

Dokument	forumpoenale 3/2015 S. 176
Autor	Frank Meyer
Titel	Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation
Urteilsbesprechung	Nr. 54648/09
Publikation	Forumpoenale
Herausgeber	Jürg-Beat Ackermann, Yvan Jeanneret, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
ISSN	1662-5536
Verlag	Stämpfli Verlag AG, Bern

forumpoenale 3/2015 S. 176



Prof. Dr. iur. Frank Meyer

Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation

**zugleich Besprechung von EGMR v. 23.10.2014, Nr. 54648/09,
Furcht v. Germany**

I. Entscheidungshintergründe

In der Rechtssache *Furcht gegen Deutschland* standen erneut die Rechtsfolgen einer unzulässigen Tatprovokation im Mittelpunkt. Obwohl das Fallrecht des EGMR eindeutig ist und im Falle einer unzulässigen Tatprovokation entweder ein



Verfahrenshindernis oder ein Beweisverwertungsverbot fordert,¹ missachten Länder wie Deutschland oder die Schweiz seit Jahren die klaren Vorgaben der EMRK.²

In der Rechtssache *Furcht*, die einen Fall aus Deutschland betraf, musste es daher zum Schwur kommen. Die deutsche Regierung bemühte sich im Verfahren, die offene Konfrontation taktisch klug dadurch zu vermeiden, dass sie das Problem auf die Tatbestandsebene zu verlagern versuchte.³ Möglicherweise hat sie dadurch auch die eigentliche Schwachstelle der Entscheidung aufgespürt, denn bei genauerer Betrachtung stellen sich die grössten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Ermittlerverhalten. Das gilt vor allem dann, wenn die Zielperson nur ermuntert, aber nicht direkt angestiftet wird; beispielsweise, indem keine konkreten Offerten gemacht, sondern nur geschickt Tatumfeld bzw. potenzielle Tatrahmen geschaffen werden (um die Zielperson dadurch in Richtung bestimmter Deliktsformen zu steuern), während die Abgabe eines konkreten Deliktsangebots der Zielperson überlassen bleibt. Flagranter Überschreitungen des zulässigen Rahmens sollten in professionellen Polizeibehörden auch die grosse Ausnahme sein. Milieubedingte Anpassungen des Ermittlerverhaltens führen aber oft in Graubereiche.

II. Das Provokationsverhalten und seine zwingenden Rechtsfolgen

Im konkreten Fall stand die Kontaktperson zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme nicht im Verdacht, selbst mit Drogen zu handeln. Sie sollte den Vermittlern zunächst aber auch nur einen Zugang zu einem bekannten Drogenhändler verschaffen. Erst im Verlaufe dieser wachsenden Beziehung kam dann die Sprache auf eine eigene täterschaftliche Beteiligung der Kontaktperson, welche die Möglichkeit eines Drogenschmuggels sogar (uninitiiert) selbst aufbrachte. Kurz darauf hatte er sich aber offenbar eines Besseren besonnen und teilte den Ermittlern telefonisch mit, er wolle mit der Sache nichts mehr zu tun haben und nur noch sein Restaurant führen. Dennoch nahmen die Ermittler erneut Kontakt zu ihm auf und versuchten, seine Sorgen zu zerstreuen. Dies gelang ihnen auch und die Kontaktperson konnte bei der Abwicklung des eingefädelten Geschäfts festgenommen werden. Die Ausführungen des EGMR geraten an dieser Stelle etwas nebulös. Es scheint aber so, dass die Schwelle zur Unzulässigkeit mit der Umgehung der zwischenzeitlich erfolgten Verweigerung durch nochmaliges Kontaktieren, Erneuerung des Angebots und Insistieren seitens der verdeckten Ermittler überschritten worden ist. Dennoch darf man sich durchaus fragen, ob der von der Kontaktperson unprovokiert selbstgeschaffene Eindruck einer Tatneigung durch ein Telefonat komplett ausgelöscht werden kann und sie danach wieder wie eine unverdächtige Person zu behandeln ist. Hier werden sich in Zukunft wohl noch einige knifflige Abgrenzungsfragen stellen. Der EGMR lässt sich in diesem Punkt aber nicht auf subtile Differenzierungen ein, da er offensichtlich fest entschlossen war, Deutschland auf Rechtsfolgenebene eine Lektion in Sachen EGMR-Compliance zu erteilen.

