

Lockspitzel und V-Leute in der Rechtsprechung des EGMR: Strafrechtliche Ermittlungen jenseits der StPO – außerhalb des Gesetzes?

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sehen sich mitunter dem Vorwurf ausgesetzt, sie lieferten aufgrund ihrer inhaltlich recht vagen Ansätze dem Rechtsanwender in der Praxis häufig nur Steine statt Brot. Dieses harte Urteil mag für einige strafprozessuale Problemfelder, gerade auf dem Gebiet der Beweisverwertung, noch eine gewisse Berechtigung haben, kann aber für zwei zentrale strafprozessuale Fragestellungen keine Zustimmung mehr erhalten, die im Folgenden im Mittelpunkt der Betrachtung stehen sollen: Zum Einsatz Verdeckter Ermittler/V-Leuten im Allgemeinen¹ und zur Tatprovokation im Speziellen hat der Straßburger Gerichtshof in den letzten Jahren hinreichend konkrete Vorgaben geliefert, zu deren Rezeption auch die deutschen Strafgerichte und Strafverfolgungsbehörden nachdrücklich aufgefordert sind.

I.

Menschenrechtswidrige Tatprovokation vs. verdeckte Ermittlungen

Zur Tatprovokation hat der EGMR dogmatisch eine über die Begrifflichkeiten in der nationalen Strafrechtsordnung deutlich hinausgehende Klarstellung vorgenommen. Während er unter dem grundsätzlich zulässigen Einsatz Verdeckter Ermittler (*undercover agents*) eine rein passive Untersuchung einer bereits existierenden kriminellen Aktivität versteht (*mere passive investigation of existing criminal activity*), stuft er den auch im deutschen Strafprozessrecht bekannten und überwiegend als rechtmäßig erachteten Lockspitzeinsatz (*agent provocateur*) *per se* als rechtsstaats- und menschenrechtswidrig ein: Der EGMR versteht darunter die Verleitung einer Person zur Begehung einer Straftat, die ohne staatliche Initiative nicht begangen worden wäre (*incitement*). Diese klare Trennung zwischen einer grundsätzlich zulässigen verdeckten Ermittlungsmaßnahme einerseits und einem unzulässigen Lockspitzeinsatz andererseits macht die Herausbildung von Kriterien zur Abgrenzung beider prozessualer Ermittlungsmaßnahmen notwendig (dazu unter II.).

¹ Zur Rolle Privater im Ermittlungsverfahren aus Sicht der Praxis: de Vries, Hinrich: Privatisierung der Ermittlungen – Ermittlungen durch Private, *Kriminalistik* 2/2011, S. 83-90; Arndt, Mario / Seydel, Mario H., Zusammenarbeit zwischen Polizei und Privatermittlern, *Kriminalistik* 2/2011, S. 91-94. Zum internationalen Austausch verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler und Vertrauenspersonen siehe: Antwort der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5736 v. 6.5.2011.

Dem vorgeschaltet ist bei »geheimer« Ermittlungstätigkeit allerdings die Vorfrage, ob der Staat für den Einsatz einer verdeckt ermittelnden oder den späteren Täter gar zur Tat provozierenden Person *verantwortlich* ist. Diese Frage stellt sich vor dem Hintergrund des Art. 1 EMRK, der die Staaten der EMRK nur für das ihnen zurechenbare Handeln in ihrem Hoheitsbereich in die Pflicht nimmt. Verantwortlich i.S.v. Art. 1 EMRK handeln in erster Linie staatliche Stellen selbst. Der EGMR hat aber in den letzten Jahren grundlegende Kriterien für die Zurechnung (*attributable*) eines Handelns Privater entwickelt. Es geht dabei vor allem darum, ob das Handeln einer privaten Person nach staatlicher Instruktion bzw. unter staatlicher Kontrolle verläuft. Handelt eine Privatperson, sei es im Bereich verdeckter Ermittlungen oder sogar in Form einer menschenrechtswidrigen Tatprovokation, so ist stets eine nähere Prüfung der diesbezüglichen tatsächlichen Umstände erforderlich. Nur wenn ein Privater auf eigene Initiative (*own initiative*) und in seinem ausschließlich privaten Umfeld zu Straftaten auffordert (*private capacity*), lehnt der EGMR eine staatliche Zurechnung dieser Aktivitäten an den Staat ab.² Insgesamt sind die Zurechnungskriterien allerdings eher weich und in der Tendenz weit, so dass ein Handeln Privater tendenziell dem Staat zurechenbar ist, wenn staatliche Stellen in den Prozess involviert sind. Ebenfalls in Erwägung gezogen hat der Gerichtshof die Möglichkeit, dass ein ursprünglich rein privates Handeln durch eine bestimmte Reaktion staatlicher Stellen nachträglich genehmigt werden kann (*legitimised*).³

Schließlich ist der Frage nachzugehen, welche konkrete Rechtsfolge im innerstaatlichen Recht ein durch eine Tatprovokation ausgelöster Verstoß gegen das faire Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) nach sich zieht. Hier werden mehrere Reaktionsmodelle diskutiert; sie reichen in der Literatur von einem Verwertungsverbot bis zu einem Verfahrenshindernis, wohingegen sich die deutschen Straferichte (insbesondere der BGH) weitgehend auf eine flexible Strafzumessungslösung zurückgezogen haben (dazu unter III.).⁴

II. Überblick über zentrale Urteile des EGMR zur Tatprovokation

Zentral mit der Problematik der Tatprovokation hatte sich der EGMR erstmals im Urteil *Teixeira de Castro* gegen Portugal aus dem Jahr 1998 zu befassen.⁵ Der Beschwerdeführer (T) wurde von vier Verdeckten Ermittlern gebeten, 20 Gramm Heroin zu besorgen. T erwarb die gewünschte Menge von einem Lieferanten.

² Vgl. EGMR Stocké/Deutschland, 19.3.1991, 11755/85, Serie A Nr. 199; Shannon/UK, 4.10.2005, 6563/03.

³ Vgl. EGMR (GK) Ramanaukas/Litauen, 5.2.2008, 74420/01, NJW 2009, 3565, §§ 63-65. Die exakten Voraussetzungen sind allerdings noch ungewiss.

⁴ Vgl. nur BGHSt 45, 321 = NJW 2000, 1123 = JZ 2000, 363 = NStZ 2000, 269 = StV 2000, 114; BGHSt 47, 44 = NJW 2001, 2981 = NStZ 2001, 554 = StV 2001, 492.

⁵ EGMR *Teixeira de Castro*/Portugal, 9.6.1998, 25829/94, Rep. 1998-IV = NStZ 1999, 47 = StV 1999, 127.

