

Unzulässige Tatprovokation durch staatliche Ermittler – Voraussetzungen und Folgen

Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Der Angeklagte H. war von einem Verdeckten Ermittler durch wiederholtes Nachfragen dazu veranlasst worden, ihm 2,8 kg Marihuana zu verkaufen und die Lieferung von etwa 100g Kokain zuzusagen. Seine Verurteilung durch das *LG Freiburg i.Br.* wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln griff H. mit der Revision an. Der *I. Strafsenat* des *BGH* hob die Verurteilung wegen dieser Tat auf und verwies den Fall zur weiteren Aufklärung an das Landgericht zurück.

Ähnliche Fallgestaltungen haben die Rechtsprechung in den letzten Jahren vielfach beschäftigt. Sie werfen zwei – vom Gesetz nicht behandelte – Rechtsfragen auf: zum einen nach den Grenzen zulässiger staatlicher Anreize zur (kontrollierten) Begehung von Straftaten zwecks Überführung des Täters, zum anderen nach den Rechtsfolgen einer Überschreitung dieser Grenzen durch den staatlichen *agent provocateur*. Die hier zu besprechende Entscheidung des *BGH* versucht die Grenze zwischen erlaubter Verschaffung einer Tatgelegenheit und unerlaubter Tatprovokation zu konkretisieren und beendet gleichzeitig den lange schwelenden Streit über die Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation für den Täter.

I. Zum „Tatbestand“ der Tatprovokation

Der *BGH* geht in der vorliegenden Entscheidung (Rn. 18) ohne nähere Begründung davon aus, dass das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine polizeiliche Tatprovokation verletzt sei, „wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch einen Amtsträger oder eine von diesem geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt“.¹ Worin genau der Verstoß gegen das Gebot fairen Verfahrens liegen soll, erklärt das Gericht nicht. Es ist sicher richtig, dass „es Aufgabe der Ermittlungsbehörden ist, Straftaten zu verhüten und zu untersuchen, und nicht, zu solchen zu provozieren“.² Aber welcher Aspekt der

Rechtsstaatlichkeit ist damit berührt? Ob dieses Prinzip dem Einzelnen einen Anspruch darauf gibt, von staatlichen Organen nicht in Versuchung geführt zu werden, eine Straftat zu begehen, ist zumindest zweifelhaft. Blickt man nur auf das Verhalten des staatlichen Amtsträgers, so verletzt er durch die Anstiftung zur Begehung eines Btm-Delikts zunächst die Pflicht des Staates zum Schutz der wichtigsten Rechtsgüter (hier: der „Volksgesundheit“) – dies wird allerdings dann fraglich, wenn sichergestellt ist, dass die Polizei die Tatausführung rechtzeitig unterbindet, so dass das Rechtsgut gar nicht verletzt wird. So ergibt sich der behauptete Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit wohl erst dann, wenn derselbe Staat, der dem Einzelnen die Straftatbegehung nahegelegt hat, darangeht, ihn wegen dieser Tat vor einem staatlichen Gericht anzuklagen; es handelt sich also um ein verbotenes *venire contra factum proprium*.³ Deshalb ist es auch konsequent, dass der *Senat* in der vorliegenden Entscheidung darauf abstellt, dass das „Gebot fairen Verfahrens“ verletzt ist, wenn die Verleitung zur Tat „zu einem Strafverfahren führt“.

Für die kritische Frage, wo die Grenze zur unzulässigen Tatprovokation liegt, hat der *EGMR* im Wesentlichen drei Kriterien entwickelt, die auch der *BGH* in der vorliegenden Entscheidung aufnimmt. Zulässig ist das Verhalten eines *agent provocateur*, wenn (a) der spätere Täter tatgeneigt ist, (b) der staatliche Agent sich im Wesentlichen passiv verhält und (c) keinen Druck auf die Zielperson zur Tatbegehung ausübt.⁴ Jedes dieser Kriterien lässt allerdings einen gewissen Spielraum für Auslegung und Anwendung.

