlichkeit willen geopfert werden kann. Die allgemeinen Erfordernisse der Fairness, wie sie in Art. 6 niedergelegt sind, sind auf Verfahren jeglicher Art von Kriminalität anzuwenden, von der einfachsten bis hin zu der kompliziertesten. Das öffentliche Interesse kann nicht die Verwendung von Beweismaterial rechtfertigen, das aus polizeilicher Anstiftung resultiert.

37. Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass sich die aktuelle Diskussion vom Fall Lüdi gegen Schweiz unterscheidet, wo der betroffene Polizeibeamte geschworen hatte, dem Ermittlungsrichter sei sein Auftrag nicht unbekannt gewesen und die Schweizer Behörde hätte - informiert durch die Deutsche Polizei - eine Voruntersuchung eingeleitet. Die Rolle des Polizeibeamten war darauf beschränkt, als verdeckter Ermittler zu handeln.

38. In vorliegendem Fall ist es notwendig zu entscheiden, ob die Aktivitäten der beiden Polizeibeamten über die der verdeckten Ermittler hinausgingen. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Regierung nicht vorgebracht hat, das Eingreifen der Polizeibeamten sei Teil einer Operation gegen den Drogenhandel, die von einem Richter angeordnet und überwacht worden wäre. Es ist auch nicht erkennbar, dass die zuständigen Behörden vernünftige Gründe hatten, Herrn De C des Drogenhandels zu verdächtigen. Im Gegenteil: Weder existieren bislang gegen ihn Vorstrafen, noch war gegen ihn ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden. Tatsächlich war er den Polizeibeamten gar nicht bekannt, die zu ihm nur durch die Vermittlung von V. S und E O Kontakt erhielten (s. oben 10).

Weiterhin befand sich das Rauschgift nicht in der Wohnung des Bf.; er erhielt es von einem dritten, der es wiederum von einem anderen erhalten hatte (s. oben 11). Auch deutet das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 5. 5. 1994 nicht an, der Bf. hätte im Zeitpunkt der Festnahme mehr Drogen gehabt als die von der Polizei bestellte Menge und wäre damit über das hinausgegangen, zu dem er von der Polizei angestiftet worden war. Es gibt kein Beweismittel, um die Behauptung der Regierung zu stützen, der Bf. hatte bereits zuvor die Neigung zur Begehung von Straftaten gehabt. Die zwingende Schlussfolgerung hieraus ist, dass die beiden Polizeibeamten sich nicht darauf beschränkten, die kriminellen Aktivitäten von Herrn de C in einer im wesentlichen passiven Weise zu erforschen, sondern sie übten einen Einfluß durch Anstiftung zu der Tatbegehung aus.

Letztlich stellt der Gerichtshof fest, dass die nationalen Gerichte in ihren Entscheidungen ausführen, dass der Bf. hauptsächlich aufgrund der Aussagen der beiden Polizeibeamten verurteilt worden ist.

39. Im Lichte aller dieser Überlegungen folgert der Gerichtshof, dass die Handlungen der beiden Polizeibeamten über die von verdeckten Ermittlern hinausgingen, weil sie zu der Tat anstifteten und es keinen Hinweis darauf gibt, dass diese Tat ohne ihr Einschreiten begangen worden wäre. Dieses Eingreifen und dessen Verwendung im angefochtenen Strafverfahren bedeutet, dass dem Bf. von Beginn an vollständig ein faires Verfahren entzogen war. Damit lag eine Verletzung von Art. 6 I vor ...

49.... In Anwendung von Art. 50 gewährt der Gerichtshof ihm [dem Bf.] einen Betrag von 10 Mio. Escudos als Ersatz für materiellen und immateriellen Schaden.

Anmerkung: Die neueste Entscheidung des EGMR scheint auf den ersten Blick mit der verbalen Missbilligung des agent provocateur durch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung in ähnlichen Fällen übereinzustimmen. Wenn der Auftritt des tatprovokierenden Agenten im Gerichtssaal vor dem Strafgericht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens und damit gegen Art. 6 I der Menschenrechtskonvention, die in Deutschland Gesetzesgeltung hat, verstößt, deckt sich diese Bewertung mit den wiederholten Ausführungen des BGH, wonach durch unzulässige Einwirkung von der Polizei eingesetzter Lockspitzel der Angekl. zum Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt werde (BGH StV 1995, 131). Die Entscheidung des EGMR beschränkt sich allerdings nicht darauf, den prinzipiellen Verstoß des agent provocateur zum europäischen Rechtsprechungsstandard zu erheben. Vielmehr offenbart eine Analyse dieser Entscheidung des EGMR erhebliche Wertungsdifferenzen zur deutschen Rechtsprechungspraxis.