Die Abwicklung des Geschäftes sollte in der Wohnung eines Dritten erfolgen. Dort kam es schließlich zur Festnahme des T. 20 Gramm Heroin und eine größere Menge Bargeld wurden bei T gefunden. Der EGMR kam zu dem Erkenntnis, dass T durch die Aktivitäten der Verdeckten Ermittler von Anfang an und endgültig seines Rechtes auf ein faires Verfahren beraubt worden sei. Eine spätere Kompensation dieses Verfahrensmangels sah der Gerichtshof nicht mehr als gegeben an. Interessant sind die Kriterien, auf die der EGMR schon damals abstellte. Ein wesentlicher Aspekt war, dass der Einsatz der Verdeckten Ermittler ohne richterliche Anordnung erfolgt war und auch keine unabhängige Überwachung der Operation stattgefunden hatte. Ferner hob der EGMR hervor, dass Verdachtsmomente für das Handeln der Verdeckten Ermittler gefehlt hätten (*good reasons for suspecting / predisposition*). Eine latente Tatgeneigtheit (*potentially been predisposed*) ließ der Gerichtshof nicht ausreichen und nahm im Ergebnis ein tatprovokierendes Verhalten der Ermittler an. Als zusätzliches Indiz für eine Tatprovokation, das auch in späteren Urteilen regelmäßig bemüht wird, wurde der Umstand herangezogen, dass gegen die Betroffenen keine Vorstrafen in dem Bereich vorlagen, in dem sich die mutmaßlich provozierte Tat ereignet hatte. Schon im Urteil *Teixeira* deutet sich damit an, dass lediglich einschlägige Vorstrafen als Indiz für eine Tatgeneigtheit ins Feld geführt werden können, umgekehrt aber nicht zwingend für eine solche sprechen.

Im Urteil *Vanyan* gegen Russland aus dem Jahr 2005⁶ konnte der EGMR seine im Urteil *Teixeira* angestellten Überlegungen weiter vertiefen. Im konkreten Fall wurde eine Bekannte des Bf. von einem Verdeckten Ermittler auf diesen (V) »angesetzt«. B bat den V, ihr Heroin zu besorgen, das sie aufgrund starker Entzugserscheinungen dringend benötige. V kaufte daraufhin mit dem Geld der B eine kleine Menge Heroin, die im Rahmen einer nachfolgenden Durchsuchung bei V gefunden wurde. Auch hier stellte der EGMR eine unzulässige Tatprovokation und einen daraus resultierenden Verstoß gegen die Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK) fest. Vor dem VE-Einsatz und dem staatlich zurechenbaren Verhalten der B hätten keinerlei Verdachtsmomente gegen den V bestanden. Ein zentrales Kriterium, das in der späteren Rechtsprechung ebenfalls kontinuierlich aufgegriffen wird, war nach Ansicht des EGMR der Umstand, dass ohne die Aktivität der B die Tat nicht begangen worden wäre (Kausalitätsprüfung).

Spektakulär und in der Öffentlichkeit stärker zur Kenntnis genommen worden ist das Urteil *Ramanauskas* gegen Litauen.⁷ Die Besonderheit dieses Falles lag darin begründet, dass der Beschwerdeführer ein ehemaliger Staatsanwalt war, der unter Korruptionsverdacht stand. Nach den Feststellungen des Gerichtshofs hatte ein Verdeckter Ermittler 3.000 USD für den Freispruch eines Dritten geboten, für den R sich hätte einsetzen sollen. R ging erst nach mehrmaligem Drängen

6 EGMR *Vanyan*/Russland, 15.12.2005, 53203/99.

7 EGMR (GK) *Ramanauskas*/Litauen (Fn. 3).

des Verdeckten Ermittlers – dieser kam von einer Antikorruptionseinheit – auf das Angebot ein. Der Vertragsstaat Litauen hatte eingewandt, dass der Verdeckte Ermittler zunächst aus eigenem Antrieb Kontakt zu R gesucht hätte, erst danach sei die Korruptionsbekämpfungsstelle tätig geworden. Es sei zu einer Anfrage bei der Generalstaatsanwaltschaft gekommen und aufgrund dieser Anfrage sei schließlich ein VE-Simulationsmodell genehmigt worden, was letztlich auch die Geldübergabe mit umfasst habe. Litauen wendete also ein, dass ihm das mutmaßlich provozierende Verhalten des Verdeckten Ermittlers nicht zurechenbar sei. Über diesen Einwand setzte sich der Gerichtshof allerdings schnell hinweg und kam aus den schon oben erwähnten Gründen zur Annahme einer staatlich zurechenbaren Veranlassung der dem R vorgeworfenen Straftat. Als Kriterien für das Vorliegen einer Tatprovokation berücksichtigte der Gerichtshof maßgeblich, auf wessen Initiative die Tat schließlich begangen worden war. Vorstrafen könnten Berücksichtigung finden, ebenso ob es objektive Anzeichen für eine kriminelle Aktivität auf Seiten des Beschuldigten gebe. Bloße Gerüchte (*rumours*) reichten dem EGMR an dieser Stelle nicht. Zentrale Bedeutung im Gesamtkontext erlangte die Prüfung der Kausalität der Intervention, also die Frage, ob die Tat auch begangen worden wäre, wenn der Staat nicht initiativ auf den Betroffenen eingewirkt hätte.

Revolutionär für die prozessuale Geltendmachung einer mutmaßlich erfolgten Tatprovokation ist der Umstand der Beweislast im nationalen Strafverfahren, der im Urteil *Ramanauskas* erstmals vom EGMR thematisiert worden ist.⁸ Wenn nach dem Vortrag der Verteidigung plausible Anhaltspunkte für eine Tatprovokation sprechen, muss nach Ansicht des EGMR der Staat, sprich seine Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, das Gegenteil beweisen. Hier legt der EGMR das Fundament für ein mittlerweile (s.u.) etabliertes Zwei-Stufen-Modell zur Prüfung des Vorwurfs einer Tatprovokation: Neben den materiellen Kriterien für das Vorliegen einer solchen, tritt in jüngerer Rechtsprechung zunehmend der prozessuale Aspekt ihrer Geltendmachung im Verfahren in den Vordergrund. Der EGMR hat betont, dass schon im Falle von Anhaltspunkten, die für eine Tatprovokation sprechen, der Staat zu einer gründlichen Untersuchung des Sachverhalts verpflichtet sei. Dazu gehöre insbesondere die Vernehmung der zentralen Zeugen.⁹

In *Pyrgiotakis* gegen Griechenland¹⁰ trat der Beschwerdeführer als Vermittler zwischen einem vermeintlichen Drogenkäufer (VE) und einem Dealer auf. Die Ermittlungen richteten sich eigentlich gegen den Dealer. P war vorher nie mit Drogengeschäften in Erscheinung getreten und gab vor, den Inhalt des Geschäfts zwischen dem Verdeckten Ermittler und dem Dealer nicht gekannt zu haben.