forumpoenale 3/2015 S. 176, 177

¹ Esser, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl., Berlin/Boston 2012, Art. 6 N 263 ff. und Meyer, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, München 2012, Art. 6 N 155 ff.

² El-Ghazi/Zerbes, Geschichten von staatlicher Komplizenschaft und evidenten Rechtsbrüchen, HRRS 2014, 209; Feststellung der Unvereinbarkeit mit der EGMR-Rspr. schon bei Cohen, Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, in: Abo Youssef/Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter – Entwicklungen und Spannungsfelder, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Bd. XIII, Zürich/St. Gallen 2011, 197 ff., 214 f. (absolutes Verwertungsverbot) und Vetterli, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, FP 2008, 367, 369 f.

³ EGMR v. 23.10.2014, *Furcht v. Germany*, § 41 ff.

Nur ein umfassendes Beweisverwertungsverbot (oder eine ähnlich wirkende Verfahrensweise), so der EGMR, bewirke eine hinreichende Kompensation des gravierenden Verstosses gegen den Fairnessgrundsatz durch eine unzulässige Tatprovokation.⁴ Die in Deutschland herrschende Strafzumessungslösung sei mit Art. 6 EMRK unvereinbar. Selbst eine substantielle Strafmilderung könne den Verstoss nicht hinreichend kompensieren.⁵ Sie lasse sich nicht als ähnlich wirkende Verfahrensweise interpretieren,⁶ was sicherlich zutrifft, da ihr Hauptzweck gerade darin besteht, nicht so zu wirken wie ein Beweisverwertungsverbot.

III. Auswirkungen für die Schweiz

Unmittelbar verbindlich ist dieses Urteil zwar nur für die Parteien des Rechtsstreits, aber die Fernwirkungen für die Schweiz sind offenkundig. Als Vertragsstaat unterliegt sie aus Art. 1 EMRK einer umfassenden Pflicht zur Wahrung der Konventionsrechte mit der Auslegung, die sie in der Praxis des EGMR erfahren haben. Der Umgang mit Tatprovokationen durch verdeckte Ermittler ähnelt auf nationaler Ebene dem unzulässigen deutschen Modell. Der Gesetzgeber hat sich durch Einführung einer Spezialnorm in **Art. 293 Abs. 4 StPO** gegen ein Beweisverwertungsverbot entschieden. Art. 141 StPO soll nach h.M. hinter dieser Regelung zurücktreten.⁷ **Art. 293 Abs. 4 StPO** inkorporiert die Strafzumessungslösung, lässt aber auch ein Absehen von Strafe zu. Die Vorschrift ist also nicht unvereinbar mit der Rechtsprechungslinie des EGMR, bedarf aber auf Anwendungsebene einer EMRK-konformen Neuausrichtung. Zum einen dürfte die gängige Praxis zur Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Verhaltensweisen aus EGMR-Sicht zu grosszügig an den Interessen der Strafverfolgung ausgerichtet sein.⁸ Das Erfordernis einer echten Anstiftung im technischen Sinn legt die Messlatte aus Sicht des Fairnessgrundsatzes zu hoch. Zum anderen reduziert sich das Rechtsfolgenermessen bei Vorliegen einer unzulässigen Provokation auf Null. Eine Kompensation über eine Reduzierung des Strafmasses scheidet aus. Einer Beweisverwertungslösung, wie sie vom EGMR favorisiert wird, stünde freilich das Konkurrenzverhältnis von **Art. 141 und Art. 293 StPO** entgegen. Ein Absehen von Strafe dürfte aber als ähnlich wirksamer Mechanismus anerkannt werden. Der nationale Gesetzgeber hat hier einen gewissen Spielraum. Beweisrecht und -verwertung bleiben Angelegenheiten mitgliedstaatlicher Regulierung. Der EGMR beschränkt sich im Ausgangspunkt grundsätzlich weiterhin auf eine Globalbetrachtung der Gesamtfairness. Faktisch kann es jedoch zu tiefen strukturellen Eingriffen in das nationale Beweisrecht kommen, wenn (wie vorliegend) ein spezifisches Element des nationalen Verfahrensrechts unweigerlich dazu führt, dass die Gesamtfairnessbetrachtung negativ ausfallen muss. Vorliegend ist es unmöglich, im Fall einer Beweisverwertung bei einer Globalbetrachtung zu einer Feststellung der Gesamtfairness zu gelangen. Sollte nach alledem das Konkurrenzverhältnis von **Art. 141 und Art. 293 StPO** überdacht werden? Angesichts der Vielfalt möglicher polizeilicher Verhaltensweisen gestattet die flexible Regelung der Spezialnorm

