

Schriftenreihe
Deutsche Strafverteidiger e.V.

48

Yannic Hübner

Rechtsstaatswidrig, aber straflos?

Der agent provocateur-Einsatz und
seine strafrechtlichen Konsequenzen



Nomos

Schriftenreihe
Deutsche Strafverteidiger e.V.

Herausgegeben von Deutsche Strafverteidiger e.V.

Band 48

Yannic Hübner

Rechtsstaatswidrig, aber straflos?

Der agent provocateur-Einsatz und
seine strafrechtlichen Konsequenzen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6763-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0867-8 (ePDF)

D30

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und rechtspolitische Entwicklungen sind bis März 2020 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Matthias *Jahn*, für die hervorragende Betreuung, die ich genossen habe. Von meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl habe ich auch durch meine tollen Kolleginnen und Kollegen sehr profitiert. Insbesondere danke ich Herrn Prof. Dr. Sascha *Ziemann* und Frau Dr. Charlotte *Schmitt-Leonardy* für ihre wertvollen Anregungen und ihre Kritik.

Herrn Prof. Dr. Jens *Dallmeyer* danke ich herzlich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Der *Deutsche Strafverteidiger e.V.* hat diese Arbeit in seine Schriftenreihe aufgenommen und sie mit dem Dissertationspreis des Vereins ausgezeichnet. Darüber hinaus wurde die Arbeit mit dem Werner Pünder-Preis 2020 der *Vereinigung von Freunden und Förderern der Goethe-Universität Frankfurt am Main e.V.*, gestiftet von der Anwaltssozietät Clifford Chance, ausgezeichnet. Für diese Ehrungen bin ich außerordentlich dankbar.

Großer Dank gilt zudem Herrn Rechtsanwalt Eberhard *Kempf*, Frau Rechtsanwältin Dr. Hellen *Schilling* und Herrn Rechtsanwalt Dr. Johannes *Corsten*, die mich als wissenschaftlicher Mitarbeiter stets gefördert und mir alle Freiheiten gewährt haben. Die praktische Arbeit in der Kanzlei und die zahlreichen inhaltlichen Gespräche waren für mich von großem Wert.

Ferner bin ich meinem Studienkollegen und Freund Ruşen *Çıkar* in großer Dankbarkeit verbunden. Gerade zu den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Aspekten dieser Arbeit gibt es kaum ein Argument, das ich nicht mit ihm diskutiert hätte.

Meiner Freundin Lydia *Kögler* schließlich für ihre uneingeschränkte Unterstützung zu danken, wäre viel zu kurz gegriffen. Sie hat meine Dissertation mit getragen. Ihr ist dieses Buch in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im März 2020

Yannic Hübner

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
I. Diskussionsstand	17
II. Eingrenzung des Themas	20
III. Gang der Untersuchung	21
IV. Bestimmung wesentlicher Begriffe	22
V. Das kriminalistische Bedürfnis für den Einsatz von agents provocateurs	27
VI. Die lex lata: Entwicklungen in der Gesetzgebung	29
B. Der agent provocateur als Instrument der Strafverfolgung	35
I. Tatprovozierendes Verhalten	37
II. Tatprovokation als Handeln staatlicher Organe	67
III. Repressive Natur des agent provocateur-Einsatzes	77
C. Zulässigkeit und Grenzen tatprovozierender Einflussnahme	82
I. Betroffene Rechtspositionen beim Einsatz von agents provocateurs	84
II. Konkretisierung der Grenzen anhand bestimmter Zulässigkeitskriterien	126
D. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den Tatprovozierten	147
I. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes ohne hinreichende gesetzliche Grundlage	148
II. Rechtliche Folgen des zulässigen agent provocateur-Einsatzes auf Grundlage einer spezialgesetzlichen Regelung	152
III. Rechtliche Folgen des rechtsstaatswidrigen agent provocateur-Einsatzes	156
E. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den agent provocateur	190
I. Herkömmliche Begründung der Straflosigkeit von agents provocateurs	192

Inhaltsübersicht

II. Augenfällige Friktionen der Annahme kategorischer Straflosigkeit	195
III. Ablehnung der Strafbarkeit bei zulässigen agent provocateur-Einsätzen	198
IV. Strafbarkeit des agent provocateur bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation	201
F. Zusammenfassung	260
Epilog: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung	264
Literaturverzeichnis	267

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Diskussionsstand	17
II. Eingrenzung des Themas	20
III. Gang der Untersuchung	21
IV. Bestimmung wesentlicher Begriffe	22
1. Ermittlungspersonal, Vorgehensweise und Ziel	23
2. Rechtmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsstaatswidrigkeit	25
V. Das kriminalistische Bedürfnis für den Einsatz von agents provocateurs	27
VI. Die lex lata: Entwicklungen in der Gesetzgebung	29
B. Der agent provocateur als Instrument der Strafverfolgung	35
I. Tatprovokierendes Verhalten	37
1. Die Freiheitssphäre des Betroffenen als methodischer Ausgangspunkt	38
2. Divergierende Rechtsprechung zum Begriff der Tatprovokation	40
a) Der BGH zum Begriff der Tatprovokation	40
b) Der EGMR zum Begriff der Tatprovokation	42
aa) Der Prüfungsmaßstab des EGMR	43
bb) Der Begriff der Tatprovokation	44
c) Resümee	47
3. Eigene Begriffsbestimmung anhand der Tatbeteiligungsformen, §§ 25-27 StGB	47
a) Anstiftung als Grundfall tatprovokierenden Verhaltens	48
aa) Bestimmen im Sinne des § 26 StGB	49
bb) Kongruenzen und Inkongruenzen der Tatprovokation	51
cc) Resümee	54
b) Tatprovokierende Beihilfehandlungen, § 27 StGB	55

c) Täterschaftliches Verhalten als Tatprovokation, § 25 StGB	57
aa) Mittäterschaft als Tatprovokation, § 25 Abs. 2 StGB	58
bb) Unmittelbare Täterschaft als Tatprovokation, § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB	59
cc) Sonderproblematik des Scheinkaufs von Betäubungsmitteln	61
d) Tatbestandslose Deliktsverursachung als Tatprovokation	63
e) Resümee	65
II. Tatprovokation als Handeln staatlicher Organe	67
1. Heranziehbarkeit der Grundsätze zur Amtshaftung	68
2. Heranziehbarkeit der allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatem Handeln (§ 40 Abs. 1 VwGO)	71
3. Heranziehbarkeit der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik	72
a) Mittelbare Tatprovokationen	73
b) Eigeninitiative Provokationshandlungen	75
III. Repressive Natur des agent provocateur-Einsatzes	77
1. Präventiv-polizeiliche Nebeneffekte und Rechtfertigungsansätze	77
2. Genuin repressiver Charakter des agent provocateur- Einsatzes	78
3. Folgerungen aus der Rechtsprechung zu den sog. legendierten Kontrollen	79
C. Zulässigkeit und Grenzen tatprovocierender Einflussnahme	82
I. Betroffene Rechtspositionen beim Einsatz von agents provocateurs	84
1. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	84
a) Schuldprinzip	87
b) § 136a StPO	89
c) Exkurs: §§ 136, 136a StPO und vergangenheitsbezogene Tatprovokationen	93
aa) Schutz vor Drohung, Zwang und Täuschung, § 136a StPO	93
bb) Eingriff in die Grundsätze des § 136 StPO	96