8 Vgl. Gaede, Karsten / Buermeyer, Ulf, Beweisverwertungsverbote und »Beweislastumkehr« bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 6/2008, S. 279-287 (280 f.).

9 EGMR (GK) *Ramanauskas/Litauen* (Fn. 3), § 71.

10 EGMR *Pyrgiotakis/Griechenland*, 21.2.2008, 15100/06, HRRS 2008 Nr. 500.

Auch hier bemüht der EGMR das bereits erwähnte Kausalitätskriterium: ohne polizeilich lancierten Drogenkauf hätte es seiner Ansicht nach im konkreten Fall keine Straftat gegeben. Vor dem Einsatz des Verdeckten Ermittlers hätten auch auf Seiten des Beschwerdeführers keinerlei Verdachtsmomente für eine vorhandene kriminelle Energie vorgelegen.

Dem Urteil *Malininas* gegen Litauen¹¹ lag folgender Sachverhalte zugrunde: ein Verdeckter Ermittler (VE) kontaktierte den M und fragte an, ob er Amphetamine besorgen könne. M bot dem VE sodann Proben an, die er sofort liefern könne. Der VE ging nicht auf dieses Angebot ein. In der Folgezeit kontaktierte M den VE und verkaufte ihm einige Proben. Kurz danach bat der VE um Lieferung von Amphetaminen im Wert von 3.000 USD. M gab an, er habe etwa 5 kg Amphetamine auf Lager. Es kam schließlich zur Festnahme bei der Übergabe. Dieser Sachverhalt bot dem EGMR Gelegenheit, seine Grundsätze zur Tatprovokation weiter zu festigen. M sei nicht einschlägig vorbestraft gewesen. Weder Verdachtsmomente noch eine Prädisposition seien bei ihm erkennbar gewesen; den Schwerpunkt der Kontrolle legt der EGMR auf das Vorliegen objektiv nachvollziehbarer Verdachtsmomente; bloße Gerüchte für eine Tatgeneigtheit seien nicht ausreichend. Nicht einheitlich von den Straßburger Richtern wurde allerdings die staatliche Initiative bewertet. Ein beachtliches Sondervotum (Richter *Cabral-Barreto*) weist die Initiative eher dem Beschwerdeführer zu.

Zu dem bereits oben angesprochenen »Zwei-Stufen-Modell« zur Prüfung einer Tatprovokation, das sich zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung des EGMR etabliert hat, äußerte sich der Gerichtshof erstmals explizit im Urteil *Bannikova* gegen Russland im Jahr 2010.¹² Im konkreten Fall wurden Telefongespräche der Beschwerdeführerin abgehört. B sprach darin mehrere BTM-Geschäfte an. Die Verdeckten Ermittler kauften daraufhin von B Marihuana an und nahmen B bei der Übergabe der Rauschmittel fest. Bemerkenswert ist, dass der EGMR in diesem Urteil zum einen die von ihm entwickelten Grundsätze zur Tatprovokation leitsatzartig auf mehr als fünf Seiten zusammenstellt, zum anderen sich aber im konkreten Fall am Ende nicht zur Annahme einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK durchringen kann. Gleichwohl ist das Urteil *Bannikova* für Justiz und Strafverteidigung von hoher Relevanz, weil es die Unterscheidung zwischen der Prüfung der materiellen Kriterien einer Provokation (erste Stufe) und der Untersuchung des Verfahrens zur Klärung einer möglichen Provokation (zweite Stufe) sauber trennt und damit einen Meilenstein im »Menschenrechtsschutz durch Verfahren«¹³ setzt. Im Ergebnis gelangt der Gerichtshof zu der Erkenntnis, dass der

11 EGMR *Malininas/Litauen*, 1.7.2008, 10071/04.

12 EGMR *Bannikova/Russland*, 4.11.2010, 18757/06, HRRS 2011 Nr. 331.

13 Vertiefend: Gaede *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, Berlin 2007.

Verdacht für das Vorliegen von BTM-Delikten aufgrund der abgehörten Telefonate schon vor Beginn des Einsatzes des Verdeckten Ermittlers bestanden habe, so dass letztlich ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz abzulehnen war.

Diese Überlegungen konnte der Gerichtshof im Urteil *Ali* gegen Rumänien vertiefen.¹⁴ Hier kontaktierten Verdeckte Ermittler den A und drei weitere Personen für ein Rauschmittelgeschäft. Vereinbart wurde ein Ankauf von 1 kg Heroin. Die Festnahme erfolgte bei Übergabe der BTM. Bei der anschließenden Durchsuchung der Wohnung des A wurden keine BTM gefunden. A behauptete, er habe nichts von den BTM gewusst, sondern sei davon ausgegangen, es werde mit Kleidern und Schuhen gehandelt. Der EGMR sah die Verfahrensfairness verletzt. Unter Bezugnahme auf seine Grundsätze aus dem Urteil *Bannikova*¹⁵ hob der Gerichtshof hervor, dass gerade bei einem streitigen Sachverhalt der Beweisaufnahme eine erhebliche Bedeutung bei der Wahrung der Verfahrensfairness zukomme. Die Verurteilung beruhe hier allein auf Aussagen der Verdeckten Ermittler. Diese seien vor den rumänischen Gerichten nicht befragt worden. Insgesamt kam der EGMR zum Ergebnis, dass eine unzureichende Aufklärung des Vorwurfs der Tatprovokation vorgelegen habe. Auch hier bleibt die Erkenntnis, dass sich der Gesichtspunkt *Fairness durch Verfahren* zunehmend als Begründungselement in der Rechtsprechung durchsetzt und eine gegenüber der materiellen Prüfung eines möglicherweise erfolgten Verfahrensverstößes eigenständige Bedeutung bei der Überprüfung einer Konventionsgarantie erhält, ähnlich wie dies bei Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) und Art. 3 EMRK (Folter- und Misshandlungsverbot) der Fall ist¹⁶ oder in anderen Konstellationen (z.B. Verfahrensdauer) vom EGMR über das Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf (Art. 13 EMRK) statuiert wird.

III.

Tatprovokation als menschenrechtliche Grenze verdeckter Ermittlungen – Zusammenfassung

Der Einsatz von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern ist menschenrechtlich nicht generell unzulässig (dazu noch unter V.). Wie der EGMR schon in den Urteilen *Lüdi*¹⁷ und *Teixeira*¹⁸ hervorgehoben hat, sind verdeckte Ermittlungen – soweit im Einzelfall erforderlich – durchaus legitim (*legitimate undercover techniques / infiltration*). Eine wichtige Vorfrage ist dabei stets, ob staatliche Stellen für die Begehung einer etwaigen Straftat verantwortlich sind, d.h. diese veranlasst haben.