(a) Hinsichtlich der „Tatneigung“ der Zielperson sind zwei Fragen zu unterscheiden: Zum einen geht es darum, ob ein für die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen hinreichender Verdacht hinsichtlich einer *bereits begangenen* Tat vorliegt;⁵ zum anderen kann eine tatfördernde Einwirkung auf den Verdächtigen nur dann zulässig sein, wenn auch dessen Bereitschaft zur Begehung *weiterer*

* Der Verfasser ist Professor i.R. für Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ Diese Formulierung findet sich auch schon im Senatsurteil v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17 Rn. 17 (NStZ 2018, 355) sowie in dem Urteil des *4. Strafsenats* *BGH*, NStZ 2016, 232 Rn. 3. Ähnlich der *2. Strafsenat* in BGHSt 60, 276 Rn. 24.

² So BGHSt 60, 276 Rn. 20; ähnlich *EGMR*, *Furcht v. Germany*, no. 54648/09, Urt. v. 23.10.2014, para. 48: “The rationale behind the prohibition on police incitement is that it is the police’s task to prevent and investigate crime and not to incite it.”; *Hoven*, NJW 2021, 3524 (3525).

³ Das „Problem“ findet sich schon bei *Goethe*, Wilhelm Meisters Lehrjahre, 2. Buch, 13. Kapitel: „Wer nie sein Brot mit Tränen aß, wer nie die kummervollen Nächte auf seinem Bette weinend saß, der kennt euch nicht, ihr himmlischen Mächte. Ihr führt ins Leben uns hinein, ihr laßt den Armen schuldig werden, dann überlaßt ihr ihn der Pein: Denn alle Schuld rächt sich auf Erden.“

⁴ Siehe dazu *EGMR*, *Furcht v. Germany* (Fn. 2), paras. 50-52; ebenso *Akbay and others v. Germany*, nos. 40495/15, 37273/15, 40913/15, Urt. v. 15.10.2020, paras. 113-116.

⁵ *Zutr. Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (211).

Straftaten (gleicher Art) begründet anzunehmen ist.⁶ Im vorliegenden Fall war der Angekl. H. in seiner Flüchtlingsunterkunft als Kleindealer vor allem für Marihuana tätig, so dass hinreichender Grund für die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens gegen ihn bestand. Das Problem lag jedoch darin, dass der Verdeckte Ermittler ihn zu einem „Quantensprung“ in den Kilogramm-Bereich bei Marihuana und zu ebenfalls nicht geringen Mengen bei Kokain zu veranlassen unternahm. Der *Senat* lässt erkennen, dass auch eine solche „Aufstiftung“ durch den *agent provocateur* zulässig sein kann⁷ – allerdings nur dann, wenn „der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung ohne Weiteres eingeht, beziehungsweise sich geneigt zeigt, die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu begehen oder an ihr mitzuwirken“, ohne dass der staatliche Agent „mit einiger Erheblichkeit“ auf ihn eingewirkt hat (Rn. 23). Die in dieser vagen Formulierung angedeutete umgekehrte Proportionalität zwischen der angesonnenen Unrechtssteigerung und dem Maß der Einwirkung auf die Zielperson enthält einen allenfalls graduellen Maßstab für die Rechtmäßigkeit, der weder als brauchbare Handlungsanweisung für Verdeckte Ermittler noch als klare Richtlinie für die Tatgerichte, die solche Fälle zu entscheiden haben, dienen kann. Es ist bezeichnend, dass sich der *Senat* selbst in dem vorliegenden ziemlich eindeutigen Fall, in dem dem Angeklagten eine 30fache Steigerung der üblicherweise von ihm verkauften Marihuana-Menge vorgeschlagen und er nach anfänglicher Ablehnung noch mehrfach darauf angesprochen wurde (Rn. 26), zu keiner eigenen Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Ermittlers in der Lage sah, sondern die Sache zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwies.