2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	98
a) „Recht auf soziale Integriertheit“	99
b) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	101
3. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG	102
4. Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG	103
5. Rechtsstaatsprinzip	104
a) Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren	105
aa) Dogmatische Grundlage	105
(1) Gesamtbetrachtungsmodell des EGMR	107
(2) Bedenkliche Annäherung der deutschen Judikatur	109
(3) Methodischer Ansatz der eigenen Ausführungen	111
bb) Nemo tenetur-Grundsatz	112
cc) Verbot widersprüchlichen Verhaltens	116
dd) Unschuldsvermutung	120
ee) Fair trial als Gesamtrecht	120
b) Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie	122
II. Konkretisierung der Grenzen anhand bestimmter Zulässigkeitskriterien	126
1. Tatverdacht	127
2. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Wiederholungsgefahr	130
3. Subsidiarität	132
4. Verbot des Quantensprungs	134
5. Intensität der Einwirkung	135
a) Absolute Grenzen der Einwirkungsintensität	135
b) Relative Grenzen der Einwirkungsintensität	137
6. Vorbehalt richterlicher Zustimmung	140
a) Grundsatz richterlicher Zustimmung	141
b) Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft	143
7. Verfahrenssicherung durch Überwachungspflicht der Staatsanwaltschaft	144
8. Verhältnis der Kriterien zueinander	146

D. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den Tatprovozierten	147
I. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes ohne hinreichende gesetzliche Grundlage	148
II. Rechtliche Folgen des zulässigen agent provocateur-Einsatzes auf Grundlage einer spezialgesetzlichen Regelung	152
1. Ausgangspunkt: Strafbarkeit des provozierten Täters	152
2. Berücksichtigung des gesetzeskonformen agent provocateur-Einsatzes im Rahmen der Strafzumessung	153
a) Verringerung des Handlungsunwerts aufgrund provozierender Einflussnahme	154
b) Verringerung des Erfolgswerts aufgrund staatlicher Kontrolle	155
III. Rechtliche Folgen des rechtsstaatswidrigen agent provocateur-Einsatzes	156
1. Abriss des zwiesgespaltenen Streitstands im strafrechtlichen Diskurs	157
2. Entwicklungslinien der Rechtsprechung in Karlsruhe und Straßburg	159
a) Das Urteil des 1. Strafsenats vom 23. Mai 1984 als Geburtsstunde der Strafzumessungslösung	159
b) Die Botschaft des EGMR in Teixeira de Castro gegen Portugal und die Reaktion des 1. Strafsenats in seiner Leitentscheidung vom 18. November 1999	161
c) Furcht gegen Deutschland vom 23. Oktober 2014 als Paukenschlag für die deutsche Praxis	163
d) Zurückhaltung des BVerfG im Bremerhavener Kokainschmuggelfall	165
e) Die lex lata: Widersprüchliche Tendenzen innerhalb des BGH	167
aa) Kehrtwende zum Verfahrenshindernis durch das Urteil des 2. Senats vom 10. Juni 2015	169
bb) Festhalten des 1. Senats an einer Strafzumessungslösung	170
cc) Keine eindeutige Stellungnahme der übrigen Strafsenate	172
3. Parenthese: Konventionswidrigkeit der Strafzumessungslösung nach der Rechtsprechung des EGMR	173

4. Die vorgeschlagenen Lösungsmodelle im Einzelnen	175
a) Reine Strafzumessungslösung	176
b) Persönlicher Strafausschließungsgrund praeter legem	177
c) Reduzierung des staatlichen Strafanspruchs auf Null	177
d) Absehen von Strafe bzw. Straffreiheit des Tatprovozierten	178
e) Beweisverwertungsverbot	179
f) Verfahrenshindernis	180
g) Vollstreckungslösung	181
h) Abgestufte Strafzumessungslösung des 1. Strafsenats	182
i) Abgestufte Verfahrenshindernislösung des 2. Strafsenats	183
j) Kombinationsmodell von I. Roxin	184
k) Rechtsfolgenmodell von C. Schmidt	184
5. Stellungnahme	185
E. Rechtliche Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den agent provocateur	190
I. Herkömmliche Begründung der Straflosigkeit von agents provocateurs	192
II. Augenfällige Friktionen der Annahme kategorischer Straflosigkeit	195
1. Privatisierung staatlicher Tatprovokation?	195
2. Dogmatischer Freispruch bei moralischer Ächtung?	196
3. Messen mit zweierlei Maß?	197
III. Ablehnung der Strafbarkeit bei zulässigen agent provocateur-Einsätzen	198
1. Rechtfertigung der Tatprovokation als „doppelfunktionelle Prozesshandlung“	198
2. Berücksichtigung des sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs	200
IV. Strafbarkeit des agent provocateur bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation	201
1. Einfluss der strafprozessualen Wertung auf die Strafbarkeit des agent provocateur	202
a) Verhältnis von Strafprozess- und materiellem Strafrecht	204
aa) Selbständigkeit der prozessualen Wertkategorien	206
bb) „Dienende Funktion des Strafverfahrens“	208
(1) Normative Realität des Strafprozessrechts	209