14 EGMR *Ali/Rumänien*, 9.11.2010, 20307/02.

15 EGMR *Bannikova/Russland* (Fn. 12).

16 Vgl. Esser in: Löwe/Rosenberg, Großkommentar StPO, 26. Aufl. 2011, Band 11, Art. 2 EMRK Rn. 33 ff., Art. 3 EMRK Rn. 21 ff.

17 EGMR *Lüdi/Schweiz*, 15.6.1992, 124233/86, Serie A Nr. 238 = NJW 1992, 3088 = StV 1992, 499.

18 EGMR *Teixeira de Castro/Portugal* (Fn. 5).

Dogmatisch klar trennt der Gerichtshof dabei zwischen einer zulässigen verdeckten Ermittlungsarbeit (*undercover work*) und einer menschenrechtlich nicht mehr akzeptablen Tatprovokation (*incitement / entrapment*). Wichtigstes Kriterium ist dabei, ob das Verhalten der betroffenen Person lediglich passiv untersucht wird (*investigate criminal activity in an essentially passive manner*) bzw. eine bereits bestehende Straftat lediglich »begleitet« wird (*merely join and on-going offence*), oder ob eine Person aktiv zur Begehung einer Straftat veranlasst wird (*exert influence ... as to incite*). Ebenfalls von zentraler Bedeutung ist der Aspekt, ob die Straftat auch ohne den staatlichen Beitrag begangen worden wäre. Hier geht der Gerichtshof von einer reinen Kausalitätsprüfung aus; eine bestimmte Bewertung des Beitrags – etwa nach seiner Schwere oder seiner Bedeutung für den letztlich zu Tage getretenen Willen zur Tatbegehung – erfolgt in der Rechtsprechung des EGMR nicht.¹⁹

Kriterien für ein (»*non-passive*« und damit unzulässiges) *incitement* sind: das Nicht-Bestehen verlässlicher (*verifiable*) Verdachtsmomente (*good reasons / predisposition*) bzw. entsprechender Informationen über eine Tatgeneigtheit der betroffenen Person. Für eine Tatprovokation spricht die Erzeugung von Zwang (*pressure*), worunter auch die Vermittlung eines psychischen Zwangs gefasst wird. Entscheidend soll dabei sein, von wem die Initiative ausgeht. Eine Zwangswirkung kann auch durch ein wiederholtes Herantreten, ein regelrechtes Anpreisen oder durch das Vorliegen eines »Hilferufes« entstehen. Für eine fairnesswidrige Provokation spricht es tendenziell, wenn die mutmaßlich verleitete Person bislang keine Vorstrafen, insbesondere keine einschlägigen Vorverurteilungen aufzuweisen hat, wobei umgekehrt das Vorliegen entsprechender Vorstrafen nicht zwingend darauf schließen lässt, dass im konkreten Fall keine Tatprovokation erfolgt ist.²⁰ Ob eine kriminelle Aktivität, an der der Staat lediglich teilgenommen hat, bereits zum Zeitpunkt der staatlichen Einwirkung vorlag, beurteilt der Gerichtshof letztlich anhand eines Bündels von Indizien. Im Bereich von BTM-Delikten soll es eine Rolle spielen, ob der Betroffene zum Zeitpunkt der »Ansprache« mit den marktüblichen Preisen von Rauschmitteln vertraut ist, über Beschaffungsmöglichkeiten verfügt, und ob bei ihm ein bestimmtes Gewinnstreben erkennbar wird. Für eine Provokation können schließlich prozedurale Umstände sprechen, etwa dass eine verdeckte Ermittlung weder richterlich angeordnet noch überwacht wird. Für die Anordnung und Kontrolle verdeckter Ermittlungen verlangt der Gerichtshof klare, vorhersehbare Verfahrensregeln.

¹⁹ Anders in der deutschen Rechtsprechung, wonach eine unzulässige Tatprovokation erst anzunehmen sei, wenn der Täter durch den Staat zur Tat erheblich stimuliert worden ist. Vgl. BGHSt 45, 321 (338 f.) = NJW 2000, 1123 (1127); 47, 44 (47) = NJW 2001, 2981 (2981 f.); Conen, Stefan: Die neuere Rechtsprechung des EGMR zur unzulässigen Tatprovokation – neue Chancen zur Verteidigung in entsprechenden Konstellationen?, StRR 3/2009, S. 84-86 (84).

²⁰ Vgl. EGMR Constantin u. Stoian/Rumänien, 29.9.2009, 23782/06 u. 46629/06, § 55; Malininas/Litauen (Fn. 11), § 36.

Auf der zweiten Stufe des Prüfungsschemas geht es darum, ob das von den nationalen Gerichten angewandte Verfahren zur Überprüfung einer behaupteten Tatprovokation den Vorgaben der Verfahrensfairness entsprochen hat. Der Beschuldigte (und nicht selten spätere Angeklagte) muss die Möglichkeit haben, in einem adversatorischen, gründlichen, umfassenden und abschließend auf die Prüfung des Vorliegens einer Provokation ausgerichteten Verfahren deren tatsächliche Umstände zu überprüfen. Dabei müssen die nationalen Gerichte auch die von den staatlichen Stellen für die Notwendigkeit einer verdeckten Ermittlung angeführten Gründe einer genauen Prüfung unterziehen. Es kommt maßgeblich auf Art und Ausmaß des polizeilichen Einsatzes an, ebenso auf das Vorliegen jedweder staatlicher »Initiative« oder eines ausgeübten Zwangs. Ein Geständnis des Beschuldigten macht diese Untersuchung keinesfalls entbehrlich.

Die Beweislast für das Fehlen einer Tatprovokation liegt auf Seiten der Justiz. Faktisch zwingt dieser Umstand die Strafverfolgungsbehörden zu einer umfassenden Überwachung und Dokumentation verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Im jüngst veröffentlichten Urteil *Lalas*²¹ äußert sich der Gerichtshof detailliert zu der Frage, welches Beweismaterial in einer gerichtlichen Hauptverhandlung als gesperrt eingestuft und dementsprechend bei der Beweisverwertung ggf. unberücksichtigt bleiben darf bzw. muss. Er stellt die Maxime auf, dass ein Verdeckter Ermittler, der mutmaßlich in eine Provokation verstrickt ist, in der Regel in der Hauptverhandlung vernommen werden soll. Wird auf seine Einvernahme verzichtet, so sind dafür überzeugende, detaillierte Gründe anzugeben (*detailed reasons*). Simulationsmodelle, wie sie offensichtlich in der litauischen Strafprozessordnung Verwendung finden, müssen in der mündlichen Verhandlung in jedem Fall offengelegt werden.²²

IV.

