

Staatliche Tatprovokation

Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 10. Juni 2015 – Aktenzeichen 2 StR 97/14, veröffentlicht in: Strafverteidiger Form (StraFo) 2015, 509

Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden oder durch von ihnen gelenkte Dritte hat regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge (amtlicher Leitsatz).

Von Professor Dr. *Bernd Heinrich*, Universität Tübingen

I. Sachverhalt¹

Im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens wegen einer anderen Straftat wurden gegen mehrere Personen, unter anderem den A, umfangreiche Observationen und Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation durchgeführt. Hieraus ergab sich der Verdacht, dass A auch mit Betäubungsmitteln handelte. Dieser Verdacht konnte jedoch durch weitere Ermittlungsmaßnahmen nicht bestätigt werden. Daraufhin setzte die Staatsanwaltschaft den Polizeibeamten B als verdeckten Ermittler ein. Dieser suchte A mehrfach in der von diesem betriebenen Gaststätte auf und verwickelte ihn dort in Gespräche. Da bekannt war, dass A bereits früher in Betäubungsmittelgeschäften verstrickt war, versuchte B den A dazu zu überreden, ihm Betäubungsmittel zu besorgen. B täuschte dem A vor, er sei selbst Drogenhändler und habe Schwierigkeiten mit seinem Lieferanten, habe aber andererseits seinen Kunden zugesagt, ihnen die Drogen zu liefern. A lehnte jedoch zuerst jede Beteiligung an den Drogendelikten ab. B wiederholte aber seinen Wunsch an mehreren darauf folgenden Tagen und deutete A gegenüber an, seine Kunden würden immer wütender werden. A lehnte eine Beteiligung weiterhin ab und bat den B, nicht mehr ständig nachzufragen, da er seinen Standpunkt nicht ändern werde. B ließ jedoch nicht locker und behauptete dem A gegenüber, dass seine Kunden ihn mittlerweile bedrohen würden, weshalb er seine Telefonnummer gewechselt und seine Wohnung verlassen hätte. Schließlich gab A dem Drängen des B nach und stellte einen Kontakt zu einem Freund

her, der dem B einen Drogenkauf vermittelte. A selbst erhielt für diese „Vermittlung“ keine Gegenleistung. Bei der Übergabe der Drogen wurden die Täter verhaftet. A selbst war bei der Übergabe der Drogen nicht anwesend und hatte an den weiteren Verhandlungen über den Drogenverkauf auch nicht mitgewirkt. Dennoch verurteilte ihn das Landgericht wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, 27 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten. A legte hiergegen Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) ein.

II. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall war B als **verdeckter Ermittler** der Polizei tätig. Unter verdeckten Ermittlern versteht man Polizeivollzugsbeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten veränderten Identität (einer so genannten „Legende“) zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden. Sie schleusen sich dabei meist unter fremdem Namen in organisierte kriminelle Banden ein. Eine gesetzliche Regelung hierzu findet sich in Deutschland in § 110a der Strafprozessordnung (StPO). Die verdeckten Ermittler sind zu unterscheiden von den **nicht öffentlich ermittelnden Polizeibeamten**.² Hierbei handelt es sich ebenfalls um Polizeibeamte. Diese werden aber,

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

² Vgl. hierzu und zum Folgenden die knappe Übersicht bei *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, 2014, Problem 21, S. 103 ff.; ferner *Geppert*, Juristische Ausbildung (JURA) 1992, 244; *Lesch*, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2000, 390, *Nitz*; JA 1999, 418; *Quentin*, Juristische Schulung (JuS) 1999, 134; *Vitt*, JURA 1994, 17.

ohne dauerhaft eine fremde Identität angenommen zu haben, lediglich im Einzelfall verdeckt tätig, schlüpfen also nur kurzzeitig in eine andere Rolle, zum Beispiel als „Scheinkäufer“ bei Drogengeschäften. Hierfür gibt es in Deutschland keine spezielle gesetzliche Regelung.³ In diesem Zusammenhang sind ferner noch die **Vertrauenspersonen** („V-Leute“) der Polizei zu nennen. Dies sind Privatpersonen, die bereit sind, die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten für längere Zeit vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich von der Polizei geheim gehalten wird. Meist stammen sie selbst aus dem kriminellen Milieu. Auch dieser Fall ist in Deutschland gesetzlich nicht geregelt. Schließlich gibt es noch so genannte **Informanten** der Polizei. Hierbei handelt es sich um Privatpersonen, die bereit sind, gegen Zusage der Vertraulichkeit den Behörden im Einzelfall Informationen zu verschaffen.