(b) Unklar ist auch die Bedeutung des vom *EGMR* für die Rechtmäßigkeit verlangten „passiven“ Verhaltens des *agent provocateur*.⁸ Eine erste Kontaktaufnahme mit einem Verdächtigen, um ihn zu einem Gespräch über mögliche künftige Taten zu veranlassen, dürfte die Rechtmäßigkeit des Vorgehens noch nicht ausschließen. Allerdings statuiert die Rechtsprechung hier eine „Nein heißt Nein“-Regel: Wenn die Zielperson einen von dem Ermittler ins Spiel gebrachten Deal ablehnt, darf der Beamte nicht insistieren und erneute Versuche unternehmen, die Tat dennoch zu veranlassen (Rn. 26).⁹ Da sich der Verdeckte Ermittler im vorliegenden Fall nicht an diese Maß-

gabe gehalten und erst durch sein hartnäckiges „Nachbohren“ den Angeklagten H. dazu veranlasst hat, nach Lieferanten für die gewünschte größere Menge Rauschgift zu suchen, müsste sein Verhalten eigentlich schon deshalb als rechts(staats)widrig eingestuft werden. Dennoch lässt der *Senat* auch diese Frage offen und weist das Tatgericht zu weiterer Aufklärung an (Rn. 27).

(c) Der *EGMR* meint, dass schon ein wiederholtes Nachfragen des staatlichen Agenten unangemessenen „Druck“ auf die Zielperson zur Kooperation aufbaue.¹⁰ Dies muss allerdings nicht immer so sein, sondern hängt von dem Inhalt der Kommunikation ab. Klare Fälle unangemessener Druckausübung sind etwa dann gegeben, wenn der staatliche Agent behauptet, dass ein möglicher Abnehmer der Drogen unter akuten Entzugserscheinungen leide¹¹ oder dass er selbst von seinen Auftraggebern massiv bedroht werde.¹² Das bloße Nachfragen, ob die Zielperson das gewünschte „Geschäft“ nicht vielleicht doch zustande bringen könne, geht zwar über die erlaubte passive Beobachtung und Entgegennahme von Objekten hinaus, dürfte aber im Regelfall noch keinen nennenswerten „Druck“ auf die Zielperson herbeiführen. Für den vorliegenden Fall meint der *Senat* mit Recht, eine Überschreitung der zulässigen Grenze der Einwirkung liege „nicht fern“, da der Verdeckte Ermittler nach den Feststellungen des Landgerichts den Angeklagten „immer“ auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanisch-pakistanischen Raum hingewiesen und „irgendwas von zusammenhalten“ gesagt habe (Rn. 28). Durch das Wecken solidarischer Gefühle mit einem Landsmann kann durchaus psychologischer Druck zur Kooperation herbeigeführt werden, was als (weiterer) Verstoß gegen die Pflicht des Ermittlers zur Respektierung der Entscheidungsfreiheit der Zielperson anzusehen ist.

Im Ergebnis spricht sehr viel dafür, dass sich die Einwirkung des Ermittlers hier nicht mehr in dem nach der deutschen und europäischen Rechtsprechung zulässigen Rahmen gehalten hat. Dass der *Senat* in dieser Frage nicht gleich „durchentschieden“ hat – was angesichts der Einbettung der Entscheidung in die Prüfung eines Prozesshindernisses ohne Weiteres möglich gewesen wäre –, erscheint als etwas übertriebene Vorsicht. Dadurch, dass es der *Senat* trotz des Vorliegens starker Hinweise auf eine unverhältnismäßig aktive Einflussnahme auf den Angeklagten letztlich offengelassen hat, ob eine „erhebliche“

⁶ Diese Voraussetzung lag bei dem Mitangeklagten Hö., dem Lieferanten der Kilogramm-Menge Marihuana, ohne Weiteres vor, da es sich bei ihm offenbar um einen Großdealer handelte. Hö.s Revision wies der *Senat* daher zu Recht in knappen Worten zurück (Rn. 40-42).