Tatprovokation – Rechtsfolge: Verstoß gegen das Fairnessgebot (fair trial)

Kommt es zu einer nach den vorgenannten Kriterien menschenrechtswidrigen Tatprovokation, so wirkt sich das zum einen auf die Beweis*gewinnung*, zum anderen auf die Beweis*verwertung* aus. Schon im Urteil *Teixeira* (1998) hat der Gerichtshof klar zum Ausdruck gebracht, dass ein Betroffener durch eine unzulässige Tatprovokation von Anfang an seines Rechts auf ein faires Verfahren beraubt wird.²³ Dies zwingt dazu, eine solche nicht mehr passive Ermittlungstätigkeit von Anfang an bzw. umgehend nach ihrer Entdeckung einzustellen. Kommt es gleichwohl zu einer demnach rechtswidrigen Beweisgewinnung, so ist das Gericht auf der

21 EGMR *Lalas*/Litauen, 1.3.2011, 13109/04.

22 EGMR *Ramanauskas*/Litauen (Fn. 3), § 71; *Malininas*/Litauen (Fn. 11), § 36.

23 EGMR *Teixeira de Castro*/Portugal (Fn. 5), § 39 (»that intervention and its use [...] meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial«).

Beweisverwertungsebene gehalten, eine gründliche Prüfung des Aktenmaterials vorzunehmen. Bemerkenswert ist die Aussage des Gerichtshofs: »*All evidence obtained as a result of police incitement must be excluded.*«²⁴ Keinen Zweifel lässt der EGMR daran, dass unabhängig von der Frage der Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung die Beweisverwertung selbst einen eigenständigen Konventionsverstoß hervorrufen kann.²⁵ Die Konventionswidrigkeit ist allerdings nicht indiziert, wenn die Verurteilung nicht auf den erlangten Beweisen beruht.²⁶ Dies verdeutlicht, dass Beweisgewinnung und Beweisverwertung unter Fairnessgesichtspunkten am Ende doch enger verzahnt sind als dies aus der nationalen Strafrechtsordnung geläufig ist.

Was folgt nun aus einem vom EGMR als Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz eingestuftem Verfahrensmangel für das konkrete Verfahren? Der EGMR selbst kann, da seine Urteile keine kassatorische Wirkung besitzen, nur das konventionswidrige staatliche Verhalten feststellen und eine Entschädigung zusprechen (Art. 41 EMRK); eine Lösung im nationalen Recht vorzuschlagen, d.h. einen Weg vorzugeben, wie der Staat auf diesen Mangel reagieren soll, kommt dem Gerichtshof grundsätzlich nicht zu.²⁷ Der Staat muss sich an diesen Vorgaben orientieren (Befolgungspflicht, Art. 46 Abs. 1 EMRK). Ausgehend von der Formulierung, dass ein Betroffener durch eine rechtswidrige Tatprovokation von Anfang an und endgültig seines Rechts auf ein faires Verfahren beraubt wird (*Teixeira de Castro / Malinas*), bieten sich verschiedene Lösungsansätze zur Behebung dieses anfänglichen, nicht mehr kompensationsfähigen Verfahrensmangels an.

Am weitesten geht die Forderung nach einem anfänglichen Strafverfahrenshindernis.²⁸ Dafür finden sich zwar in der Rechtsprechung des EGMR keine zwingenden Vorgaben, was allerdings aus der oben erwähnten Feststellungswirkung der Urteile resultiert und für die Vertragsstaaten kein taugliches Argument für den Verzicht auf Überlegungen in diese Richtung darstellt.

Schon deutlicher wird der Gerichtshof mit der Forderung nach einem Beweisverwertungsverbot. Im Urteil *Khudobin* ist die Formulierung zu finden:

»*Domestic law should not tolerate the use of evidence obtained as a result of incitement by State agents. If it does, domestic law does not ... comply with the fair trial principle.*«²⁹

24 EGMR *Teixeira de Castro/Portugal* (Fn. 5), § 36; bestätigt in EGMR *Vanyan/Russland* (Fn. 6), § 49; *Ali/Rumänien* (Fn. 14), §§ 102 ff.

25 Vgl. EGMR *Vanyan/Russland* (Fn. 6), § 49.

26 EGMR *Sequeira/Portugal*, 20.10.2009, 18545/06; *Eurofinacom/Frankreich*, 7.9.2004, 58753/00, ECHR 2004-VII.

27 Vgl. Esser, Robert, in: *Löwe/Rosenberg, Großkommentar zur StPO*, 26. Aufl. 2011, Band 11, EMRK, Teil II (Verfahren) Rn. 219.

28 So bereits Esser, Robert: *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*, S. 175 ff., Dissertation, Berlin 2002.

29 EGMR *Khudobin/Russland*, 26.10.2006, 59696/00, ECHR 2006-XII, § 133.

Diese Vorgaben darf man sicherlich dahingehend verstehen, dass ein Beweisverwertungsverbot das Mindeste ist, was die Straßburger Rechtsprechung als prozessuale Reaktion auf eine »materiell« erwiesene (sei es nach Beweislastgrundsätzen) Tatprovokation fordert.³⁰ Warum der Beschuldigte dann allerdings noch ein Ermittlungsverfahren über sich ergehen lassen soll, obwohl es sich um einen unheilbaren anfänglichen Mangel dieses Verfahrens handelt, ist nicht erkennbar. Schließlich bestünde immer noch die Gefahr für den Beschuldigten, dass ein unter dem Eindruck der Provokation abgelegtes Geständnis in der Hauptverhandlung verwertet wird.³¹ Die überzeugende Lösung ist daher die Annahme eines (anfänglichen) Strafverfahrenshindernisses.³²

Der BGH nimmt die Ansätze der Straßburger Judikatur zwar mittlerweile zur Kenntnis, kommt aber unter beharrlicher Verweigerung ihrer Umsetzung weiterhin zu einem »flexiblen« Strafmilderungsmodell (Strafzumessungslösung), für das sich in der Rechtsprechung des EGMR keinerlei Ansätze finden.³³

V. Menschenrechtliche Grenzen des Einsatzes von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern unterhalb der Schwelle der Tatprovokation

1. Terminologische Ausgangslage

Ausgehend von den Überlegungen, die oben bereits zur Tatprovokation skizziert wurden, soll noch kurz auf die Grenzen und Garantien eingegangen werden, die der EGMR aus der Perspektive der Menschenrechte für den »passiven« Einsatz von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern formuliert. Dabei sind zunächst die Begrifflichkeiten einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Der EGMR verwendet den Terminus *informer* für V-Leute und den des *undercover agent* für Verdeckte Ermittler.³⁴ Einen klassischen *undercover agent*, wie ihn der angloamerikanische

31 So lag der Fall bei BayObLG NStZ 1999, 527 = StV 1999, 631 = JR 2000, 256.

32 So auch Sinner, Stefan / Kreuzer, Arthur: Kein Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch Lockspitzel, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, StV 3/2000, S. 114-117 (117); Kudlich, Hans: Unzulässiger Einsatz eines Lockspitzels gegen einen Unverdächtigen, JuS 10/2000, S. 951-955 (954); Conen, Stefan (Fn. 19), 85. Für die Annahme eines Strafausschließungsgrundes: Roxin, Claus: Zu den Auswirkungen der staatlich veranlaßten Verleitung einer nicht tatgeneigten Person auf die Strafverfolgung, JZ 7/2000, S. 369-371 (369 f.).