(2) Konzept des „Eigenwerts des Verfahrens“	211
cc) Dominierende Funktion des Strafprozessrechts	212
dd) Gleichrangigkeit von Strafprozess- und materiellem Strafrecht	215
ee) Gleichwertigkeit im Rahmen ganzheitlicher Betrachtung	216
(1) Die Gleichwertigkeitslehre im geltenden Strafrecht	219
(2) Ergebnis	223
b) Konsequenzen der Gleichwertigkeitslehre für die Strafbarkeitsbeurteilung des agent provocateur	224
aa) Strafbarkeit als Ausdruck positiver Generalprävention	226
bb) Strafbarkeit im Sinne der „Einheit der Rechtsordnung“	229
cc) Prinzip der Strafgesetzlichkeit als Grenze ganzheitlicher Betrachtung	232
2. Materiell-rechtliche Prüfung der Strafbarkeit des agent provocateur	234
a) Tatbestandsmäßigkeit gem. § 26 StGB unter Berücksichtigung des Strafgrunds der Teilnahme	236
aa) Strafbarkeit des agent provocateur nach der Schuld- und der Unrechtsteilnahmelehre	237
bb) Strafbarkeit des agent provocateur nach der Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff	239
(1) Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff	240
(2) Anwendungskorrektur der Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff nach der tatbestandlichen Struktur der Haupttat	241
(a) Straflosigkeit des agent provocateur bei versuchten Delikten	245
(b) Strafbarkeit des agent provocateur bei abstrakten Gefährdungsdelikten	246
cc) Strafbarkeit des agent provocateur nach der akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie	250
b) Rechtswidrigkeit und Schuld	251
aa) Keine Rechtfertigung wegen Notstands gemäß § 34 StGB	251
bb) Keine Rechtfertigung wegen dienstlicher Anordnung	253

c) Strafaufhebung: Analogie zur „tätigen Reue“	254
3. Resümee	256
F. Zusammenfassung	260
Epilog: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung	264
Literaturverzeichnis	267

A. Einleitung

I. Diskussionsstand

Der agent provocateur ist kein unbeschriebenes Blatt. Die Geschichte der Ermittlungstechnik, mit der Personen zu Straftaten animiert und in der Folge überführt und bestraft werden können, reicht zurück bis in die Zeit des französischen Absolutismus. Die französische Polizei unterhielt damals – wie auch später, während und nach der Französischen Revolution unter verschiedenen Regimen – ein weitverzweigtes Netz geheimer Agenten, das dabei helfen sollte, unliebsame politische Gegner aus dem Weg zu räumen.¹ Ein probates Mittel war dabei die gezielte Provokation von Straftaten, um dem Staat einen scheinbar legitimen Anlass zur Festnahme und Bestrafung der Täter zu schaffen.² Im 19. Jahrhundert etablierte sich der Einsatz der „agents provocateurs“ dann mit Übernahme der französischen Staatsverwaltung auch in den deutschen Partikularstaaten und fand in der Demagogenverfolgung sogleich einen ersten Höhepunkt.³ Preußische Ministerialverfügungen und -erlasse weisen in der Folge zwar auf eine programmatische Ablehnung der Deliktsprovokationen hin,⁴ sie taten dem polizeilichen Vorgehen in der Praxis jedoch keinen wirklichen Abbruch. Das Aufkommen der Organisierten Kriminalität⁵ in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verhalf der Ermittlungstechnik dann endgültig zum Durchbruch. Insbesondere im Bereich der Drogenkriminalität gilt der sog. Scheinkauf von Betäubungsmitteln heute als unverzichtbar, um Fortschritt-

1 *Foucault*, Überwachen und Strafen, S. 273 ff.; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 16.

2 *Lüderssen*, FS Peters, 349 f.; *Bekzadian*, Der agent provocateur, S. 17.

3 *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 16; *Lüderssen*, FS Peters, 349 (350).

4 Vgl. die *Verfügungen des preußischen Innenministers* vom 12.11.1880 und vom 12.9.1888, *Ministerialerlasse des Preußischen Ministeriums des Innern* vom 9.4.1913, vom 18.9.1918 und vom 6.1.1921, zit. nach *Schwarzburg*, CILIP 1984, 35 (39); dazu auch *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (217). Missbilligend auch *RG bei Kohlrausch*, ZStW 33 (1913), 694 (694); *OG Zürich*, DStrRZ 1920, 121.

5 Krit. zum Begriff der Organisierten Kriminalität *Strate*, AnwBl. 1986, 309; *Bergemann*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, H Rn. 34.

te in der Überführung professionell agierender Milieus zu erzielen.⁶ Von Seiten der Rechtsprechung wird den Strafverfolgungsorganen zugleich attestiert, dass sie bei der Bekämpfung des Rauschgifthandels nicht ohne den Einsatz sog. V-Leute auskämen, um ihrem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden zu können⁷ und eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten.⁸ Mit der Verbreitung verdeckter Ermittlungstechniken bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität lässt sich folglich nicht bloß ein veränderter Einsatzschwerpunkt feststellen, sondern zugleich auch ein Wandel in der programmatischen Einstellung zum Thema. Aktuell findet dieser Wandel im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018 deutlichen Ausdruck: Die Regierungsparteien haben darin vereinbart, gesetzgeberischen Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage der Tatprovokation zu prüfen.⁹

Parallel zu dieser Entwicklung hat der agent provocateur-Einsatz auch im strafrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung an Bedeutung gewonnen. Die mit ihm verbundenen Probleme gelten als Kernfragen des Rechtsstaats¹⁰ und sind Gegenstand zahlreicher Abhandlungen.¹¹ Wenn zuweilen gar von einer „kaum mehr zu überblickende[n] Anzahl von Publikationen und Judikaten“¹² die Rede ist, so können die sich stellenden Fragen doch noch immer nicht als gelöst betrachtet werden. Dabei sind es vor allem zwei Aspekte, die im Laufe der Zeit das Interesse auf sich gezogen haben.

6 Vgl. LK-StGB/Schünemann, § 26, Rn. 64 m.w.V. („unumgänglich und nicht missbilligenswert“).

7 BVerfGE 57, 250 (284); BVerfG, NJW 1987, 1874 (1875); NStZ 1991, 445 (445); BGHSt 32, 115 (122).

8 BVerfG, StV 1985, 177 (177); NJW 1987, 1874 (1874).

9 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 123.

10 BMJV (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (2015), S. 86.

11 Hervorheben lassen sich etwa Lüderssens (Hrsg.) Sammlung „V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat“ (1985) sowie die umfassenden Arbeiten von Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten (1989); v. Danwitz, Staatliche Straftatbeteiligung (2005); Dann, Staatliche Tatprovokation (2005); Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme (2014); C. Schmidt, Grenzen des Lockspitzeinsatzes (2016).