Von den deutschen Gerichten ist bislang ein differenzierter Denkansatz des EGMR zur Problematik des V-Mannes nicht wahrgenommen worden, obwohl ihn der Gerichtshof in diversen Entscheidungen der letzten Jahre schon mehrfach vorgetragen hat: Es ist einerseits zu unterscheiden zwischen der kriminalpolitischen Notwendigkeit, durch geheime Maßnahmen der Exekutive Einblick in kriminelle Szenen zu verschaffen, und auf der anderen Seite der Verwertung solcher Erkenntnisse in dem mit besonders strengen formellen Garantien ausgestatteten Strafprozess.

Demgegenüber zitieren Entscheidungen des BGH gerne die Aussage des B VerfG hinsichtlich der Notwendigkeit des Einsatzes von verdeckt arbeitenden Ermittlern (s. B VerfGE 57, 250ff.; BVerfG NStZ 1991,445 f.), um anschließend ohne großen zusätzlichen argumentativen Aufwand Einschränkungen prozessualer Rechte zu deklarieren. Dem hält der EGMR eine klare Wertvorgabe entgegen. Die Rechtsstaatlichkeit des Gerichtsverfahrens hat in unserer Gesellschaft einen überragenden Stellenwert, der auch durch kriminalpolitische Nützlichkeitsabwägungen niemals tangiert werden darf. Die Lektüre mancher BGH-Entscheidungen der letzten Jahre hinterlässt Zweifel, ob sich die Senate derselben europäischen Rechtsstaats-Tradition verpflichtet fühlen, wie dies die vorliegende Entscheidung zur Auslegung der Menschenrechtskonvention fixiert.

Das gilt auch für andere vom EGMR geäußerte Bedenken.

Wenn ein faires Verfahren gegenüber einem Angeklagten als rechtsstaatliches Minimum die gerichtliche Überwachung des verdeckt agierenden agent provocateur voraussetzt, steht hiermit die Auffassung des BGH in Widerspruch (NStZ 1996 450), der den gesetzlichen Richtervorbehalt des § 110 b StPO nur auf Fälle der "erheblichen Beeinträchtigung der Rechte von Betroffenen durch schwerwiegende Täuschung" angewendet wissen will. Die vom BGH für zulässig und der gerichtlichen Verwertung zugänglich erachtete Tätig-

keit des "schlichten" polizeilichen Scheinaufkäufers dürfte typischerweise genau den Aktivitäten der portugiesischen Polizeibeamten entsprechen die der EGMR als Grundlage einer Verurteilung schon mangels richterlicher Kontrolle nicht akzeptiert.

Dass schon der fehlende Anfangsverdacht gegenüber dem Provozierten das Handeln polizeilicher agent provocateur jeder Legitimation entzieht, ist eine späte Einsicht deutscher Gerichte. Zwar wurde dies bislang vom BGH nicht generell als "unüberwindbare rechtsstaatliche Schranke repressiver Ermittlungstätigkeit" (so Fischer/ Maul NStZ 1992, 12) angesehen. Als Kriterium für die Zulässigkeit von Tatprovokation ist dieser Punkt in den letzten Jahren zumindest in das Gesichtsfeld der Rechtsprechung gelangt (BGH NStZ 1994, 290; 1995, 507), nachdem in älteren Entscheidungen auch die Provokation gegenüber unbescholtenen Bürgern durchaus als Aktionsfeld innerhalb der durch den Rechtsstaat gesetzten Grenzen angesehen worden war (BGHSt 32, 345 ff.).