In Deutschland ist man sich im Wesentlichen darüber einig, dass der Einsatz solcher verdeckter Ermittler vom Grundsatz her ein zulässiges Mittel der Strafverfolgung darstellt. Das Einschleusen von Polizeibeamten in kriminelle Banden oder der Kontakt zu Informanten aus dem kriminellen Milieu, erscheint dabei insbesondere zu Bekämpfung und Aufklärung besonders gefährlicher und schwerer Straftaten notwendig. Bereits hier ist jedoch zu bedenken: An sich gelangen die Polizeibeamten an die entsprechenden Informationen nur durch eine Täuschung. Sie täuschen die potentiellen Straftäter, gegen die sie ermitteln, entweder über ihre Identität oder – bei Einschaltung einer Vertrauensperson – über die Tatsache, dass ihr Gesprächspartner nicht privat, sondern gerade im Auftrag der Polizei handelt. Eine Täuschung des Verdächtigen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen zur Erlangung von Informationen berührt in Deutschland aber die Verbotsnorm des § 136a Abs. 1 StPO. Hier heißt es: Die Erlangung von Aussagen durch „Misshandlung, Ermüdung, einen körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, **durch Täuschung** oder durch Hypnose ist unzulässig“. Auch erlaubt die

³ Die Rechtsgrundlage für den Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter ist daher auch sehr strittig. Als Ermächtigungsvorschrift wird insbesondere §§ 161, 163 StPO in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot strafprozessualer Sachverhaltsaufklärung herangezogen. Ausführlich hierzu *Rebmann*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 1.

deutsche Strafprozessordnung an keiner Stelle eine bewusste Täuschung eines Verdächtigen zur Erlangung von Informationen.⁴

Ferner ist auch Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), das Recht auf ein faires Verfahren, durch ein solches Verhalten betroffen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat dabei in mehreren Entscheidungen das Recht auf ein faires Verfahren weit ausgelegt. Dabei kann es grundsätzlich einen Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz darstellen, wenn die Strafverfolgungsbehörden dem Verdächtigen Informationen durch Täuschung entlocken, die er freiwillig nicht herausgegeben hätte.⁵ Trotz dieser Bedenken ist man sich in Deutschland aber darüber einig, dass der Einsatz verdeckter Ermittler nicht per se rechtswidrig ist, sofern bestimmte Grenzen nicht überschritten werden. Es wird argumentiert, in vielen Fällen gehe es nicht um eine unzulässige **Täuschung**, sondern vielmehr um eine **kriminalistische List**, die von dem Verbot des § 136a Abs. 1 StPO nicht umfasst sei.

Im vorliegenden Fall wurde nun B aber gerade nicht zur Ermittlungen in Bezug auf eine bereits begangene Straftat eingesetzt, sondern als „**agent provocateur**“⁶ damit beauftragt, eine Straftat polizeilich kontrolliert herbeizuführen, um die spätere Festnahme und Verfolgung des Beschuldigten zu ermöglichen. Ein solcher **Lockspitzeinsatz**⁷ grenzt sich von einer bloßen Beteiligung an einer Straftat dadurch ab, dass die Tatbereitschaft des Haupttäters erst geweckt oder jedenfalls intensiviert wird,⁸ wie dies vorliegend auch im Hinblick auf den A geschehen ist.

Die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes eines Lockspitzels wird unterschiedlich beurteilt: Nach Ansicht des BGH ist der Einsatz von verdeckten Ermitt-

⁴ Anders *Nowrouzian* Kriminalistik 2011, 370, 372; gegen die Zulässigkeit einer generellen Befugnis zur Täuschung *Müller/Römer*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2012, 543, 545.

⁵ Vgl. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK auch BGH NJW 2010, 3670.

⁶ Vgl. hierzu *Löwe/Rosenberg-Esser*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 249 ff.

⁷ *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 27.

⁸ *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, herausgegeben von Rolf *Hannich* u.a. (KK)-*Bruns*, StPO, 7. Aufl. 2013, § 110c Rn. 10.

lern auch als Lockspitzel problemlos möglich.⁹ Für die Zulässigkeit wird insbesondere auf ein praktisches Bedürfnis verwiesen: Gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität könnten die Täter andernfalls meist nicht überführt werden.¹⁰ Auch würde die Vorschrift des § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO gerade den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln als „klassischen“ Anwendungsbereich des Einsatzes verdeckter Ermittler nennen (es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die genannte Norm sich vom Wortlaut her nur auf die „Aufklärung von Straftaten“ und eben gerade nicht auf die Veranlassung fremder Straftaten bezieht). Die Zwecke, warum die Ermittlungsbehörden eine solche Tat veranlassen, können im Übrigen unterschiedlich sein: Selten erstrebt man eine Verurteilung gerade wegen der konkret begangenen Tat, vielmehr erstrebt man meist – insbesondere bei Serienstraftaten – eine Verurteilung (auch) wegen zurückliegender Taten. Man erhofft sich dadurch aber teilweise auch allgemein, Beweismaterial gegen Mitglieder großer Drogenkartelle zu erlangen und in deren Strukturen einzudringen. Möglich ist es aber auch, den Angestifteten durch die Straftatbegehung unter Druck zu setzen und ihn als Kronzeugen zu gewinnen.¹¹

Der hier zu besprechende Fall gab dem BGH nun Anlass dafür, sich mit zwei Fragen auseinanderzusetzen, die im Folgenden getrennt behandelt werden sollen: Erstens ist festzustellen, wann eine solche Tatprovokation rechtlich zulässig und wann sie unzulässig ist. Wird festgestellt, dass eine **unzulässige** Tatprovokation vorliegt, wird dies in der Regel dazu führen, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens („fair trial“) verletzt ist. Hier muss man zuerst wissen, dass dieser Grundsatz nicht nur ein faires Verfahren im engeren Sinne erfasst, also ein bereits laufendes Strafverfahren bzw. bereits laufende strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen. Der Grundsatz ist vielmehr für das gesamte staatliche Verhalten, welches im Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten steht, zu beachten. Er kann sich also auch auf einen Zeitpunkt beziehen, zu dem eine solche Straftat noch

gar nicht begangen wurde, eben zum Beispiel dadurch, dass eine Privatperson von einer staatlichen Instanz zur Begehung einer Straftat veranlasst wurde. Die zweite, nicht weniger umstrittene Frage ist dann, welche Folgen eine solche Verletzung des Fair-Trial-Grundsatzes insbesondere für denjenigen hat, der zu einer bestimmten Tat veranlasst wurde. Es ist zu fragen, ob der Staat hier überhaupt eine Bestrafung vornehmen darf oder ob er sich durch eine Bestrafung nicht widersprüchlich verhalten würde.