12 Dann, Staatliche Tatprovokation, S. 28.

Zunächst einmal konzentrierte sich der Diskurs auf die materiell-rechtliche Frage nach der Strafbarkeit des agent provocateur.¹³ Damit waren grundlegende Prinzipien der Strafrechtslehre betroffen und Wissenschaft und Rechtsprechung waren sich rasch weitgehend einig, dass angesichts der positiven Gesinnung der Ermittler ein tatbestandsmäßiges Anstifterhandeln nicht angenommen werden könne.¹⁴

Einige Zeit später war es dann *Lüderssen*, der in einem viel beachteten Beitrag zur Festschrift für Peters¹⁵ die Aufmerksamkeit auf die strafprozessuale Dimension der Tatprovokation als Ermittlungshandeln gerichtet und damit eine heftige Diskussion über die Voraussetzungen, Grenzen und prozessualen Rechtsfolgen der Maßnahme in Gang gesetzt hat, die bis dato anhält. Sie wurde geprägt von Aufsehen erregenden Judikaten aus Karlsruhe und Straßburg, führte mitunter zu einer Verurteilung Deutschlands in der Sache *Furcht*¹⁶ und gipfelt derzeit in einem inneren Widerspruch des Bundesgerichtshofs zur Frage nach den strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation.¹⁷ Namentlich hat sich der 2. Strafsenat mit Urteil vom 10. Juni 2015¹⁸ für ein Verfahrenshindernis zugunsten des provozierten Täters ausgesprochen und damit der vom 1. Senat geprägten und seit 1984 praktizierten¹⁹ Strafzumessungslösung eine Absage erteilt.

Mit dem Aufkommen der strafprozessualen Probleme – so lässt sich rückblickend feststellen – sind die materiell-strafrechtlichen Fragen aller-

13 Vgl. etwa *Loewenbeim*, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte (1897); *Heilborn*, Der Agent Provocateur (1901); *Katzenstein*, ZStW 21 (1901), 374; *Kohler*, GA 55 (1908), 1; *Singewald*, Der agent provocateur (1908). Spätere Beiträge stammen etwa von *Plate*, ZStW 84 (1972), 294 ff.; *Küper*, GA 1974, 321 ff.; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797 ff.; *Sommer*, Das Fehlende Erfolgsunrecht, passim (1986). Zur Entwicklung des Diskurses auch *Eidam*, FS Neumann, 773 (776 f.); *Schwarzburg*, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation, S. 9 ff.

14 Vgl. etwa *Eidam*, FS Neumann, 773 (773) („übergreifender wissenschaftlicher Konsens und darauf Bezug nehmend eine gesicherte Praxis, dass sich ein staatlicher agent provocateur niemals strafbar mache“); *Deiters*, JuS 2006, 302 (Straffreiheit „selbstverständlich“) deutet allerdings zurecht an, dass die sich stellenden Fragen durchaus schwieriger sind als angenommen.

15 *Lüderssen*, FS Peters (1974), 349 ff.

16 EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (*Furcht v. Germany*).

17 Eingehend zu den „Spaltprozessen“ beim Bundesgerichtshof *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54 ff.

18 BGHSt 60, 267 ff.

19 Grundlegend BGHSt 32, 345 ff.; vgl. zudem BGHSt 45, 321 ff.; 60, 238 ff. und zuletzt BGH, NStZ 2018, 355 ff.

dings weitgehend aus dem Blick geraten.²⁰ Die Forderungen nach Strafbarkeit des agent provocateur sind zwar nie gänzlich abgeklungen,²¹ das Gros der Beiträge konzentriert sich heute jedoch auf eine didaktische Aufarbeitung des Themas,²² das vor allem als Standardproblem der Anstiftung in Klausuren bekannt geworden ist.²³ *Eidam* hat vor diesem Hintergrund auf den Widerspruch hingewiesen, der sich zwischen dem vom 2. Senat befürworteten Verfahrenshindernis auf der einen und dem pauschal angenommenen Freispruch des agent provocateur auf der anderen Seite aufgetan hat, und angeregt, den Diskussionsfaden auch im materiellen Strafrecht wieder aufzunehmen.²⁴ Damit hat *Eidam* eine Verknüpfung zwischen der strafprozessualen und der materiell-rechtlichen Bewertung des agent provocateur-Einsatzes hergestellt, die den Denkanstoß zu dieser Arbeit geliefert hat und zugleich ihre methodische Kernfrage bildet: Inwiefern kann die Annahme des Verfahrenshindernisses als rechtsethisch gewachsene Veränderung der strafprozessualen Rechtslage auf die materiell-strafrechtliche Beurteilung des agent provocateur-Einsatzes Einfluss nehmen?

II. Eingrenzung des Themas

Bereits im Zuge erster Recherchen hat sich jedoch herausgestellt, dass eine Vielzahl von Unwägbarkeiten den Blick auf diese Frage trübt. Bis heute sind der strafrechtliche Diskurs und mit ihm die Rechtslage zur Tatprovokation zu verworren, um verlässliche Prämissen zu setzen und den Fokus auf isolierte Aspekte zu richten. Die Unklarheiten beginnen mit den Verhaltensweisen, die eine Tatprovokation überhaupt begründen, führen über die Zulässigkeit und die rechtsstaatlichen Grenzen bis hin zu den Rechtsfolgen des Einsatzes in unterschiedlichen Fallkonstellationen. Die vorliegende Abhandlung nimmt sich diesen Vorfragen an, verfolgt den Anspruch, Klarheit in den Diskurs zu bringen und damit zugleich eine für die

20 So auch *Rönnau*, JuS 2015, 19 (19).

21 Vgl. etwa *Stratenwerth*, MDR 1953, 717 (717 ff.); *Franzheim*, NJW 1979, 2014 ff.; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797 (799 ff.); *Ostendorf/Meyer-Seitz*, StV 1985, 73 (78 ff.); *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 276; *Mitsch*, Strafloße Provokation strafbarer Taten, passim; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114 (115); *Eidam*, FS Neumann, 773 (777 ff.).

22 Vgl. *Deiters*, JuS 2006, 302 ff.; *Rönnau*, JuS 2015, 19 ff.

23 Vgl. *Rönnau*, JuS 2015, 19.

24 *Eidam*, StV 2016, 129 (131).

Praxis taugliche Konzeption des agent provocateur-Einsatzes zu liefern. Die Tatprovokation erfährt eine grundlegende Untersuchung.