Das Gewicht der vorliegenden Entscheidung besteht allerdings in dem vom Straßburger Gericht unmissverständlich erzeugten Eindruck, welche Folgen die polizeilichen Vorgehensweisen zeitigen sollen, die unisono als nicht rechtsstaatsgemäß qualifiziert werden. Bekanntlich hat die deutsche Rechtsprechung weder Bedenken gegen die gerichtliche Verwertung, noch erkennt sie in diesen Fällen eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs an; ein schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund ist die einzige Konsequenz für den tatprovozierten Angekl. (siehe z. B. BGH NStZ 1995, 507). Die Schlussfolgerungen des EGMR sind radikaler. Die Konvention verbietet dem Gerichtshof die Aufhebung eines nationalen Gerichtsurteils. Er kann nur Feststellungen zur Konventionswidrigkeit treffen. Erst recht kann er keine nationalen Regeln zur gerichtlichen Beweisaufnahme aufstellen. Der Gerichtshof hat aber die Möglichkeit, bei Verletzungen der Konvention dem betroffenen Bürger Schadensersatz zu gewähren.

Die Begründung dieser Schadensersatzforderung macht den Stellenwert der Verletzung deutlich. Der provozierte Bf. erhielt eine Entschädigung für die unberechtigterweise erlittene gesamte Haftzeit. Nicht einmal im Ansatz diskutiert der Gerichtshof, dass der Bf. unabhängig von der Provokation willentlich einen Verstoß gegen Strafnormen begangen habe und damit zumindest in geringerem Ausmaß zu bestrafen sei. Die von der deutschen Rechtsprechung bezweifelte Konsequenz scheint dem Gerichtshof ohne nähere dogmatische Einordnung nahezu evident: provoziert der Staat Straftaten, darf er selbst nicht strafen. Nur diese klare Schlussfolgerung entspricht der Qualität des Verstoßes gegen Art. 6 I MRK.

Die Strafzumessungs-Lösung des BGH ist zwar intensiv diskutiert worden, die auf den Problemkern reduzierte Entscheidung des EGMR pointiert die Fragwürdigkeit der zugrunde liegenden Wertentscheidungen der deutschen Rechtsprechung. Es bleibt diskussionswürdig, ob der Strafverfolgungsanspruch des Staates selbst bei der polizeilichen Produktion von Straftaten nicht tangiert sein soll. Wenn die grundlegende Entscheidung BGHSt 32, 345, 353 auf die Schutzfunktion des Staates abstellt die das "Fehlverhalten" eines einzelnen polizeilichen agent provocateur nicht aushebeln darf, erscheint dies angesichts der kriminalpolizeilichen Realität der massiv eingesetzten Scheinaufkäufer überholt. Wenn die Rechtsprechung bei der Strafzumessungslösung zwischen einer Übergewichtigkeit des staatlichen Fehlverhaltens und dem hiergegen aufgebrauchten Widerstands oder Tatherrschaftswillen des angestifteten Bürgers abwägt, so begeht sie im Lichte der Entscheidung des EGMR einen zweiten rechtsstaatlichen Verstoß: Der Herabwürdigung zum Objekt polizeilichen Agierens folgt im Gerichtssaal die unwürdige Bewertung der rechtsstaatlichen Gesinnung.

Nach der Entscheidung des EGMR ist die Diskussion um die rechtsstaatlichen Konsequenzen der Tatprovokationen unter Einschluss der Menschenrechtskonvention weiterzuführen.

Sie eröffnet die Möglichkeit der Einbeziehung bislang kaum berücksichtigter Argumentationen. So steht bislang die Auseinandersetzung mit der Sinnhaftigkeit staatlicher Strafen in einem Fall der provozierten Straftat aus. Dass die Strafe bei provozierten Straftätern hinsichtlich des gesetzlich vorausgesetzten spezialpräventiven Zwecks leerlaufen muss, ergibt sich unschwer aus der staatlichen Tatveranlassung. Allen staatlichen Resozialisierungsversuchen ist die Grundlage entzogen, wenn der Staat selbst den Anstoß zur Entsozialisierung des Täters gegeben hat. Wert und Glaubwürdigkeit der Absicht, durch die Strafe auf die Vermeidung einer Verbrechenwiederholung einzuwirken, sind auf ein Minimum reduziert, wenn der Verbrechensverhütung bei der provozierten Anlasstat durch den Staat evident keine vorrangige Stellung eingeräumt wird. Auch die Idee der Generalprävention leidet bei einer Strafe des Provozierten nicht minder. Zur Stärkung der Rechtstreue und des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit kann die gegenüber dem Provozierten verhängte Strafe nichts beitragen. Die Funktion der Aufrechterhaltung der Normgeltung durch die Strafe wird sogar in ihr Gegenteil verkehrt, wenn der strafende Staat selbst den Normbruch einleitet. Die Berechtigung der Strafe bedürfte somit einer anderen - hier nicht ersichtlichen - Begründung (s. hierzu schon zusammenfassend, Sommer: Das fehlende Erfolgsunrecht - zur Strafbarkeitsbewertung des agent provocateur, 1986, S. 40 ff.).