⁷ Vgl. dazu die Entscheidung des *EGMR*, Constantin and Stoian v. Romania, nos. 23782/06, 46629/06, Urt. v. 29.9.2009, para. 55: Der Umstand, dass jemand wegen unerlaubten Drogenkonsums verurteilt wurde, ist kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass er zum Drogenhandel geneigt ist.

⁸ Die Formulierung „the two police officers did not confine themselves to investigating [the applicant’s] criminal activity in an essentially passive manner“ findet sich erstmals in der Leitentscheidung *EGMR*, Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, Urt. v. 9.6.1998, para. 38. Die Formel wird seither stets wiederholt. Der *Gerichtshof* umfasst mit ihr allerdings der Sache nach alle im Text unter (a) bis (c) genannten Voraussetzungen; s. etwa *EGMR*, Ramanauskas v. Lithuania, no. 74420/01, Urt. v. 5.2.2008, para. 67; *EGMR*, Bannikova v. Russia, no. 18757/06, Urt. v. 4.11.2010, para. 38; Akbay and others v. Germany (Fn. 4), para. 114. Berechtigte Kritik an der Vagheit der Kriterien des *EGMR* bei Sinn/Maly, NSTZ 2015, 379 (381).

⁹ So ausdrücklich *EGMR*, Furcht v. Germany (Fn. 2), para. 58.

¹⁰ *Ramanauskas v. Lithuania* (Fn. 7), para. 67; *Bannikova v. Russia* (Fn. 7), para. 47.

¹¹ *S. EGMR*, Vanyan v. Russia, no. 53203/99, Urt. v. 15.12.2005, para. 11.

¹² S. die Sachverhaltsschilderung in BGHSt 60, 276 Rn. 30.

Einwirkung oder doch nur eine „weitgehend passive Ermittlungstätigkeit“ vorlag (Rn. 27), enthält er den Tatgerichten eine klare Wegweisung für ähnliche Fälle vor. Die vom *Senat* postulierte „Gesamtschau“ (Rn. 27) eröffnet ein weites Feld und wird mit Sicherheit zu weiteren revisionsträchtigen Entscheidungen der Tatgerichte führen. Tatsächlich sollten die Gerichte die Schwelle der Rechtsstaatswidrigkeit nicht allzu niedrig ansetzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Annahme einer rechtswidrigen Provokation (über ein weitreichendes Beweisverwertungsverbot, über die Annahme eines Verfahrenshindernisses oder aufgrund einer materiellrechtlichen Regelung; dazu sogleich unten 2. und 3.) zur Straflosigkeit des Täters führt. Alle vom *EGMR* – und in dessen Gefolge jetzt auch vom *BGH* – zur Prüfung herangezogenen Faktoren sind gewiss von indizieller Bedeutung. Das entscheidende Gewicht sollte aber auf dem Druck liegen, dem sich der – in der Regel deliktserfahrene – spätere Täter ausgesetzt sieht. Seine Straffreiheit trotz vorsätzlicher Begehung einer unter Umständen sehr gewichtigen Tat ist nur dann angemessen, wenn er durch den staatlichen Agenten in eine nötigungsähnliche Situation gebracht wurde, etwa durch die Androhung erheblicher gesundheitlicher oder finanzieller Nachteile für sich oder nahestehende Personen im Falle einer Weigerung.

Das bloße Vorspiegeln der Möglichkeit einer besonders risikolosen Tatbegehung – wie im Fall *Akbay and others v. Germany*¹³ – sollte hingegen nicht für eine Strafbefreiung ausreichen; von einem grundsätzlich rechtstreuen Menschen kann erwartet werden, dass er solchen Versuchen in besonnener Selbstbehauptung widersteht.¹⁴ In solchen Fällen kommt allenfalls eine Strafmilderung in Betracht. Dass der *EGMR* insofern ersichtlich weiter geht, liegt daran, dass er seine Mittel auch (und vor allem) dazu benutzt, die Mitgliedstaaten zu disziplinieren und zu menschenrechtsfreundlichem Verhalten anzuhalten. Das nationale Recht der Mitgliedstaaten kann aber durchaus differenziert auf Überschreitungen der Grenzen zulässigen Ermittlungsverhaltens reagieren. So kann und sollte die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für das Verhalten von Verdeckten Ermittlern nicht in erster Linie durch eine Strafbefreiung der Zielpersonen, sondern auf direktem Weg durch disziplinarische oder strafrechtliche Ahndung von Übergriffen angestrebt werden.