Im Hinblick auf die erste Frage der zulässigen oder unzulässigen Tatprovokation wurden in Deutschland folgende Grundsätze entwickelt: Zulässig kann eine Tatprovokation nur dann sein, wenn sich die verdeckt ermittelnden Polizeibeamten darauf beschränken, eine **bereits vorhandene Bereitschaft** eines anderen zur Begehung von Straftaten auszunutzen. Notwendig ist also ein bestehender Anfangsverdacht, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder jedenfalls zu der Begehung einer zukünftigen Straftat bereit zu sein.¹² Von vorne herein unzulässig sind hingegen Konstellationen, in denen der verdeckt ermittelnde Polizeibeamte einen anderen zu einer Tat verleitet, die dieser sonst nicht begangen hätte und zu deren Begehung der Betreffende zuvor auch nicht bereit war.¹³ Wird dagegen eine bereits tatgeneigte Person zu einer Tat veranlasst, ist dies zwar grundsätzlich zulässig, kann aber dann unzulässig sein, wenn eine Abwägung im Rahmen einer Gesamtschau zu dem Ergebnis führt, dass die polizeilich angeleitete Provokation „**unvertretbar übergewichtig**“ war und damit einem Rechtsstaat nicht mehr entspricht.¹⁴ Hierfür müssen die Grundlage und das Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Tatverdachts sowie die Art, die Intensität, der Zweck und die Dauer der Einflussnahme in den Blick genommen werden. Diese sind mit der eigenen Tatbereitschaft des Beschuldigten sowie seinen sonstigen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten

⁹ BGHSt (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 45, 321.

¹⁰ BGH NJW 1980, 1761.

¹¹ Vgl. ferner zum Einsatz von Jugendlichen als „Testkäufer“ für Alkohol, der nach §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 des Jugendschutzgesetzes nicht an Jugendliche verkauft werden darf Oberlandesgericht (OLG) Bremen NStZ 2012, 220.

¹² BGHSt 45, 321, 336 f.; BGHSt 47, 44, 47 f.

¹³ Vgl. BGH NJW 2000, 1123; hierzu famos („Der Fall des Monats im Strafrecht“) 06/2000, abrufbar unter <http://famos.rewi.hu-berlin.de/famos> (zuletzt abgerufen am 23. Dezember 2015); vgl. ferner auch den Fall *Teixeira de Castro* gegen Portugal, EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502.

¹⁴ BGHSt 32, 345, 346 f.; BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1984, 78, 79; BGH NStZ 214, 277, 279.

abzuwägen.¹⁵ Entscheidend ist dabei, ob das Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht aufweist, dass der Beitrag des Beschuldigten demgegenüber in den Hintergrund tritt. Letzteres kann insbesondere dann der Fall sein, wenn gegenüber dem späteren Täter Gewalt angewandt wird oder dieser einem massiven psychischen Druck ausgesetzt wird.¹⁶ Gemessen an diesen Kriterien muss im vorliegenden Fall von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ausgegangen werden, da B den A psychisch auf massive Weise beeinflusste. Während manche Stimmen in der deutschen Literatur der Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage zustimmen,¹⁷ sehen andere den tatprovokierenden Einsatz verdeckter Ermittler grundsätzlich – mangels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage – als rechtswidrig an.¹⁸ Insbesondere § 110a Abs. 1 StPO reiche als Ermächtigungsnorm nicht aus, da diese Vorschrift den Einsatz nur zur „Aufklärung von Straftaten“ erlaube. Darüber hinaus stehen einige Autoren auch auf dem Standpunkt, dass eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung zudem gar nicht möglich wäre, da eine solche sowohl gegen die deutsche Verfassung als auch gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen würde.¹⁹

Anders als die deutsche Rechtsprechung misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Lockspitzeinsatz stets ausschließlich an Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass ein verdeckter Ermittler unter keinen Umständen tat-