⁴ EGMR v. 23.10.2014, *Furcht v. Germany*, § 64 unter Verweis auf EGMR v. 24.4.2014, *Lagutin and Others v. Russia*, nos. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 und 7451/09, § 117.

⁵ EGMR v. 23.10.2014, *Furcht v. Germany*, § 68.

⁶ EGMR v. 23.10.2014, *Furcht v. Germany*, § 69. Das Gericht kritisiert auch, dass der Umfang der Strafmilderung im Urteil nicht ausdrücklich benannt worden ist und es daher bereits an der Messbarkeit fehlt; allerdings hätte auch die ausdrückliche Benennung nichts am Verdikt geändert; es bleibt mithin unklar, welche Funktion die Anmerkung haben soll; allenfalls könnte sie bedeuten, dass jedwede Strafzumessungslösung mit einer expliziten mengenmässigen Angabe der Reduktion arbeiten muss.

⁷ *Lex specialis*, obgleich systemwidrig, Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 293 N 17; ähnlich Knodel, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 293 N 13.

⁸ Absehen von Strafe, wenn von Anstiftung gesprochen werden kann, Hansjakob, ZK StPO, Art. 293 N 20 unter Verweis auf BGE 124 IV 34, 37; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen, 2013, N 1196. Künftig muss wohl die Unzulässigkeit nach Massgabe der EGMR-Rspr. als Gradmesser genommen werden; nicht jede Unzulässigkeit wäre danach zwingend eine Anstiftung i.S.v. Art. 24 StGB, wie z.B. dieser Fall zeigt.

durchaus kluge, praxisadäquate Lösungen.⁹ Auch für den Fall eindeutig unzulässiger Einflussnahmen enthält sie wohl die bessere Lösung. Bedenkt man, welche Beweismittel wohl unter ein Verwertungsverbot fallen würden, kommt das Verwertungsverbot faktisch einem Verfahrenshindernis gleich. Das Absehen von Strafe ist dann *prima vista* eine schlüssige Reaktion. Ob sie als ähnlich wirksame Verfahrensweise auch EMRK-konform ist, hängt allerdings auch von der verfahrensrechtlichen Wirkung des Absehens von Strafe ab. Nach einem viel zitierten Urteil des BGer kann in der Hauptverhandlung kein Freispruch, sondern nur ein Schuldspruch ohne Sanktion ergehen.¹⁰ Der Betroffene würde also nicht vom Makel des Schuldspruchs oder von strafrechtlicher Verantwortlichkeit insgesamt befreit. Ein solcher Schuldspruch (ohne Sanktion) wäre indessen nur unter Verwertung der illegal erlangten Informationen möglich und somit unvereinbar mit den klaren Vorgaben des EGMR. Gangbar ist eine Lösung über das Absehen von Strafe daher nur dann, wenn **Art. 293 Abs. 4 StPO** eine Einstellung zum Verzicht auf Strafverfolgung eröffnete. Für die Staatsanwaltschaft

forumpoenale 3/2015 S. 176, 178

scheint das unzweifelhaft der Fall zu sein;¹¹ nicht jedoch für das Gericht (nach der Anklageerhebung) in der Hauptverhandlung.¹²