33 Das Festhalten des BGH an seiner Rspr. wird in der Lit. zahlreich kritisiert; vgl. die Anmerkungen zu BGHSt 45, 321: Roxin, Claus (Fn. 32), 369; Endriß, Rainer / Kinzig, Jörg: »Strafzumessungslösung« auch bei konventionswidrigem Lockspitzeinsatz, NStZ 5/2000, S. 269-274 (271); Sinner, Stefan / Kreuzer, Arthur (Fn. 32), 114. Der BGH hat seine Rspr. in BGHSt 47, 44 = NJW 2001, 2981 nochmals bestätigt. Das BVerfG (NJW 1987, 1874) hat diese Rspr. bereits früh für verfassungsgemäß erachtet.

34 Vgl. EGMR van Mechelen u.a./Niederlande, 23.4.1997, 21363/93, Rep. 1997-III = StV 1997, 617 (Verdeckte Ermittler); Bykov/Russland (GK), 10.3.2009, 4378/02, NJW 2010, 213 = JR 2009, 514 (V-Person).

Rechtskreis kennt, ist dem deutschen Strafprozessrecht allerdings fremd. Gleichwohl wird man die Kriterien, die der Gerichtshof zum *undercover agent* entwickelt, auf den Verdeckten Ermittler, wie er dem deutschen Recht bekannt ist (§§ 110 ff. StPO), anwenden müssen. In den meisten Fällen, in denen sich der Gerichtshof mit verdeckten Ermittlungen zu befassen hatte, ging es nicht um Geheimdienste und Agenten sondern um staatlich eingesetzte Polizeibeamte, die unserem Begriff des Verdeckten Ermittlers aus der StPO weitgehend entsprechen.

Beim Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen stehen zwei Menschenrechte im Mittelpunkt der Betrachtung: zum einen der Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK), zum anderen der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) als Teil der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Da die EMRK selbst keine spezielle Regelung für verdeckte Ermittlungen enthält, waren die hierfür maßgeblichen menschenrechtlichen Vorgaben und Grenzen vom Gerichtshof im Wesentlichen am *fair trial*-Prinzip zu entwickeln. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen dabei zwei Grundsatzurteile des EGMR: *Allan* gegen das Vereinigte Königreich (2002)³⁵ und *Bykov* gegen Russland (2009)³⁶.

Die von den Vertragsstaaten immer wieder behauptete Notwendigkeit eines Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und V-Personen hat der EGMR mittlerweile in ständiger Rechtsprechung akzeptiert, auch und gerade für den Bereich der Organisierten Kriminalität und der Korruptionsbekämpfung. Zugleich mahnt er aber klare Grenzen für solche verdeckten Ermittlungen an (*clear limits*).³⁷ Das gilt auch für die Bekämpfung von Delikten der Organisierten Kriminalität. Die menschenrechtlich zulässige Grenze verdeckter Ermittlungen ist jedenfalls dann erreicht, wenn dem Betroffenen gezielt eine Falle gestellt wird (*entrapment*)³⁸, ein Begriff, der den Bereich der Tatprovokation geprägt hat³⁹.

Der Einsatz von V-Personen (*anonymous informants*) stellt nach Ansicht des EGMR eine zulässige Quelle für eine beginnende Ermittlungstätigkeit dar. Zugleich mahnt der EGMR aber an, dass im späteren Verfahren angemessene und ausreichende Sicherheiten gegen einen Missbrauch dieser Maßnahme vorliegen müssen. Erforderlich sei ein klares und vorhersehbares Verfahren für die Anordnung, Durchführung und Überwachung der Ermittlungsmaßnahme.⁴⁰ Schon diese Vorgaben machen deutlich, dass der Gerichtshof – anders als das deutsche Recht – nicht formal zwischen Informanten und V-Personen differenziert sondern sich der Problematik »materiell« unter Fairnessgesichtspunkten nähert – ein typisch menschenrechtlicher Ansatz.

35 EGMR *Allan/UK*, 5.11.2002, 48539/99, ECHR 2002-IX = StV 2003, 257 m. Anm. Gaede = JR 2004, 127 m. Anm. Esser.

36 EGMR *Bykov/Russland* (Fn. 34).

37 EGMR *Ramanauskas/Litauen* (Fn. 3), § 51.

38 EGMR *Allan/UK* (Fn. 35), §§ 43, 46.

39 Vgl. EGMR *Bannikova/Russland* (Fn. 12), §§ 35 ff.

40 EGMR *Bykov/Russland* (Fn. 34), §§ 80 f.

Für die Tätigkeit Verdeckter Ermittler (in der Terminologie des Gerichtshofs: *undercover agents*) werden über die erforderlichen Sicherheiten (*safeguards*) hinaus zusätzlich noch »*clear restrictions*« vom Gerichtshof verlangt.⁴¹ Als prozessuale Folge taucht auch hier die Forderung auf, dass keine Beweise (*use of evidence*) verwertet werden dürfen, die aus einer Tatprovokation stammen.⁴²