provokierend tätig werden darf.²⁰ Sein Verhalten müsse sich auf eine **weitgehend passive Strafermittlung** beschränken.²¹ Sobald der verdeckte Ermittler die Tat initiiert oder sonst aktiv auf den Beschuldigten einwirkt, liege ein Verstoß gegen Art. 6 der EMRK vor.²² Allerdings wird die Frage der Intensität und der Art der Einwirkung dann allgemein bei der Abwägung berücksichtigt, ob das Verfahren „insgesamt fair“ war oder ob ein Verstoß gegen das „fair-trial“-Prinzip vorlag. Getragen wird dieses Verbot, aktiv auf Personen zuzugehen, von dem Grundsatz, dass es Aufgabe der Polizei sei, Straftaten zu verhindern und nicht, diese zu erzeugen. Daher könne das öffentliche Interesse an der Verurteilung den Einsatz von Lockspitzeln in keinem Fall rechtfertigen.²³ Insoweit prüft der EGMR anhand einer **hypothetischen Überlegung**, ob die konkrete Tat auch ohne staatliche Einflussnahme begangen worden wäre.²⁴ Doch auch wenn sich der verdeckte Ermittler rein passiv verhält, bedürfe dies konkreter objektiver Verdachtsmomente zu Beginn des staatlichen Handelns.²⁵ Auch sei eine dauerhafte Überwachung der Handlungen des verdeckten Ermittlers durch eine staatliche Stelle erforderlich.²⁶

Ebenso umstritten wie die Frage, wann eine zulässige und wann eine unzulässige (= rechtsstaatswidrige) Tatprovokation vorliegt, ist die Frage, welche Konsequenzen aus einem solchen Verstoß zu ziehen sind. Am weitesten geht die – teilweise in der deutschen Literatur

¹⁵ BGHSt 32, 345, 346 f.; BGH NJW 1980, 1761; BGH NStZ 1984, 78, 79; vgl. ferner zur „zulässigen Tatprovokation“ BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1981, 70; BGH NStZ 1984, 78, 79.

¹⁶ BGH NStZ 2009, 405 (406); vgl. auch EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 49 (Furcht/Deutschland); vgl. auch BGHSt 47, 44 (auch hier gab, wie im vorliegenden Fall, der verdeckte Ermittler vor, von seinem Auftraggeber mit einer Begehung einer Straftat gegen Leib oder Leben bedroht zu werden, wenn er die Ware nicht liefert).

¹⁷ KK-Bruns (Fn. 8), § 110c Rn. 9; Graf-Hegmann, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Aufl. 2012, § 110c Rn. 8 ff.; Pfeiffer, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 110a Rn. 1.

¹⁸ Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 96; Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 128.

¹⁹ Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 141 f.; anders hingegen Voller (Fn. 18), S. 60.

²⁰ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09; EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 32 (Teixeira de Castro/Portugal).

²¹ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 48 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 38 (Teixeira de Castro/Portugal); EGMR, Urteil vom 5. Februar 2008 – 74420/01, NJW 2009, 3565, Rn. 55 (Ramanauskas/Litauen).

²² EGMR, Urteil vom 21. März 2002 – 59895/00, Rn. 5 (Calabro/Italien und Deutschland); vgl. hierzu auch Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 121.

²³ EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 36 (Teixeira de Castro/Portugal); EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 47 (Furcht/Deutschland).

²⁴ EGMR, Urteil vom 4. November 2010 – 18757/06, Rn. 37 (Bannikova/Russland).

²⁵ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 50 (Furcht/Deutschland).

²⁶ Löwe/Rosenberg-Esser (Fn. 6), Art. 6 EMRK Rn. 255.

vertretene – Ansicht, in diesen Fällen müsse ein **Verfahrenshindernis** angenommen werden.²⁷ Begründet wird dies mit einer Verwirkung des Strafanspruchs: Wenn der Staat ein entsprechendes Verhalten veranlasse, verliere er das Recht, dieses später abzuurteilen. Auch würde durch ein solches Verhalten das Vertrauen in die Strafrechtspflege massiv beeinträchtigt.²⁸ Argumentiert wird auch mit dem aus Art. 1 und 2 des Grundgesetzes (GG) abzuleitenden Verbots des widersprüchlichen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörde (*venire contra factum proprium*).²⁹

Eine weitere Ansicht nimmt hier zwar kein allgemeines Verfahrenshindernis, jedoch im konkreten Fall ein **Beweisverwertungsverbot** der durch den Lockspitzel gewonnenen Erkenntnisse an.³⁰ Dies ergebe sich bei einer belastenden Ermittlungsmaßnahme, die nicht auf eine bestimmte Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann, jedenfalls bei schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte unmittelbar aus der Verfassung.³¹

Andere wiederum vertreten eine materiell-rechtliche Lösung und gelangen in den Fällen der unzulässigen Tatprovokation zu einem **Strafaufhebungs-** bzw. **Strafausschlussgrund**. Jedenfalls dann, wenn es zu einer Hauptverhandlung komme, sei nämlich ausschließlich ein Freispruch dazu geeignet, der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation Genüge zu tun.³² Dagegen würde eine bloße Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (dies wäre die Folge, wenn man ein Verfahrenshindernis annimmt) oder der Freispruch „aus Mangel an Beweisen“ (hierzu käme man, wenn man ein Beweisverwertungsverbot annehmen würde und keine anderen Beweismittel zur Verfügung stünden) der begangenen Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs

des Angeklagten nicht gerecht werden.³³ Dagegen lässt sich freilich anführen, dass hier die Unterscheidung zwischen materiellem Strafrecht und Prozessrecht verwischt wird, denn materiell liegt eine Straftat zweifellos vor.³⁴ Auch lässt sich hiergegen anführen, dass das Rechtsinstitut des Strafausschlussgrundes an sich gerade auf Personen oder Tatsituationen, nicht aber auf Ermittlungsmaßnahmen zugeschnitten ist.³⁵