II. Die Rechtsfolge

Erstaunlich ist die vorliegende Entscheidung hinsichtlich der Anordnung der Rechtsfolge: Der *Senat* fordert bei Überschreitung der Grenzen erlaubter Einwirkung die Verfahrenseinstellung wegen eines Prozesshindernisses. Bekanntlich gab es bis in die jüngste Vergangenheit massive Meinungsunterschiede auch zwischen den Senaten des *BGH* über die Frage, welche prozessualen Folgen eine unzulässige Provokation von Straftaten durch staatliche Ermittler oder Vertrauenspersonen für das Verfahren gegen einen zur Tat veranlassten Angeklagten hat. Der *1. Senat* lehnte noch im Jahre 2015 das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses wegen unzulässiger Tatprovokation außer für „extreme Ausnahmefälle“ klar ab;¹⁵ der *5. Senat* teilte diese Ansicht,¹⁶ und auch das *BVerfG* beanstandete die vom *BGH* damals präferierte Strafzumessungslösung nicht.¹⁷ Dieser Auffassung widersprach 2015 allein der *2. Strafsenat des BGH*¹⁸, auch angesichts der klaren Position des *EGMR* in der Sache *Furcht v. Germany*.¹⁹ Allerdings sprach sich der *2. Senat* nicht für die vom *EGMR* vorgeschlagene Lösung eines weitreichenden Beweisverwertungsverbots,²⁰ sondern für die Annahme eines Verfahrenshindernisses aus.

In der vorliegenden Entscheidung bezeichnet der *1. Senat* seine bisherige Auffassung nunmehr ohne nähere Begründung als „überholt“ (Rn. 17) und beruft sich zur Ablehnung sowohl der Strafzumessungslösung als auch eines Beweisverwertungsverbots auf die Argumentation des *2. Senats*, ohne diese jedoch näher darzulegen (Rn. 31). Die noch vor kurzem in dieser Frage diagnostizierte „judikative Kakophonie“²¹ hat sich damit unversehens in vollendete Harmonie verwandelt.

In der Sache bietet die Annahme eines ungeschriebenen Verfahrenshindernisses mit der Begründung, dass ein faires Verfahren für den Angeklagten angesichts der massiven staatlichen Einflussnahme im Vorfeld der Tat nicht möglich sei,²² durchaus praktische Vorteile. Die aus diesem Hindernis folgende Einstellung des Verfahrens kann nach Anklageerhebung in jedem Stadium des Prozesses (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) von Amts wegen erfolgen, so dass es eines nach § 344 Abs. 2 StPO begründeten Revisionsantrags nicht bedarf (s. Rn. 17).

¹³ S. Fn. 4.

¹⁴ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207 (213) schlagen für einen neuen § 110d StPO folgenden Maßstab für die Zulässigkeit von Tatprovokation vor: „Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.“ Diese Formulierung bildet mehr oder weniger genau die Vorgaben des *EGMR* ab, gibt aber ebenso wenig wie diese klare Handlungsanweisungen.

¹⁵ BGHSt 60, 238 Rn. 13 f.; ebenso *BGH*, NStZ 2015, 226 Rn. 7.

¹⁶ *BGH*, NStZ 2014, 277; ebenso noch *BGH*, Urt. v. 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 24 f.

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2015, 1083.

¹⁸ BGHSt 60, 276. Zust. *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54.

¹⁹ S. Fn. 2.