2. Verbot »vernehmungähnlicher Zwangssituationen«

Im Grundsatzurteil *Allan* gegen das Vereinigte Königreich⁴³ war einem U-Häftling ein Zellspitzel (Z) auf die Zelle gelegt worden. Die Gespräche zwischen A und Z sollten akustisch überwacht werden. A hatte zuvor wiederholt von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. Er stand unter großem Vernehmungsdruck. Das Gespräch mit dem Zellspitzel wurde vom EGMR im Ergebnis als *funktionales Äquivalent einer Vernehmung* angesehen (*functional equivalent of an interrogation*).⁴⁴ Der Gerichtshof nahm zunächst einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK an, da für die akustische Überwachung der Gespräche zum Zeitpunkt der Überwachung keine *gesetzliche* Grundlage i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK bestanden habe. Spannender war allerdings die Frage, ob der EGMR auch zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK gelangen würde. Der Gerichtshof ging aufgrund der U-Haft-Situation und der Tatsache, dass der A bereits mehrfach seinen Willen zu schweigen geäußert hatte, von einer Drucksituation aus, die noch aus den vorangegangenen Vernehmungen stammte. Dadurch habe ein psychologischer Druck bestanden, sich dem Zellenossen anzuvertrauen. Die entscheidende Frage war nun, ob im vorliegenden Fall von Zwang oder lediglich von einer Täuschung auszugehen war – dies vor dem Hintergrund, dass dogmatisch zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht klar war, ob der *nemo tenetur*-Grundsatz im europäischen Kontext nur vor Zwang oder auch vor Täuschung schützen würde. Der EGMR stellt zunächst klar, dass das Selbstbelastungsprivileg *nemo tenetur* im Wesentlichen ein Wahlrecht beinhaltet: zu schweigen oder eine Aussage zu machen; daher könne der *nemo tenetur*-Grundsatz grundsätzlich auch durch eine Täuschung verletzt sein.⁴⁵

41 EGMR *Ramanauskas/Litauen* (Fn. 3), § 54; *Malininas/Litauen* (Fn. 11), § 34.

42 EGMR *Teixeira de Castro/Portugal* (Fn. 5), §§ 35 f.; *Khudobin/Russland* (Fn. 29), § 128; *Vanyan/Russland* (Fn. 6), §§ 46 f.; *Ramanauskas/Litauen* (Fn. 3), § 54.

43 EGMR *Allan/UK* (Fn. 35).

44 EGMR *Allan/UK* (Fn. 35), § 51.

45 EGMR *Allan/UK* (Fn. 35), § 50 (»[...] the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way»; "Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit from the suspect confessions or other statements of an incriminatory nature which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.«

Im vorliegenden Fall konzentriert sich der Gerichtshof dann allerdings auf das Zwangselement. Der Zellschreiber sei die einzige Kontaktperson des Betroffenen gewesen. Es habe ein hoher psychologischer Druck bestanden, bedingt durch die Haftsituation und die zurückliegenden Vernehmungen. Das Täuschungselement habe darin bestanden, dass der Bf. vorher sein Schweigerecht ausgeübt habe; eine bemerkenswerte Argumentation vor dem Hintergrund, dass A immerhin ahnte, dass seine Zelle abgehört wurde.⁴⁶ Im Ergebnis hat der Gerichtshof sich auf die Feststellung beschränkt, dass Art. 6 EMRK wegen einer unzulässigen Zwangswirkung (*psychological pressures which impinged on the 'voluntariness' of the disclosures*)⁴⁷ verletzt sei und damit offen gelassen, wann eine Täuschung (*subterfuge*) – ohne Zwangswirkung – das nemo-tenetur-Prinzip verletzen kann.⁴⁸

Rechtsfolge in Bezug auf die durch eine solche vernehmungsmäßige Zwangssituation erlangten Beweise kann nur ein Verwertungsverbot sein:

»In those circumstances, the information gained [...] may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination.«⁴⁹

3. Nemo tenetur und der Schutz vor Täuschung?

Etwas mehr Klarheit in der Frage, ob der nemo-tenetur-Grundsatz auch durch einen bestimmten Grad an Täuschung verletzt werden kann, hat der Fall *Bykov* gegen Russland gebracht.⁵⁰ B beauftragte den V, seinen früheren Geschäftspartner (S) zu töten. V wandte sich an den russischen Geheimdienst FSB. Der Tod des S wurde sodann vom FSB vorgetäuscht. Der vermeintliche Auftragsmörder V suchte den Auftraggeber B auf (polizeilich instruiert), nachdem in den Medien vom Tod des S berichtet wurde. Das Gespräch wurde mit technischen Mitteln abgehört. V wurde im Gästehaus des B empfangen. Es kam zur Übergabe persönlicher Gegenstände des S von V an B (u.a. Uhren, 20.000 USD). Am Ende erfolgte eine Durchsuchung der Räumlichkeiten und die Festnahme des B.

46 EGMR Allan/UK (Fn. 35), § 38.

47 EGMR Allan/UK (Fn. 35), § 52.

48 EGMR Allan/UK (Fn. 35), § 50.

49 EGMR Allan/UK (Fn. 35), § 52. Zur Umsetzung dieses Verbots der Schaffung und Ausnutzung eines »funktionalen Äquivalents einer staatlichen Vernehmung« siehe: BGHSt 52, 11 = NStZ 2007, 714 (vernehmungsmäßige Befragung durch VE während Hafturlaub – Beweisverwertungsverbot, Tz. 17); BGH NStZ 2009, 343 (Fall »Pascal« – Selbstbelastende Angaben gegenüber einem VE nach Ausübung des Schweigerechts unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses – Beweisverwertungsverbot, Tz. 7; kein Beruhen im konkreten Fall); BGHSt 53, 294 = NStZ 2009, 519 (Besuchsraum U-Haft – Beweisverwertungsverbot, Tz. 51); BGHSt 55, 139 = NStZ 2010, 527 (»Bandidos«; Verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangseinwirkung – Beweisverwertungsverbot, Tz. 27); siehe auch: OLG Zweibrücken NStZ 2011, 113 (Verbot verdeckter Ermittlungen nach der sog. Cold-Case-Technik, d.h. mittels Herstellung eines Vertrauensverhältnisses zum Verdächtigten durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation, wobei er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird).

50 EGMR Bykov/Russland (Fn. 34); hierzu auch: Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsamirikakis, Michael: Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010, Teil II, S. 140-149 (143).

Einen Verstoß gegen das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) nahm der Gerichtshof an, da eine hinreichend konkrete *gesetzliche* Grundlage i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK gefehlt habe. Diese muss hinreichend klar formuliert sein und Schutz vor Willkür bieten, insbesondere bei verdeckten Ermittlungen. Hier sei es um die verdeckte Aufnahme privater Gespräche durch einen Funksender gegangen. Die Grundsätze des Art. 8 EMRK zur Telefonüberwachung⁵¹ erklärt der Gerichtshof auch für den Einsatz von Funksendern anwendbar. Die Reichweite der gesetzlichen Befugnis zum Einsatz solcher Sender müsse klar und eindeutig aus der *gesetzlichen* Regelung hervorgehen. Das russische Gesetz kannte nur den Terminus »operative Experimente«, der dem Gerichtshof zu unbestimmt erschien.