Eine Sonderrolle nimmt der EGMR ein, was daher rührt, dass er selbst in seinen Entscheidungen keine Verurteilung oder einen Freispruch aussprechen, sondern lediglich einen Konventionsverstoß feststellen kann (vgl. Art. 34, 41 EMRK). Während die Ermittlung und die Erhebung von Beweisen allein Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte ist, beschränkt sich der Gerichtshof auf die Prüfung, ob das Verfahren als Ganzes „fair“ war.³⁶ Dabei geht er davon aus, dass ein entsprechender Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz stets vorliege, wenn jemand Opfer eines unzulässigen Lockspitzeinsatzes, d.h. einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation werde.³⁷ Auch eine Heilung komme nicht in Betracht.³⁸ Obwohl sich der Gerichtshof hierzu nicht genau äußert, wird allgemein angenommen, er gehe insoweit von einem Verfahrenshindernis aus, auf die konkrete Verwendung der durch den Lockspitzel gewonnenen Beweismittel im Prozess komme es also gar mehr an.³⁹ Allerdings wird zuweilen in Entscheidungen des EGMR auch die Formel verwendet, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Straftat den Gebrauch der durch eine Tatprovokation gewonnenen Beweismittel niemals rechtfertigen könne,⁴⁰ nur ein „Ausschluss“

²⁷ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 178; Gaede/Buermeyer, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafsachen (HRRS) 2008, 279, 286; Herzog, Strafverteidiger (StV) 2003, 410, 412; Hillenkamp, NJW 1989, 2843; Küpper, Juristische Rundschau (JR) 2000, 257; Meyer, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Band 95 (1983), 834, 853; Sinner/Kreuzer, StV 2000, 114, 117; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 225 ff.

²⁸ Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 37 Rn. 7.

²⁹ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 20.

³⁰ Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292.

³¹ Vgl. BGHSt 57, 71; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13.

³² Wolter, NStZ 1993, 1, 10.

³³ Vgl. Roxin, Juristen Zeitung (JZ) 2000, 369; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 141 f.

³⁴ Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 212.

³⁵ Voller (Fn. 18), S. 107.

³⁶ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 46 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 34 (Teixeira de Castro/Portugal).

³⁷ Ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502 (Teixeira de Castro/Portugal).

³⁸ EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 39 (Teixeira de Castro/Portugal).

³⁹ Gaede, Fairness als Teilhabe 2007, S. 209; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 130.

⁴⁰ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 47 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni

sämtlicher Beweismittel könne eine angemessene Wiedergutmachung für einen (unzulässigen) Lockspitzeinsatz sein.⁴¹ Dies spricht nun wiederum eher für die Annahme eines (unselbstständigen)⁴² Beweisverwertungsverbotes und nicht für ein umfassendes Verfahrenshindernis.

Eine völlig andere Linie hat hingegen bislang der Bundesgerichtshof vertreten. Während er früher mit dem Gedanken eines Verfahrenshindernisses spielte,⁴³ vertrat er dann in der Folgezeit eine strikte **Strafzumessungslösung**. Eine unzulässige Tatprovokation könne lediglich auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden und sei hier als materiell schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund einzuordnen. Es sei also im Urteil zunächst eine tat- und schuldangemessene Strafe zu bestimmen, die dann – auch unter Berücksichtigung der Schwere der Rechtsverletzung – zu mildern ist.⁴⁴ Dabei müsse der Verstoß gegen Art. 6 EMRK im Urteil ausdrücklich festgestellt werden. Insoweit sei dann die Strafmilderung als gerechte Entschädigung im Sinne des Art. 41 EMRK anzusehen.⁴⁵ Dagegen lehnte der BGH ein Verfahrenshindernis, welches zu einer Einstellung des Verfahrens führen würde, strikt ab.⁴⁶ Hiergegen spreche, dass selbst der Einsatz verbotener Vernehmungsmaßnahmen (zum Beispiel Folter!), geregelt in § 136a StPO, lediglich ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe (§ 136a Abs. 3 StPO) und gerade nicht zur Einstellung des Verfahrens führe.⁴⁷ Weiter spreche gegen ein Verfahrenshindernis, dass bei der Annahme eines solchen der Schutz der Individualrechtsgüter unbeteiligter Dritter in Gefahr gebracht würde. Gegen die Einordnung als Beweisverwertungsverbot spreche im

Übrigen, dass hiervon immer nur die einzelne unzulässige Ermittlungsmaßnahme und nicht die provozierte Tat insgesamt betroffen sein könne.⁴⁸ Der BGH begründete seine Ablehnung der anderen rechtlichen Einordnungen zusätzlich mit dem Argument, dass es sich dabei stets um „Alles-oder-Nichts“-Lösungen handle. Dagegen könne man durch die von ihm befürwortete „flexible“ Strafzumessungslösung der unterschiedlichen Intensität der staatlichen Beeinflussung gerecht werden und eine Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen.⁴⁹ Ein Verstoß gegen die Rechtsprechung des EGMR sei hierin nicht zu erkennen, da der EGMR regelmäßig nicht in die nationalen Regelungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln eingreifen wolle. Die Verfahrenshindernisse und Beweisverwertungsverbote würden in erster Linie durch innerstaatliches Recht festgelegt und es sei daher Sache der nationalen Gerichte, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Konvention zu gewährleisten.