Gleichwohl können nicht sämtliche mit ihr verbundenen Probleme erschöpfend behandelt werden. Außen vor bleiben insbesondere die sich einem Einsatz anschließenden Fragen der Verfahrenspraxis. Naheliegende Probleme des Nachweises, der Aktenwahrheit und -vollständigkeit, der Glaubhaftigkeit von Aussagen und mögliche Sperrerklärungen sind von höchster Relevanz für das Erkenntnisverfahren, würden den Rahmen dieser Arbeit jedoch sprengen.²⁵ Sie führen in den generellen Problemkreis verdeckter Ermittlungen und bedürfen, um sich ihnen sachgerecht anzunehmen, eigenständiger Untersuchung.²⁶

III. Gang der Untersuchung

Nach einleitenden Abschnitten zur Terminologie, zum kriminalistischen Bedürfnis und zur gesetzlichen Ausgangslage des agent provocateur-Einsatzes (**A. IV.–VI.**) wird in einem ersten Schritt die Tatprovokation als Instrument der Strafverfolgung konturiert (**B.**). Mit der Freiheitssphäre des Betroffenen als methodischem Ausgangspunkt wird die Rechtsprechung zum Begriff der Tatprovokation ausgewertet und sodann eine eigene Begriffsbestimmung vorgenommen, die sich an den Tatbeteiligungsformen der §§ 25–27 StGB orientiert. Zudem erfolgt eine Auseinandersetzung mit der staatlichen Zurechenbarkeit des Verhaltens und der repressiven Natur des Einsatzes.

Dem schließt sich eine Untersuchung der Zulässigkeit und der rechtlichen Grenzen tatprovozierender Einflussnahme an (**C.**). Die von der Maßnahme betroffenen Rechtspositionen werden herausgearbeitet, um auf dieser Grundlage konkrete Zulässigkeitskriterien zu bestimmen.

Danach gilt das Augenmerk den rechtlichen Folgen des Einsatzes für den provozierten Täter (**D.**). Dabei wird unterschieden, ob eine Tatprovokation – wie es der gegenwärtigen Rechtslage entspricht – ohne hinreichende gesetzliche Grundlage stattfindet, ob sie auf Grundlage einer zu schaffenden gesetzlichen Regelung die Grenzen der Zulässigkeit wahrt oder ob es sich um einen Fall rechtsstaatswidriger Tatprovokation handelt, in welchem dem Betroffenen ein faires, rechtsstaatliches Verfahren nicht mehr zuteil wird. Für derartige Konstellationen wird das vom 2. Strafsenat

25 Vgl. dazu *Meyer-Lobkamp*, StraFo 2017, 45 (49 f.); *Conen*, StV 2019, 358 (361).

26 Vgl. etwa *Röhrich*, Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten, passim.

befürwortete Verfahrenshindernis als zutreffende strafprozessuale Rechtsfolge herausgearbeitet und für die weitere Bearbeitung zugrundegelegt.

Die Bearbeitung widmet sich anschließend ihrer methodischen Kernfrage, ob in Anbetracht der tiefgreifenden strafprozessualen Wertung des Verfahrenshindernisses die pauschale Annahme von Straflosigkeit der agents provocateurs überhaupt noch Bestand haben kann (E.). Hierzu werden die herkömmlichen Begründungsansätze des materiellen Rechts vorgestellt, augenfällige Friktionen der Annahme kategorischer Straffreiheit aufgezeigt und sodann rechtmäßige Tatprovokationen isoliert von jenen extremen Fällen betrachtet, die die Grenze der Rechtsstaatswidrigkeit überschreiten. Das Verhältnis von Strafprozess- und materiellem Strafrecht wird dabei grundlegend beleuchtet, um denkbare Folgerungen auf die sich im materiellen Recht stellenden Fragen zu ermöglichen.

Nach einer Zusammenfassung der Ergebnisse und abschließenden Überlegungen zum strafrechtlichen Normensystem (F.) wird die Arbeit mit dem Versuch abgerundet, gewonnene Erkenntnisse in einen Vorschlag zur gesetzlichen Regelung der Tatprovokation zu überführen (Epilog).

IV. Bestimmung wesentlicher Begriffe

Zum Themenkomplex der Tatprovokation hat sich eine weitreichende Terminologie gebildet, die zunächst einiger Aufklärung bedarf.²⁷ Zu unterscheiden ist insbesondere zwischen den einzelnen Akteuren, die im Untergrund für den Staat tätig werden, und der Tatprovokation als spezieller Maßnahme mit dem Ziel der Täterüberführung.²⁸ Eine wichtige Weichenstellung bildet zudem die Differenzierung zwischen rechtmäßigen, rechtswidrigen und rechtsstaatswidrigen Vorgehensweisen. Ihr wird im Laufe der Bearbeitung eine entscheidende Bedeutung zukommen.

27 H. Schulz, *Kriminalistik* 1985, 509 (509) spricht in diesem Zusammenhang von einem „Begriffswirrwarr“, was heute aufgrund gesetzlicher Definitionen (vgl. § 110a Abs. 2 StPO, Abschnitt I. 2. Anlage D RiStBV) jedoch zu relativieren ist. Dazu v. Danwitz, *Staatliche Straftatbeteiligung*, S. 7 f.

28 Dazu auch Tyszkiewicz, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, S. 24 ff.; C. Schmidt, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, S. 32 f.; Kreuzer, *FS Schreiber*, 225 (228).

1. Ermittlungspersonal, Vorgehensweise und Ziel

Entscheidet sich eine Strafverfolgungsbehörde dazu, heimlich agierende Personen in der Untergrundfahndung einzusetzen, so kann es sich entweder um eigene – in der Regel verbeamtete – staatliche Kräfte handeln oder es werden private Zuarbeiter aus dem jeweiligen Kriminalitätsbereich in Anspruch genommen.²⁹ Innerhalb beider Personengruppen lässt sich zudem nach dem Grad der Involvierung der Akteure (bei staatlichen Akteuren in das kriminelle Milieu; bei Privatpersonen in die Ermittlungsarbeit) unterscheiden.

Den Prototyp staatlicher Untergrundfahnder bildet der Verdeckte Ermittler (VE). Sein Einsatz ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft und in den §§ 110a ff. StPO umfassend geregelt. Demnach handelt es sich um Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten veränderten Identität (Legende) ermitteln (vgl. § 110a Abs. 2 StPO).³⁰ Davon abzugrenzen sind nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (noeP), die nur kurzzeitig im Rahmen einzelner Einsätze tätig werden und allenfalls vorübergehend einen Tarnnamen tragen.³¹ Ihr Einsatz wird auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO gestützt,³² unterliegt insofern keinen gesetzlichen Einschränkungen und kann im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen zu den VE aufwerfen.³³ Eine dritte Kategorie bilden die staatlichen „verdeckten Aufklärer“, die jedoch lediglich in der präventiven Aufklärungsarbeit tätig werden und länderpolizeirechtlichen Bestimmungen unterliegen.³⁴

Aus dem privaten Bereich ist vor allem der Einsatz sog. Vertrauenspersonen (VP, auch: Verbindungspersonen, V-Leute oder V-Männer bzw. -Frauen) bekannt. Gemäß der Definition in Anlage D der RiStBV handelt es sich dabei um Personen, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit sind, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheimge-

29 Kreuzer, FS Schreiber, 225 (228); C. Schmidt, Grenzen des Lockspitzeleinsatzes, S. 33.

30 Näher Schneider, NStZ 2004, 359 (359). Kreuzer, FS Schreiber, 225 (228) spricht insofern auch von „qualifizierten VE“ oder „VE 1. Grades“.