²⁰ Zu diesem mit Recht krit. BGHSt 60, 276 Rn. 50 ff. S. auch *Weigend*, FS Höpfel, 2018, S. 641, 656 (660). Für ein Beweisverwertungsverbot jedoch *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 761 (769), allerdings mit der erkannten Konsequenz, dass ein umfassendes Beweisverwertungsverbot auf ein „Bestrafungshindernis“ hinausläuft; *C. Schmidt*, ZIS 2017, 56 (64).

²¹ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (209).

²² Denkbar ist auch die Begründung, dass der Staat den „Strafanspruch“ verwirkt habe; so *Hoven*, NJW 2021, 3524 (3525). Es ist allerdings durchaus fraglich, ob ein solcher „Anspruch“ (und nicht vielmehr eine Pflicht des Staates zum Tätigwerden zur Klärung des Tatverdachts) überhaupt besteht und ob er bejahendenfalls in einer gewagten Analogie zu zivilrechtlichen Denkfiguren „verwirkt“ werden kann.

Dennoch bleiben Zweifel an dieser Lösung. Ihr Problem – das sich auch in der vorliegenden Entscheidung zeigt – liegt darin, dass eigentlich gar kein Verfahren und damit auch keine richterliche Aufklärung des zugrunde liegenden Sachverhalts stattfinden dürfte. Im „Idealfall“ müsste dann ja schon die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren einstellen, wenn sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tat, deren der Beschuldigte verdächtigt wird, in unzulässiger Weise provoziert wurde. Gerade die Frage, ob *in concreto* eine (nach den differenzierten und gleichzeitig unscharfen Kriterien der Rechtsprechung) rechtsstaatswidrige Einflussnahme auf den Angeklagten durch staatliche Organe stattgefunden hat, lässt sich aber in vielen Fällen nicht ohne eine umfassende Beweiserhebung beantworten. Der *Senat* verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass es dem Revisionsgericht nicht verwehrt sei, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen über die Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses an das Tatgericht zurückzuverweisen (Rn. 29).²³ Das kann jedoch nicht mehr als ein Notbehelf sein, der die Fragwürdigkeit der Konstruktion eines Verfahrenshindernisses zeigt. Anders als bei sonstigen anerkannten Verfahrenshindernissen – wie etwa bei Verjährung oder Strafklaageverbrauch²⁴ – lässt sich eine relevante Tatprovokation auch nicht schon durch die Ermittlung von Vorgängen feststellen, die vor allem den Ablauf des Strafverfahrens selbst betreffen, sondern es geht um die Tat und ihr Zustandekommen. Zu deren Aufklärung bedarf es jedoch einer regulären umfassenden Beweiserhebung in einer Hauptverhandlung vor einem Tatgericht.

III. Lösungsvorschlag

Die geschilderten Probleme geben Anlass, an die schon verschiedentlich vorgeschlagene Alternative einer materiellrechtlichen Lösung des Problems zu erinnern.²⁵ Für eine solche Regelung spricht, dass das Problem staatlicher Tatprovokation nicht – wie der *EGMR* mit dem Ziel, seine Zuständigkeit nach Art. 6 EMRK zu begründen, behauptet – die Fairness des Strafverfahrens betrifft, sondern schon im Vorfeld der Tatbegehung zu lozieren ist. Die Besonderheit der hier diskutierten Fälle liegt ja darin, dass es dem Täter durch den massiven Druck staatlicher Agenten besonders schwer gemacht wird, der Versuchung zur Begehung einer Straftat zu widerstehen. Dadurch ist das Maß der Schuld des Täters gegenüber dem Normalfall deutlich verringert; hinzu kommt, dass gerade ein staatliches Or-