Neben der Verletzung des Art. 8 EMRK – Fehlen der *gesetzlichen* Grundlage für den Einsatz der V-Person und des technischen Mittels (Funksender) – stand die Frage der Verwertbarkeit der gewonnenen Beweise im Mittelpunkt der Entscheidung. Den möglichen Verstoß gegen das faire Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) prüft der EGMR zweistufig. Zunächst geht er der Frage nach, ob die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse unter dem Gesichtspunkt der *Zuverlässigkeit des Beweismittels* menschenrechtlich akzeptabel ist. Er fordert ein *Verfahren* für die Beweisgewinnung und -verwertung, dass den Grundsätzen der Fairness entsprechen muss. Der Betroffene muss die Zuverlässigkeit des Beweises effektiv in Frage stellen können. Im konkreten Fall genügte dem EGMR das durchgeführte gerichtliche Verfahren (einschließlich Rechtsmitteln). Es sei eine begründete gerichtliche Entscheidung zur Frage der Verwertbarkeit der Beweise ergangen. Zudem sei der aus der konventionswidrigen Beweiserhebung (Art. 8 EMRK) gewonnene Beweis nicht der einzige gewesen, auf den die Verurteilung gestützt worden sei.

Mit mehr Spannung zu erwarten war die zweite Prüfungsstufe: der mögliche Verstoß gegen das Schweigerecht (*nemo tenetur*) und konkret die Frage, ob aus diesem Grundsatz ein weitreichendes Täuschungsverbot abgeleitet werden kann. Der Beschwerdeführer selbst hatte vorgebracht, seine Verurteilung beruhe auf »List und Tücke«. Der EGMR konnte sich im Ergebnis allerdings nur zu einem restriktiven Ansatz durchringen. Im konkreten Fall sei der Empfang der V-Person auf privatem Grund erfolgt. Es habe ein persönliches Verhältnis bestanden zwischen den Akteuren, das keinerlei Aussagedruck vermittelt habe. Anders als in der U-Haft-Situation (*Allan*) habe kein Zwang oder Druck zum Gespräch bestanden. Es sei zudem keine direkte Verwertung des Gesprächs als Geständnis erfolgt; dieses sei nur als Teil einer komplexen Reihe an Beweisen verwertet worden.

⁵¹ Vgl. EGMR Huvig/Frankreich, 24.4.1990, Serie A Nr. 176-B = ÖJZ 1990, 567, §§ 29, 32; Amann/Schweiz (GK), 16.2.2000, ECHR 2000-II = ÖJZ 2001, 71, § 56; Valenzuela Contreras/Spanien, 30.7.1998, Rep. 1998-V = ÖJZ 1999, 510, § 46.

Im Ergebnis lehnte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK ab. Zu erwähnen sind aber durchaus kritische Sondervoten, die eine Tendenz zu strengeren Beweisverwertungsregeln i.R.d. Art. 6 EMRK deutlich erkennen lassen.⁵²

VI. VE-/VP-Einsatz – Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Was folgt nun aus dem Urteil *Bykov* für das deutsche Recht? Aufgeworfen ist vor allem die Frage, ob der V-Personen-Einsatz im deutschen Recht noch den menschenrechtlichen Vorgaben der EMRK entspricht, ebenso, ob V-Personen auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen private Grundstücke betreten oder allgemein Eingriffe ins Privatleben vornehmen dürfen. Den Charakter einer *gesetzlichen* Grundlage, wie sie der EGMR an dieser Stelle fordert (siehe oben), wird man dem § 161 StPO schlicht absprechen müssen.⁵³ Gleiches gilt hinsichtlich der Vorgaben aus Art. 6 EMRK. Auch hier formuliert der EGMR eindeutige Grenzen (*bounds*) für verdeckte Ermittlungen. Erinnerung sei nochmals an die »Notwendigkeit eines klaren vorhersehbaren Verfahrens sowohl für die Anordnung als auch für die Überwachung verdeckter Ermittlungen«. Kritisch geäußert hat sich der EGMR zu einem rein administrativ angeordneten Einsatz von V-Personen durch eine Stelle, die später die Operation auch durchführte.⁵⁴ Ebenso problematisch erscheint eine lückenhafte Begründung in der Anordnung eines V-Personen-Einsatzes; insbesondere in Bezug auf den Zweck eines Testkaufes (*Bannikova*)⁵⁵. Größter Kritikpunkt bleiben verdeckte Ermittlungen, die keiner gerichtlichen Kontrolle oder einer anderen unabhängigen Überwachung unterliegen.⁵⁶

52 Hierzu auch: Gaede, Karsten: Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen, JR 12/2009, S. 493-502 (496 ff.).

53 Vgl. hierzu aber im deutschen Recht: BGHSt 55, 138 = NJW 2010, 3670 = StV 2010, 465, Rn. 18; BGHSt 51, 211 = NJW 2007, 930 = StV 2007, 115, Rn. 21; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 161 StPO Rn. 1; KK-StPO/Griesbaum, 6. Aufl. 2008, § 161 StPO Rn. 1; Hilger, NStZ 2000, 561 (564).

54 EGMR Khudobin/Russland (Fn. 29).

55 EGMR Bannikova/Russland (Fn. 12).

56 Kritisch hierzu schon EGMR Teixeira de Castro/Portugal (Fn. 5), § 38.

VII. Fazit

Was folgt aus den Urteilen *Allan* und *Bykov* für die Verwertbarkeit konventionswidrig erlangter Beweise? So eindeutig die Vorgaben des EGMR zur Tatprovokation und zum Verbot vernehmungsfähnlicher Zwangssituationen (*Allan*) sind (Nichtverwertbarkeit der erlangten Beweise), wird man bei der Suche nach der prozessualen Folge sonstiger Konventionsverstöße (etwa nach Art. 8 EMRK) im Zusammenhang mit verdeckten Ermittlungen zu der Erkenntnis gelangen müssen, dass Menschenrechte als Mittel für die Formulierung konkreter Vorgaben für das Strafverfahren auch ihre Grenzen haben. Für die Verwertbarkeit konventionswidrig erlangter Beweise fordert der EGMR, dass das Strafverfahren auch in diesem Punkt (Beweisverwertung) fair durchgeführt wird.⁵⁷ Dem Angeklagten muss daher jedenfalls (aber auch lediglich) die Gelegenheit gegeben werden, die Echtheit des Beweises in Frage zu stellen und seiner Verwertung zu widersprechen. Eine etwaige Verurteilung darf zudem nicht allein auf dem konventionswidrig erlangten Beweis beruhen. Strengere Verwertungsverbote bestehen bislang nur bei einer Verletzung von Art. 3 EMRK und eben für den Bereich der Tatprovokation und die vernehmungsfähnliche Zwangssituation.

⁵⁷ EGMR Schenk/Schweiz, 12.7.1988, 10862/84, Serie A Nr. 140 = NJW 1989, 654; Barberà u.a./Spanien, 6.12.1988, 10590/83, Serie A Nr. 146.