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum sieht die Rechtsprechung des BGer jedoch als durch die StPO-Reform überholt an.¹³ Über Art. 8 Abs. 1 StPO wäre daher eine Einstellung auch für das Gericht möglich bzw. bei Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation auch zwingend. Gleichwohl scheint das BGer unter Hinweis auf Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte an seiner früheren Linie auch unter der eidgenössischen StPO festhalten und sowohl Freispruch als auch Einstellung nach Art. 329 Abs. 4 StPO ausschliessen zu wollen.¹⁴ Bei Fällen unzulässiger Tatprovokation wäre ein Schuldspruch ohne Strafe aber zumindest nicht mehr EMRK-konform. Das BGer müsste dann über eine analoge Anwendung von Art. 329 Abs. 4 StPO nachdenken.

⁹ Die Strafzumessungslösung ist variabel nach Intensität und Verwerflichkeit; für sie bliebe ein flexibler Anwendungsbereich, auch wenn dieser künftig deutlich kleiner werden müsste, weil der EGMR die Unzulässigkeitsschwelle niedriger ansetzt als das BGer. Wenn der *substantive test of incitement* nach EGMR-Kriterien zum Nachweis einer Tatprovokation führt, reduziert sich das Ermessen völkerrechtskonform auf Null. Wollte man dennoch vorrangig Art. 141 Abs. 2 StPO anwenden, so Cohen (Fn. 2), geböte eine EMRK-konforme Auslegung, dass der Ausnahmeverbehalt bei Unerlässlichkeit der Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten nicht mehr zur Anwendung kommen könnte.

¹⁰ BGE 135 IV 27, 30 f.; Riklin, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Vor Art. 52–55, N 26.

¹¹ Auch dort, wo nur von einer Strafbefreiung die Rede ist, muss die Staatsanwaltschaft auf eine Anklage verzichten (Botschaft, 1273; Begleitbericht VE, 211 f.). Die Staatsanwaltschaft hat dann die Nichtanhandnahme des Falles oder die Einstellung einer bereits laufenden Untersuchung zu verfügen, Art. 310 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO.

¹² Zulassen wollen dies Jositsch, Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGBneu und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 100/2004, 2, 9; Wohlers, ZK StPO (Fn. 7), Art. 8 N 12; Fiolka/Riedo, BSK StPO (Fn. 7), Art. 8 N 106; a.A. Riklin, Kommentar StPO, Art. 8 N 6; Riklin, BSK StGB I (Fn. 10), Vor Art. 52–55, N 26.

¹³ Wohlers, ZK StPO (Fn. 7), Art. 8 N 11. Sieht man in der Tatprovokation ein Verfahrenshindernis, dann würde bei Vorbereitung der Hauptverhandlung oder in der Hauptverhandlung selbst eine Einstellung nach Art. 329 Abs. 4 StPO durch das Gericht erfolgen müssen. Zu diesem Ergebnis käme wohl auch Went, Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren, Zürich 2012, 195, da sich nach seiner instruktiven Interpretation von Art. 8 Abs. 1 StPO aus dieser Vorschrift für ein Absehen von der Strafverfolgung, das im Bundesrecht nicht im imperativen Präsens formuliert ist, oder ein Absehen von Strafe keine selbstständige Grundlage für eine Einstellung entnehmen lässt. Diese Umstände müssten vielmehr als Verfahrenshindernisse gedeutet werden, um eine Einstellung durch die Gerichte aufgrund von Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 329 Abs. 4 StPO zu ermöglichen.