Im dem jüngst entschiedenen Fall „Furcht gegen Deutschland“⁵⁰, kritisierte der EGMR ausdrücklich diese in Deutschland praktizierte Strafzumessungslösung. Eine bloße Strafmilderung sei nicht als ein „Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen“ anzusehen. Daher sei die Strafzumessungslösung nicht mit Art. 6 der Konvention zu vereinbaren. Erforderlich sei vielmehr ein strenges Verwertungsverbot. Dies ist ein ungewöhnlicher Schritt, hält sich der Gerichtshof doch sonst im Hinblick auf die Art und Weise, wie ein Mitgliedstaat die Entscheidungen des EGMR konkret umzusetzen habe, zurück.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) war inzwischen bereits mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von „Lockspitzeln“ befasst. Dabei geht das Gericht davon aus, dass der Fair-Trial-Grundsatz, der in Deutschland keine ausdrückliche gesetzliche Normierung erfahren hat, verfassungsrechtlich über Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG geschützt sei.⁵¹ Insofern könne also durch eine unzulässige Tatprovokation das Rechtsstaatsprinzip verletzt

1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 36 (Teixeira de Castro/Portugal).

⁴¹ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 64 (Furcht/Deutschland).

⁴² Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 29), § 23 Rn. 5.

⁴³ BGH NJW 1980, 1761; BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1982, 156.

⁴⁴ BGHSt 32, 345, 348; BGHSt 45, 321, 324, 332; BGHSt 47, 44, 47; BGH NStZ 2014, 277, 280; so auch noch BGH, Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 Strafsenat 128/15 = BGH NStZ 2015, 381 – der Beschluss erging wenige Tage vor Entscheidung des 2. Strafsenats!

⁴⁵ Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 215.

⁴⁶ Seit BGHSt 32, 345, 350; vgl. auch BGHSt 45, 321, 333.

⁴⁷ Vgl. *Voller* (Fn. 18), S. 110.

⁴⁸ BGHSt 32, 345, 355; BGHSt 45, 321, 335.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 216.

⁵⁰ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412 (Furcht/Deutschland); vgl. hierzu die Anmerkungen von *Hauer*, *Neue Justiz* (NJ) 2015, 203; *Sommer*, *StraFo* 2014, 506; *Petzsche*, *JR* 2015, 84; ferner *Meyer/Wohlers*, *JZ* 2015, 761; *Pauly*, *StV* 2015, 411; *Sinn/Maly*, *NStZ* 2015, 379.

⁵¹ BVerfGE 133, 168, 200; BVerfG NJW 2015, 1083, 1085.

sein. Dieses schütze aber nicht nur einseitig die Interessen des Beschuldigten, sondern solle darüber hinaus auch der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen. Zum Rechtsstaatsprinzip gehöre nämlich auch die Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege. Das Rechtsstaatsprinzip könne nur dann verwirklicht werden, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Wenn also das Rechtsstaatsprinzip fordere, dass der Angeklagte nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werde,⁵² müsse dies dennoch insgesamt mit dem ebenfalls durch das Rechtsstaatsprinzip abgesicherten Gebot materieller Gerechtigkeit⁵³ abgewogen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren sei insoweit aber nur dann verletzt, wenn „rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben“ werde.⁵⁴ Insoweit könne selbst bei einer unzulässigen Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen eine Verfahrenseinstellung verfassungsrechtlich geboten sein.⁵⁵

Vom Grundsatz her billigte das BVerfG daher die Strafzumessungslösung des BGH. Den Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR versuchte das BVerfG mit dem Argument aufzulösen, dass die EMRK, die innerstaatlich (lediglich) den Rang eines einfachen Bundesgesetzes einnehme,⁵⁶ zwar bei der Auslegung der Verfassung mit zu berücksichtigen sei,⁵⁷ eine eigenständige Auslegung durch deutsche Gerichte aber nicht hindere. Insoweit dürfe es keine „schematische Vollstreckung“ der EGMR-Urteile geben. Diese müssten vielmehr (lediglich) „möglichst schonend“ in die deutsche Rechtsordnung Eingang finden. Dies sei durch die Rechtsprechung des BGH aber hinreichend geschehen.⁵⁸ Es wird jedoch auch angemahnt, dass die deutschen Gerichte in Zukunft ein Beweisverwertungsverbot für solche Beweismittel, die unmittelbar aus der unzulässigen Tatprovokation erlangt wurden, jedenfalls **in Betracht ziehen** sollten.

⁵² BVerfG NStZ 1995, 95, 96.

⁵³ BVerfG NJW 2015, 1083, 1085; auch BGHSt 57, 250, 284.

⁵⁴ BVerfGE 57, 250, 276.

⁵⁵ BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.

⁵⁶ BVerfGE 111, 307, 315 f.

⁵⁷ BVerfGE 111, 307, 316 ff.; BVerfGE 120, 180, 200; BVerfGE 128, 326, 327 f., 366.

⁵⁸ BVerfG NJW 2015, 1083, 1086.