Auch der Hinweis auf das nicht weg zu diskutierende Verschulden des Provozierten selbst rechtfertigt die Strafe nicht. Im Gegenteil: Wenn tatsächlich der strafrechtliche Sollensbefehl für den Provozierten nicht aufgehoben ist, bricht er das Recht, und der staatliche agent provocateur setzt hierfür eine Bedingung. Da das Strafrecht gerade in seiner Friedens- und Ordnungsfunktion nicht im Einzelfall zur Disposition des Staates stehen kann, läuft jede hierauf gerichtete Maßnahme dem Staat vorgegebenen Aufgaben zuwider. Mit der Förderung der Auflehnung des Provozierten gegen den rechtlichen Sollensbe-

fehl wird der Staat die Rechtswertqualität der von ihm gesetzten Strafnorm in Frage stellen und damit dem der Rechtsordnung zugrunde liegenden allgemein anerkannten Ordnungs- und Rechtssicherheitswert die Grundlage entziehen. Das Recht darf sich in seiner Funktion als soziale Verhaltensordnung, die es nur Kraft seiner allgemeinen unbedingten Verbindlichkeit für alle Rechtsunterworfenen erfüllen kann, nicht selbst aufgrund entgegenstehender staatlicher Nützlichkeitsabwägungen aufgeben. Die vollständige staatliche Abstinenz bei der Verurteilung von Unrechtssachverhalten ist daher notwendige Voraussetzung der Unverbrüchlichkeit strafrechtlicher Geltungs- und Verpflichtungskraft.

Dass ein entgegenstehendes konzeptionelles staatliches Vorgehen nicht die Grundlage für eine strafgerichtliche Verurteilung des derart animierten Straftäters sein kann, ist nicht nur von zahlreichen Stimmen der Literatur in den vergangenen 15 Jahren, sondern auch nunmehr von der hohen Warte des EGMR als nicht hinnehmbarer Widerspruch erkannt worden. Ob ein persönlicher Strafausschlussgrund, eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs oder ein einfaches prozessuales Beweiserhebungs- und Verwertungsver-

bot das zutreffende dogmatische Einfallstor zur Umsetzung dieser Bedenken ist, dürfte aus Sicht des Gerichtshofs eher zweitrangig sein. Seine Vorgabe, wonach das widersprüchliche staatliche Verhalten nach der MRK zu unberechtigter Strafe und Haft führt, ist jedenfalls demnächst in die nationale Diskussion um die Konsequenzen der Tatprovokation einzubeziehen.

Noch kürzlich geäußerte Rechtsansichten, wonach die Rechtsprechung des EGMR der deutschen Praxis der prozessualen Behandlung polizeilicher Lockspitzel nicht entgegenstehe (Krey Rechtsprobleme des Einsatzes qualifizierter Scheinaufkäufer im StrafverfahrensR, 1994, S. 25 26), sind überholt. Straßburg beteiligt sich aktiv an der Formulierung neuer rechtlicher Grenzen überkommener gerichtlicher Praktiken. Nachdem der Gerichtshof schon in einer aufsehenerregenden Entscheidung des vergangenen Jahres (van Mechelen ./ . Niederlande, s. Urt. v.23. 4. 1997, StRAFO 1997,239) die übliche Sperrung polizeilicher V-Leute im Strafprozess als regelmäßig konventionswidrig festgestellt hat, bleibt auch dieser Entscheidung die der Autorität des Gerichtshofs bei der Auslegung der MRK gebührende Beachtung durch deutsche Gerichte zu wünschen.