¹⁴ BGer, Urteil v. 8.7.2013, 6B_708/2012, E. 3.4.7 mit ausführlicher Begründung in E. 3.4. ff.

IV. Schlussbemerkung

Die vorgeschlagene Lösung führt auch nicht zu stossenden Ergebnissen, denn es sind die Ermittlungsbehörden, die in solchen Fällen krass die Funktionsgrenze von Verbrechenprävention und -bekämpfung überschreiten. Hier geht es nicht mehr um die Jagd nach Verbrechern, sondern um die Identifizierung potenziell deliktsgeneigter Menschen: eine besonders perfide Form der selective incapacitation für die Verlierer dieser Normtreueprüfung. Ein solches Verhalten ist ein echter Testfall für den Rechtsstaat und das Grundverständnis von einem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht.¹⁵ Es entzieht einem rechtsstaatlichen Verfahren die Grundlage.

Stichwörter: agent provocateur, Tatprovokation, Beweisverwertungsverbot, Strafzumessungslösung, Verfahrenshindernis, Rechtsstaatsprinzip, verdeckte Ermittler, Anstiftung

Mots-clés: agent provocateur, provocation à la commission d'une infraction, interdiction d'exploiter un moyen de preuve, prise en considération au niveau de la fixation de la peine, obstacle à l'exercice de l'action pénale, principe de l'Etat de droit, enquêteur opérant sous couverture, instigation

Zusammenfassung: Der EGMR bestätigt in der behandelten Entscheidung, dass im Falle einer unzulässigen Tatprovokation seitens staatlicher Ermittler grundsätzlich nur ein umfassendes Beweisverwertungsverbot eine hinreichende Kompensation des gravierenden Verstosses gegen den Fairnessgrundsatz bewirke. Nationalstaaten dürften zwar auch andere, ähnlich wirkende Verfahrensweisen zur Kompensation einsetzen. Eine Strafmilderung würde diesen Anforderungen aber in keinem Fall genügen. Für die Schweiz stellt sich damit die Frage der EMRK-Konformität der Spezialregelung in **Art. 293 Abs. 4 StPO**. Eine konventionskonforme Rechtsanwendung erscheint möglich, erforderte aber eine (doppelte) Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Regelfolge einer unzulässigen Tatprovokation sowie zur prozessualen Umsetzung eines Absehens von Strafe.

Résumé: Dans l'affaire ici rapportée, la Cour européenne des droits de l'homme confirme que seule une interdiction générale d'exploiter les moyens de preuve recueillis constitue en principe une compensation suffisante de la violation grave du droit à un procès équitable qui résulte de la provocation induite à la commission d'une infraction par des agents étatiques en charge de l'enquête. Les Etats liés par la Convention européenne des droits de l'homme ont assurément la possibilité de recourir à d'autres mécanismes opérant de manière similaire pour garantir la compensation requise. Toutefois, une simple atténuation de la peine ne saurait en aucun cas satisfaire aux exigences en la matière. Pour la Suisse, la question de la conformité au droit supérieur du régime particulier instauré par l'**art. 293 al. 4 CPP** se pose dès lors. Une application de cette disposition de manière conforme à la convention semble possible, mais nécessite une (double) modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral: s'agissant de la conséquence juridique de la provocation inadmissible à la perpétration d'une infraction, d'une part, en ce qui concerne la mise en œuvre procédurale d'une exemption de peine, d'autre part.

¹⁵ Staat handelt rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium*, Cohen (Fn. 2), 206 f.; Schubarth/Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, 2. Aufl., Bern 2007, Art. 23 N 33; dies sieht im Grundsatz auch das BGer so, BGE 124 IV 34, 41; auch Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, meldet Zweifel an, ob man eine Person verfolgen darf, die nur auf staatliche Provokation hin delinquent hat, N 1197.