III. Kernaussagen der Entscheidung

Der 2. Strafsenat des BGH stellte sich in der vorliegenden Entscheidung gegen die bisherige Rechtsprechung des BGH und nahm infolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch B ein nicht behebbares **Verfahrenshindernis** an, das zur Einstellung des Verfahrens führe. Die Tatprovokation selbst sei unzulässig gewesen, da gegen A kein oder jedenfalls nur ein sehr geringer Tatverdacht bestanden hätte und dieser erst durch eine massive aktive Einwirkung des B zu der abgeurteilten Straftat veranlasst wurde. Hierbei sei A mit der Behauptung, es gehe um „Leben und Tod“ unter Druck gesetzt worden, wobei er selbst ohne Gewinnstreben und nur deswegen handelte, um B einen Gefallen zu tun. Insofern läge – und der BGH betont hier ausdrücklich: „nach den Maßstäben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ – eine gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßende polizeiliche Tatprovokation vor.

Folge dieser rechtswidrigen Tatprovokation müsse hier die Annahme eines Verfahrenshindernisses sein. An der bisherigen „Strafzumessungslösung“ könne „angesichts der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ nicht mehr festgehalten werden. Zwar müsse das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen. Solange die inhaltlichen Anforderungen, die Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK an die Fairness des Strafverfahrens stelle, erfüllt seien, überlasse es der Gerichtshof vielmehr den nationalen Gerichten zu entscheiden, wie die Anforderungen der Konvention in die jeweiligen nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren sind. Nachdem der EGMR aber die Strafzumessungslösung des BGH ausdrücklich als unzureichend angesehen habe, stelle diese keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne des Art. 41 EMRK dar und könne daher nicht mehr vertreten werden. Insoweit sei „in den Fällen der vorliegenden Art ein Verfahrenshindernis zur Kompensation der Konventionsverletzung erforderlich“. Dabei verwirft der 2. Strafsenat noch einmal ausdrücklich die Annahme eines bloßen Beweisverwertungsverbotes, da dieses grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln zur Feststellung der Schuldfrage, nicht aber das rechtsstaatswidrige Verfahren als solches betreffen könne. Auch sei die Annahme eines Verwertungsverbotes für ein bestimmtes Beweismittel (zum Beispiel die Aussage

des verdeckten Ermittlers) dann nicht ausreichend, wenn weitere Beweismittel (andere Tatzeugen, ein Geständnis des Angeklagten) vorlägen. Dagegen stelle die Rechtsfigur des Verfahrenshindernisses, auch wenn sie in der Strafprozessordnung nicht allgemein definiert sei, eine anerkannte dogmatische Kategorie dar und sei daher – anders als etwa die Annahme eines gesetzlich nicht geregelten Strafausschließungsgrundes – „eine aus dem Blickwinkel der innerstaatlichen Rechtsordnung schonende Möglichkeit der Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“.

Zu bedenken ist nun aber in verfahrensrechtlicher Hinsicht: Will ein Strafsenat des BGH von der Rechtsprechung der anderen Strafsenate abweichen, ist an sich zuerst eine Anfrage an die anderen Senate und – wenn diese bei ihrer bisherigen Rechtsprechung bleiben wollen – eine Vorlage an den „Großen Senat für Strafsachen“ erforderlich. Der 2. Strafsenat sieht von diesem an sich bewährten und auch gesetzlich (in § 132 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes) vorgesehenen Verfahren ab und beruft sich insoweit auf das im März 2015 ergangene Urteil des EMRK in Sachen „Furcht gegen Deutschland“.⁵⁹ Da der EGMR in diesem Urteil ausgesprochen habe, dass die bisherige Strafzumessungslösung des BGH als Kompensation nicht ausreichend sei, sei die sonst übliche Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung des BGH entfallen, weshalb bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation das Verfahren aufgrund eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden könne, ohne das übliche Anfrageverfahren bei den anderen Strafsenaten durchzuführen. Der 2. Strafsenat ließ dabei allerdings ausdrücklich offen, ob die von ihm gefundene Lösung für alle Fälle der unzulässigen Tatprovokation gelten würde. Insoweit bleibt offen, ob die anderen Senate des BGH künftig dieser Einschätzung folgen werden.

IV. Stellungnahme und Konsequenzen

Die Entscheidung wird die tagtägliche Praxis von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht unerheblich beeinflussen. Sie wird insbesondere beim Einsatz von ver-

deckten Ermittlern ein erhebliches Umdenken erfordern. Werden weiterhin „Lockspitzel“ eingesetzt, die nicht lediglich passiv agieren, sondern potentielle Straftäter zur konkreten Tatbegehung veranlassen, steht fortan zu befürchten, dass entweder bereits die Staatsanwaltschaft oder aber spätestens das Tatgericht das Verfahren wegen eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlich garantierten Fair-Trial-Grundsatz einstellen und insoweit die (zweifelhafte) „Frucht“ der polizeilichen Arbeit zunichtemachen.

Insgesamt ist das Urteil zu begrüßen, auch wenn es sicherlich, um in der Folgezeit eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten, klüger gewesen wäre, die Rechtssache den anderen Senaten des BGH vorzulegen und gegebenenfalls eine Entscheidung des Großen Senats herbeizuführen. Es ist zu vermuten, dass der 2. Strafsenat des BGH dies gerade deswegen nicht getan hatte, weil er befürchtete, die übrigen Senate würden ihm nicht folgen und an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten. Über den „Umweg“ des Vorschiebens einer neuen Entscheidung des EGMR, welche die Bindungswirkung der bisherigen BGH-Rechtsprechung entfallen lasse, konnte der 2. Strafsenat insoweit „Fakten schaffen“, obwohl das BVerfG erst wenige Wochen zuvor der Rechtsprechung des EGMR eben in dieser Sache eine unmittelbare Bindungswirkung abgesprochen hatte. Nimmt man die Entscheidung des BVerfG ernst, stellt das Vorgehen des 2. Strafsenats einen Verstoß gegen § 132 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes dar.