31 Schneider, NStZ 2004, 359 (359); C. Schmidt, Grenzen des Lockspitzeleinsatzes, S. 33; Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 25; Kreuzer, FS Schreiber, 225 (228) („VE 2. Grades“).

32 BGH, NJW 1997, 1516 (1518); krit. MüKo-StPO/Günther, § 110a, Rn. 24, 28 f.

33 Krit. Schneider, NStZ 2004, 359 (359 ff.).

34 Kreuzer, FS Schreiber, 225 (228).

halten wird.³⁵ In der Regel entstammen sie den kriminellen Milieus, werden bei der Polizei von einem „VP-Führer“ geleitet und mit einer staatsanwaltlichen Vertraulichkeitszusage ausgestattet.³⁶ Eine gesetzliche Regelung zu Zwecken der Strafverfolgung gibt es trotz anhaltender Kritik aus dem Schrifttum³⁷ nach wie vor nicht.³⁸ Anders als Vertrauenspersonen sind sog. Informanten kaum in konkrete Ermittlungshandlungen verwickelt. Anlage D der RiStBV beschreibt sie als Privatpersonen, die im Einzelfall bereit sind, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.³⁹

In Abgrenzung dazu wird mit „Tatprovokation“, „agent provocateur“ oder „Lockspitzel“ ein bestimmtes Handlungsmuster umschrieben, das diese Personen im Einzelfall durchführen. Tatprovokation bezeichnet die verleitende Einwirkung auf den Tatentschluss dabei abstrakt, wohingegen den Begriffen des agent provocateur und des Lockspitzels eine Personifizierung desselben Verhaltens zugrundeliegt. Im traditionellen Gebrauch lassen sich zudem weitere Divergenzen zwischen den Begriffen ausmachen: So taucht der Begriff des agent provocateur vor allem im materiell-strafrechtlichen Kontext auf.⁴⁰ Er umfasst regelmäßig auch privat agierende Personen und Detektive, die – wie bei der sog. Diebesfalle am Arbeitsplatz⁴¹ – von staatlichen Ermittlungen losgelöst sind. Tatprovokation und Lockspitzel bezeichnen derweil meist staatliche Einsätze und werden im strafprozessualen Zusammenhang benutzt.⁴² Hier werden diese Begriffe synonym, losgelöst von ihren typischen Rechtsgebieten, verwendet. Die Un-

35 Vgl. I. 2. 2. der Anlage D RiStBV – Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung.

36 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 26 f.; *Kreuzer*, FS Schreiber, 225 (228); näher *Gercke*, StV 2017, 615 (615 ff.).

37 Exemplarisch *Gercke*, StV 2017, 615; *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (2015), S. 80 ff.

38 Insb. handelt es sich bei Anlage D der RiStBV um eine bloße Verwaltungsrichtlinie. Die Rechtsprechung (vgl. *BGHSt* 32, 115 [121 ff.]; 45, 321 [324]) stützt sich insofern auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO. Für den präventiven Bereich sind Regelungen in den §§ 9b BVerfSchG, 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG enthalten.

39 Vgl. Anlage D RiStBV, I. 2. 1.

40 Vgl. *Karge*, Der agent provocateur, S. 14 ff.

41 Vgl. dazu *Hinderer*, JuS 2009, 625 ff.

42 *Dencker*, FS Dünnebier, 447 (451, Fn. 32) weist zudem darauf hin, dass es sich bei „Lockspitzel“ um einen im Kern pejorativen Ausdruck handelt, den jedoch selbst der BGH übernommen hat.

tersuchung richtet den Fokus zudem auf den staatlichen Einsatz von agents provocateurs, wobei sich die materiell-rechtlichen Erkenntnisse grundsätzlich auf den privaten Bereich übertragen lassen werden. Eine präzise Bestimmung der Verhaltensweisen, die als Tatprovokation zu bezeichnen sind, findet im Abschnitt **B**. statt.

Es sei ferner festgehalten, dass es hier um die „klassischen“ Fälle der Tatprovokation gehen soll, die eine Bestrafung eben jener Tat zum Ziel haben, die von der Ermittlungsperson in die Wege geleitet wird. Keine eingehende Untersuchung erfahren die vergangenheitsbezogenen Tatprovokationen, die eine andere ermittlungstaktische Bedeutung aufweisen.⁴³ Sie zielen darauf ab, anhand der provozierten Tat einen bestehenden Tatverdacht oder eine bestehende Beweislage zu erhärten, also die Überführung einer bereits zuvor begangenen Straftat zu ermöglichen.⁴⁴ Damit weisen sie einen wesentlichen strukturellen Unterschied auf, der andere rechtliche Bewertungsmaßstäbe nach sich zieht⁴⁵ und hier nur exkursartig beleuchtet wird.⁴⁶

2. Rechtmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsstaatswidrigkeit

Wenn hier von rechtmäßigen Tatprovokationen die Rede ist, dann impliziert dies den Ausgangspunkt dieser Arbeit, dass in näher zu bestimmen Grenzen der staatliche Einsatz von agents provocateurs grundsätzlich zulässig sein kann. Das ist in Anbetracht greifbarer grundrechtlicher Konflikte keine Selbstverständlichkeit und wird im strafrechtlichen Schrifttum auch bestritten.⁴⁷ Die Annahme weiß jedoch die feste Überzeugung der

43 Weitere Einsatzrichtungen, die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind, liegen etwa darin, geplante Straftaten zu verhüten, einen Türöffner für die Kronzeugenregelung zu schaffen (*Meyer/Woblers*, JZ 2015, 761 [761]) oder Informationen zur nachrichtendienstlichen Verwertung zu erlangen (*Scharmer*, StV 2016, 323 [329]).

44 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 142 ff. hat sich eingehend mit dieser Einsatzform auseinandergesetzt und sich für eine entsprechende gesetzliche Regelung ausgesprochen; vgl. zudem *EGMR*, Ur. v. 7.9.2004 – 58753/00, ECHR 2004-VII (*Eurofinacom v. France*); *Sieg*, StV 1981, 636 ff.

45 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 142.