gan für diesen Zustand verantwortlich ist, so dass der Staat den Täter gewissermaßen als Werkzeug zur Tatbegehung und gleichzeitig zur Tataufklärung eingesetzt hat. Die Kombination dieser Faktoren spricht dafür, dem so zur Tat verführten Menschen einen persönlichen Strafausschlussgrund zu gewähren. Für Fälle einer rechtsstaatlich noch vertretbaren tatanreizenden Einwirkung kommt die Möglichkeit einer Strafmilderung in Betracht.²⁶ Eine solche materiellrechtliche Lösung würde zugleich das oben angesprochene verfahrensrechtliche Problem, das durch die Annahme eines bloßen Verfahrenshindernisses aufgeworfen wird, elegant lösen: In dem Strafverfahren gegen den Angeklagten würde der Sachverhalt – einschließlich einer möglichen Tatprovokation – vollständig aufgeklärt und die Rechtsfolge je nach dem Gewicht der vorherigen staatlichen Einwirkung festgesetzt. Dieses Ergebnis könnte allerdings nicht *de lege lata* (etwa durch eine analoge Anwendung des eine ganz andere Situation betreffenden § 60 StGB²⁷) erreicht werden, sondern erfordert eine spezielle gesetzliche Regelung – die ohnehin für die gesamte komplizierte Materie wünschenswert wäre²⁸ und auch im Koalitionsvertrag²⁹ vorgesehen ist.

Denkbar wäre etwa folgende Formulierung:

„Wer von einem Amtsträger oder von einer im staatlichen Auftrag handelnden Person durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch eine ähnlich schwerwiegende Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung zu einer zuvor nicht beabsichtigten Tat veranlasst wurde, wird nicht bestraft. In anderen Fällen der Anstiftung zur Tat durch einen Amtsträger oder eine in staatlichem Auftrag handelnde Person kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern oder von Strafe absehen.“

Zu erwägen wäre, von einer solchen allgemeinen Regelung bestimmte Bereiche schwerer Straftaten gegen die Person auszunehmen. Alternativ könnte die Regelung angesichts des praktischen Hauptanwendungsbereichs der staatlichen Tatprovokation auch auf Verstöße gegen das BtMG beschränkt und in diesem Gesetz geregelt werden. Eine solche materiellrechtliche Regelung müsste auch den Bedenken des *EGMR* gegenüber einer Verurteilung nach staatlicher Tatprovokation – soweit sie berechtigt sind – Rechnung tragen.

²³ Unter Hinweis auf *BGH*, Urt. v. 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28.

²⁴ Auf solche Fälle verweist der 2. *Senat* in BGHSt 60, 276 Rn. 55.

²⁵ S. etwa *C. Roxin*, JZ 2000, 369 (370); *I. Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, 4. Aufl. (2004), S. 220 ff.; *Sinn/Maly*, NSStZ 2015, 379 (382 f.); *Weigend* (Fn. 20), S. 660 f. Weitere Nachweise und Diskussion dieses Ansatzes bei *C. Schmidt*, ZIS 2017, 56 (63 f.).

²⁶ In diese Richtung geht auch ein Vorschlag des *DAV* für einen neuen § 110g Abs. 7 StPO; s. *DAV*, Stellungnahme 35/2021 vom Mai 2021, S. 17, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/05/DAV-SN_35-21_Regelung_Einsatz_Vertrauenspersonen.pdf (zuletzt abgerufen am 11.2.2022).

²⁷ Dafür jedoch *Sinn/Maly*, NSStZ 2015, 379 (382 f.).

²⁸ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (212) halten eine gesetzliche Regelung nach dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz für geboten und legen auch schon einen ausformulierten Entwurf vor (gleichlautend in *Hübner*, Rechtsstaatswidrig aber straflos?, 2020, S. 265). Eine – allerdings inhaltlich dürre, nur auf Art. 6 Abs. 1 EMRK verweisende – Regelung der Tatprovokation enthält auch § 5 der österreichischen StPO (mit Verfolgungsverbot bei Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen in § 133 ö.StPO).

²⁹ S. „Mehr Fortschritt wagen“. Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 106: „Unter anderem regeln wir die Verständigung im Strafverfahren einschließlich möglicher Gespräche über die Verfahrensgestaltung und das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation.“