Inhaltlich ist jedenfalls die Schaffung der Möglichkeit, in der unzulässigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis zu sehen, welches zu einer Einstellung des Verfahrens führt, ein Schritt in die richtige Richtung. Auch ist es begrüßenswert, dass der 2. Strafsenat der Rechtsprechung des EGMR (und insoweit auch der EMRK insgesamt) eine gewisse Beachtung schenkt. Denn der Versuch, der Rechtsprechung des EGMR jegliche Bindungswirkung abzuspochen und sie lediglich als „Argumentationshilfe“ zu verstehen, welche durch das nationale Recht überlagert werden könne, stellt einen eindeutigen „Affront“ gegen die europäische Idee dar, der so kaum mehr haltbar ist (so ist auch zu vermuten, dass eine gleichgelagerte ausdrückliche Leugnung der Verbindlichkeit der EGMR-Rechtsprechung durch andere Staaten auch von deutscher Seite aus herbe Kritik ernten würde). Zwar ist auch das BVerfG im Hinblick auf eine solche Bindungswirkung eher zurückhaltend, in

⁵⁹ EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412 (Furcht/Deutschland).

jüngeren Entscheidungen wird eine gewisse Öffnung jedoch verfassungsrechtlich gebilligt und begrüßt.⁶⁰

Allerdings ist der bisherigen Rechtsprechung des BGH insofern zuzustimmen, dass ein „Alles oder Nichts“ Prinzip durchaus auch nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen kann. Auch wird man davon ausgehen können, dass die EMRK ein solches „Alles-oder-Nichts“-Prinzip tatsächlich nicht verlangt. Zutreffend führt auch das Bundesverfassungsgericht aus, dass das Rechtsstaatsprinzip nicht nur Rechte zugunsten des Beschuldigten, sondern darüber hinaus auch den allgemeinen Grundsatz enthält, dass das Recht der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen muss. Eine Lösung, die unabhängig von der Schwere der polizeilichen Provokation und der anschließenden Tat ein grundsätzliches Verfahrenshindernis (oder ein Beweisverwertungsverbot) fordert und dem Beschuldigten somit Straffreiheit gewährt, stellt das Recht des Beschuldigten einseitig in den Vordergrund. Insofern wäre es sicherlich klüger, zwar in Fällen wie dem vorliegenden ein Verfahrenshindernis anzunehmen, aber im Wege der Einzelfallentscheidung auch andere Lösungen zuzulassen, wenn sich die Tatsache der staatlichen Provokation nicht als allzu gravierend erweist. Allerdings bergen solche Einzelfallentscheidungen stets die Gefahr einer gewissen Willkür in sich. Daher wird es in Zukunft die Aufgabe der Gerichte und der Rechtswissenschaft sein, handfeste Kriterien zu entwickeln, wonach eine Abwägung zwischen den Rechten des Betroffenen und dem staatlichen Strafanspruch vorzunehmen ist. Ob diese Abwägung bereits bei der Frage zu treffen ist, ob die Tatprovokation selbst zulässig oder unzulässig war, oder ob die Abwägung gleichsam auf der nächsten Stufe getroffen wird, nämlich bei der Prüfung, ob ein festgestellter Konventionsverstoß ein Verfahrenshindernis, ein umfassendes Beweisverwertungsverbot oder eine bloße Berücksichtigung bei der Strafzumessung zur Folge haben soll, ändert im Ergebnis nichts daran, dass für diese Abwägung eindeutige Kriterien erforderlich sind. Ein bereits bestehender Tatverdacht, eine grundsätzliche Tatbereitschaft sowie die Intensität der Einwirkung auf den Täter stellen hier taugliche Anhaltspunkte dar. Die strikte Einordnung des 2. Strafsenats, eine unzulässige Tatprovokation müsse zwingend zu einem Verfahrenshindernis führen, könnte dem Angeklagten hingegen „Steine statt Brot“

geben, ist doch zu befürchten, dass sich die Diskussion nunmehr von der Ebene der möglichen Rechtsfolgen einer unzulässigen Tatprovokation auf die Frage verlagert, ob die Tatprovokation selbst (bereits) unzulässig oder nicht doch (gerade) noch zulässig war. Als ganz so strikt sieht im Übrigen auch der 2. Strafsenat seine Lösung nicht an, denn er gibt immerhin zu Bedenken: „Es kann dahinstehen, ob in allen Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – was angesichts der strikten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nahe liegt – die Annahme eines Verfahrenshindernisses aus menschenrechtlicher Sicht geboten ist oder [...] ob in besonderen Ausnahmefällen eine Kompensation der Verletzung des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf andere Weise als durch die Einstellung des Verfahrens denkbar ist“.

⁶⁰ BVerfGE 111, 307, 317; BVerfGE 120, 180, 199.