46 Siehe unten, S. 93 ff.

47 Vgl. etwa *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 8; *Voller*, Staat als Urheber, S. 65 f.; *Lüderssen*, FS Peters, 349 (366); *Franzheim*, NJW 1979, 2014 (2015); *Kaiafa-Gbandi*, FS Bemann, 560 (578); *Sommer*, NSTz 1999, 48 (49); *Berz*, JuS 1982, 416 (418 f.); *Güntge*, FS Ostendorf, 387 (395 ff.); *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 141 f.; *Meyer-Lohkamp*, StraFo 2017, 45 (53).

Rechtsprechung hinter sich, die regelmäßig unterstreicht: „Die grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes eines agent provocateur ist anerkannt“.⁴⁸ Im Zuge der Bearbeitung wird sich herausstellen, dass in der Tat absolut geschützte Verfassungsgüter das Vorgehen nicht grundsätzlich verbieten und trotz der Beeinträchtigung verschiedener Rechtspositionen von Verfassungsrang eine gesetzliche Regelung unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist.

Den logischen Gegenpart der rechtmäßigen muss die Gruppe der rechtswidrigen bzw. unzulässigen Tatprovokationen bilden. Beschäftigt man sich allerdings näher mit der juristischen Literatur und der Rechtsprechung zum Lockspitzeinsatz, so fällt auf, dass zumeist die Rede von „rechtsstaatswidrigen“ Vorgehensweisen ist.⁴⁹ Das ist kein Zufall. Mit dem Begriff der Rechtsstaatswidrigkeit werden die extrem gelagerten Konstellationen unzulässiger Tatprovokation hervorgehoben, die einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) begründen. Synonym werden sie auch als konventionswidrige Lockspitzeinsätze bezeichnet.⁵⁰ In der Praxis betrifft dies häufig Konstellationen, in denen kein Verdacht gegen die provozierte Person vorlag, massiv über einen längeren Zeitpunkt auf sie eingewirkt oder eine unverhältnismäßig schwere Straftat provoziert wurde oder aber eine Kumulation von Verstößen vorliegt.⁵¹ Es sind klare, zumeist auch bewusste oder grob fahrlässige Überschreitungen der rechtlichen Grenzen, die massiv in die Rechte der betroffenen Person eingreifen.

Daneben gibt es einen Bereich einfacher Unzulässigkeit, der nur eine untergeordnete Rolle im Diskurs spielt. Dabei handelt es sich um Konstellationen, welche die Grenzen der Rechtmäßigkeit zwar überschreiten, das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aber dennoch wahren. Denkbar sind hier formale Verstöße gegen Zuständigkeitsregeln, eine mangelhafte staatsanwaltliche Kontrolle des Vorgehens oder unwesentliche Fehler bei der Anordnung der Maßnahme. In der Bewertung der Rechtsfolgen unterscheiden sie sich von der Fallgruppe rechtsstaatswidriger Tatprovokation jedoch erheblich. Einerseits wird dem Verfahrensverstoß strafprozessual regelmäßig kaum ein Gewicht zukommen, sodass er

48 *BGHSt* 32, 345; 33, 356 (362); 42, 139 (153); 45, 321 (324); *BVerfG*, *NStZ* 1995, 95 (96).

49 Vgl. etwa *BGHSt* 60, 276 (Ls.); 60, 238 (238, 2. Ls.); *BVerfG*, *NJW* 2015, 1083 (Ls. der Redaktion); *Jahn/Kudlich*, *JR* 2016, 54 (54).

50 *BGHSt* 60, 238 (238, 1. Ls.).

51 Vgl. etwa die Sachverhaltsschilderung im Fall *BGHSt* 60, 276 (277 ff.).

hinter dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung und gerechten Ahndung der Straftaten zurücktritt.⁵² Was andererseits die materielle Strafbarkeit des Lockspitzels betrifft, werden die marginalen Rechtsverstöße zudem vom sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff erfasst, der eine Ausdehnung der Rechtfertigung von Amtshandlungen vorsieht.⁵³

V. Das kriminalistische Bedürfnis für den Einsatz von agents provocateurs

Die von der Rechtsprechung anerkannte Zielsetzung des agent provocateur-Einsatzes liegt in erster Linie darin, kriminelle Strukturen aufzudecken, ein latentes Kriminalitätspotenzial zu zerschlagen oder die Fortsetzung von Dauerstraftaten zu verhindern.⁵⁴ Das lenkt den kriminalistischen Zweck des Einsatzes automatisch auf den Bereich der Organisierten Kriminalität, wo er in der heutigen Praxis auch seinen Schwerpunkt findet. Aufgrund der besonderen Struktur dieser Kriminalitätsformen leuchtet das durchaus ein.⁵⁵ Denn typischerweise handelt es sich bei der Organisierten Kriminalität – insbesondere im Betäubungsmittelbereich – um opferlose, konsensuale Kriminalitätsformen, die weder Geschädigte noch Strafanzeigen hervorbringen⁵⁶ und deren Akteure sich durch besondere Schutzmechanismen professionell gegen eine Infiltrierung von außen schützen.⁵⁷ Das klassische, an konkrete Tatsachen anknüpfende (§ 152 Abs. 2 StPO) Ermittlungsprogramm der StPO stößt hier an seine Grenzen.⁵⁸

Um Fortschritte bei den Ermittlungen zu erzielen, gehen die Behörden also dazu über, sich durch Observation, Kontrolle, die Zusammenarbeit mit Informanten und V-Leuten, heimliche Telefonüberwachungen und durch die Nutzung von Kronzeugen „gewissermaßen auf die Suche nach der Kriminalität“⁵⁹ zu begeben. Als weitaus effizientestes Mittel hat es sich dabei erwiesen, über Heimlichkeit und Täuschung hinaus selbst proaktiv am kriminellen Geschehen teilzunehmen und im Wege von Tatprovokationen an Informationen und Täter zu gelangen, die man mit hergebrach-

52 Siehe hierzu unten, S. 147 ff.

53 Siehe hierzu unten, S. 200 ff.

54 *BVerfG*, NJW 1987, 1874 (1875); *BGHSt* 45, 321 (336); 32, 115 (120 f.).

55 LR-StPO/*Erb*, § 163, Rn. 67; *Kreuzer/Nestler*, Handbuch Betäubungsmittelstrafrecht, § 11, Rn. 384.

56 *Kreuzer/Nestler*, Handbuch Betäubungsmittelstrafrecht, § 11, Rn. 380.

57 *BGHSt* 32, 115 (120); BT-Drs. 12/989, S. 21; *KK-StPO/Bruns*, § 110a, Rn. 3.

58 *Kreuzer/Nestler*, Handbuch Betäubungsmittelstrafrecht, § 11, Rn. 380, 399.

59 *Kreuzer/Nestler*, Handbuch Betäubungsmittelstrafrecht, § 11, Rn. 381.

ten Mitteln wohl kaum bekommen würde.⁶⁰ Hay hat insofern einen bildhaften Vergleich des Lockspitzeinsatzes mit dem Fangen von Mäusen gezogen:⁶¹ Anstatt die Wände abzureißen, hinter denen sie sich verbergen, sei es weitaus einfacher und effizienter, mit Ködern bestückte Fallen aufzustellen, um die Mäuse zu erwischen.⁶² Damit hat er das kriminalistische Bedürfnis für den agent provocateur-Einsatz im Bereich der Organisierten Kriminalität prägnant umschrieben. Die schützenden Wände versinnbildlichen treffend die professionellen Vorkehrungen und den Mangel an äußerlichen Hinweisen, mit denen die Polizei bei der Fahndung konfrontiert ist. Da mit der provozierten Tat und der unmittelbaren Festnahme der Täter am Tatort zudem regelmäßig die Voraussetzungen für eine spätere gerichtliche Verurteilung geschaffen werden, liegt auch der Vergleich des agent provocateur-Einsatzes mit einer Falle nahe. Nicht umsonst trägt bereits der 1985 von Lüderssen veröffentlichte Sammelband zum Lockspitzeleinsatz den Untertitel „Die Falle im Rechtsstaat“.⁶³

Offizielle Statistiken zur Häufigkeit und zu den Anwendungsfeldern von Lockspitzeleinsätzen gibt es – soweit ersichtlich – nicht.⁶⁴ Das überrascht keineswegs. Denn auf dem Gebiet der inneren und äußeren Sicherheit, darunter die Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität, gelten Staatsgeheimnisse weitgehend als legitim.⁶⁵ Was indessen die Notwendigkeit der Maßnahmen betrifft, eilt ihnen jedenfalls in der Praxis der Betäubungsmittelkriminalität der Ruf voraus, unverzichtbar zu sein, um der Kriminalität Herr werden zu können.⁶⁶ Laut Kreuzer⁶⁷ hat ein LKA-Mitarbeiter den Scheinkauf von Betäubungsmitteln als Ziel von 80 % der polizeili-

60 Kreuzer/Nestler, Handbuch Betäubungsmittelstrafrecht, § 11, Rn. 384.

61 Hay, Harvard Law School Discussion Paper 441/2003, S. 13 f.

62 Dazu auch Schmitt-Leonardy, EuCLR 2017, 303 (307).

63 Lüderssen (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1985.

64 Zu Stellungnahmen befragter Strafverfolgungsbehörden vgl. Meyer-Lohkamp, StraFo 2017, 45 (50 ff.).

65 Vgl. BVerfGE 57, 250 (284): „Es liegt indessen auf der Hand, daß es verfassungsmäßig legitimierte staatliche Aufgaben gibt, die zu ihrer Erfüllung der Geheimhaltung bedürfen, ohne daß dagegen verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären. Die Wahrnehmung derartiger [...] Aufgaben würde erheblich erschwert und in weiten Teilen unmöglich gemacht, wenn die Aufdeckung geheimhaltungsbedürftiger Vorgänge im Strafverfahren ausnahmslos geboten wäre“.

66 Safferling, NSTZ 2006, 75 (75); Hetzlar, Kriminalistik 2001, 690 (690). Befürwortend auch Katzenstein, ZStW 21 (1901), 374 (389). Zur Notwendigkeit des Einsatzes von V-Personen und verdeckt arbeitenden Polizeivollzugsbeamten BGHS 32, 115 (121 f.); 32, 345 (346); BVerfGE 57, 250 (284).

67 Kreuzer, FS Schreiber, 225 (232).

chen Rauschgiftermittlungen bezeichnet. *Tyszkiewicz*⁶⁸ führt aus, dass schätzungsweise 75 % der Lockspitzeleinsätze auf den Bereich der Betäubungsmittelkriminalität entfielen. Tatsächlich dürfte der mögliche Einsatzbereich von agents provocateurs jedoch weit darüber hinausgehen. Jüngst wurde der Einsatz etwa mit dem sog. Darknet in Verbindung gebracht.⁶⁹ Medienberichte weisen zudem auf tatprovokierende Anzeichen im Fall des Attentäters vom Berliner Breitscheidplatz hin.⁷⁰ Selbst auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts sorgte 2018 ein Fall in Frankfurt für Aufsehen, in dem es gelang, mithilfe eines polizeilichen „Lockvogels“ einen gesuchten Täter auf dem Universitätscampus zu überführen.⁷¹ Aus der Rechtsprechung des OLG Bremen wurde darüber hinaus ein Verfahren bekannt, in dem eine jugendliche Scheinkäuferin in einem Café eingesetzt wurden, um die Einhaltung von Jugendschutzvorschriften bei der Abgabe von Alkohol (also von Ordnungswidrigkeitenrecht, § 9 JuSchG) zu kontrollieren.⁷² All dies zeigt, dass die mit dem Einsatz verbundenen Fragen nicht etwa auf den Bereich der Betäubungsmittelkriminalität beschränkt sind, sondern weit in unterschiedliche Kriminalitätsbereiche hineinreichen. Umso mehr drängt sich das Bedürfnis einer Klärung der mit der Tatprovokation verbundenen Rechtsfragen auf.

VI. Die *lex lata*: Entwicklungen in der Gesetzgebung

Auf eine eigene gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kann sich der agent provocateur-Einsatz nach der geltenden Rechtslage nicht stützen.

So sieht § 110c StPO zwar eine Regelung für die Befugnisse Verdeckter Ermittler vor, eine Berechtigung zur Provokation von Straftaten ist darin jedoch nicht enthalten.⁷³ Da die Interessenlage des Einsatzes Verdeckter

68 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, S. 28 m.w.N., vgl. zudem S. 92 ff. zum praktischen Bedarf an Lockspitzeleinsätzen.

69 *Krause*, NJW 2018, 678 (680).

70 Vgl. *Goll/Adamek*, V-Mann soll Gruppe um Amri zu Anschlägen aufgehetzt haben, *RBB24* vom 19.10.2017.

71 *SPIEGEL ONLINE* vom 12.2.2018, Zivilpolizistin lässt mutmaßlichen Sexualstraftäter auffliegen.

72 *OLG Bremen*, NZWiSt 2012, 465 m. Anm. *Waßmer*, der anschaulich den historischen Hintergrund des seit den 1980er Jahren bestehenden Diskurses um die jugendlichen Testkäufer beschreibt.

73 Die Vorschrift dient insbesondere als Ermächtigungsgrundlage für das Betreten von Wohnungen und gewährt dem Verdeckten Ermittler im Übrigen die Befug-