

## Verdeckte Ermittlungen – Ein Überblick über Rechtsprechung und österreichische Praxis zum „agent provocateur“

Ein jüngst ergangenes Urteil des EGMR im Zusammenhang mit Tatprovokationen<sup>1</sup> hat das Potential, die bisherige österreichische Rechtsprechung auf den Kopf zu stellen. Zukünftig könnten durch eine in unzulässiger Weise provozierte Strafbegehung gewonnene Beweise unberücksichtigt bleiben (müssen). Der vorliegende Beitrag gibt einen kurzen Einblick in die aktuelle Entwicklung und deren potentielle Auswirkungen auf die zukünftige Rechtsprechung.

**Deskriptoren:** Tatprovokation, verdeckter Ermittler, agent provocateur.

**Normen:** Art 6 EMRK, § 54 SPG, § 131 StPO.

Von Arthur Machac und Madlene Mohnl

### 1. Einleitung

Das genannte, im vorigen Herbst ergangene Urteil des EGMR „*Furcht gegen Deutschland*“ gibt erneuten Anlass, die Tätigkeit der verdeckten Ermittlung genauer zu beleuchten. In diesem Urteil stellte der EGMR erstmals fest, dass die Strafmilderung keine Wiedergutmachung der Tatprovokation darstellt und es daher nicht zum Entfall der Opfereigenschaft kommen kann. Die Geltendmachung einer Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK durch das Opfer kann dadurch nicht ausgeschlossen werden. In weiterer Folge müssen bei in unzulässiger Weise provozierten Strafbegehungen alle durch die Tatprovokation gewonnenen Beweise unberücksichtigt bleiben. Auswirkungen dieses Urteils auf Österreich und die Rechtsprechung des OGH werden nicht lange auf sich warten lassen können.

### 2. Die Rechtsprechung des EGMR

#### 2.1. Bisherige wichtige Urteile

In seiner früheren Rechtsprechung, insbesondere in seinen Urteilen „*Teixeira de Castro gegen Portugal*“ und „*Ramanauskas gegen Litauen*“ legt der EGMR bereits fest, dass zwischen der legitimen verdeckten Ermittlung und unzulässiger, menschenrechtswidriger Tatprovokation unterschieden werden muss. Dabei versteht er ver-

deckte Ermittlung als eine rein passive Untersuchung einer bestehenden Straftat („mere passive investigation of existing criminal activity“). Jeden Einsatz eines Lockspitzels („agent provocateur“) erachtet er dagegen als rechtstaatswidrig, da dieser zum Verstoß gegen den Grundsatz des Rechts auf ein faires Verfahren des Art 6 EMRK führt. Die Grenze der legitimen verdeckten Ermittlung wird dann überschritten, wenn eine Person ohne staatliche Provokation des Lockspitzels die Straftat nicht begangen hätte<sup>2</sup>.

Dabei legt der EGMR unter anderen spezielle Kriterien zur Abgrenzung zwischen erlaubter und rechtswidriger verdeckter Ermittlung fest: Das fehlende Vorliegen verlässlicher Verdachtsmomente und konkreter Hinweise über die Geneigtheit einer Person, eine Tat zu begehen, lassen auf eine nicht-passive und damit unzulässige Anstiftung schließen. Ebenfalls spricht die Erzeugung von Zwang für eine Provokation der Tat. Die Initiative darf nicht vom verdeckten Ermittler ausgehen. Das Verlassen der passiven Haltung kann auch durch wiederholtes Kontaktieren und regelrechtes Anpreisen erfolgen. Auch dadurch kann eine Zwangswirkung entstehen. Eine Provokation, die gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens gem Art 6 EMRK verstößt, wird in der Regel dann angenommen werden können, wenn bislang keine Vorstrafen vorgewiesen werden können, insbesondere keine einschlägigen Verurteilungen. Liegt im umgekehrten Fall bereits eine Verurteilung vor, so kann alleine deswegen nicht darauf geschlossen werden, dass keine Provokation der Tat vorliegt<sup>3</sup>.

#### 2.2. Die Entscheidung „*Furcht gegen Deutschland*“ vom 23.10.2014

Dem jüngsten Urteil des EGMR betreffend die konventionswidrige Tatprovokation durch verdeckte Ermittler

1 EGMR, *Furcht gegen Deutschland* 23.10.2014, Kammer V, Bsw. Nr 54.648/09 (veröffentlicht in JSt 2/2015, 156).

2 Vgl EGMR, *Teixeira de Castro gegen Portugal* 09.6.1998; *Ramanauskas gegen Litauen* 5.2.2008.

3 Vgl *Esser*, Lockspitzel und V-Leute in der Rechtsprechung des EGMR: Strafrechtliche Ermittlungen jenseits der StPO – außerhalb des Gesetzes?, in: Abschied von der Wahrheitssuche, Texte und Ergebnisse des 35. Strafverteidigtages in Berlin (2012) 197 ff.

lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahr 2007 wurde von verdeckten Ermittlern erstmals Kontakt zum deutschen Staatsangehörigen *Furcht* aufgenommen. Gegen diesen bestand zu diesem Zeitpunkt *keinerlei Verdacht einer Beteiligung an einer strafbaren Handlung*, und dieser war zu diesem Zeitpunkt auch *nicht vorbestraft*. Die verdeckten Ermittler wollten lediglich durch ihn Kontakt zu seinem guten Freund und Partner in Immobiliengeschäften (*S.*) herstellen. Gegen *S.* und fünf weitere Personen lief bereits ein Ermittlungsverfahren. Sie baten *Furcht* deshalb, einen Zigaretenschmuggel und in weiterer Folge einen Drogenhandel mit *S.* zu arrangieren. *Furcht* beteuerte, sich selbst nicht an den Geschäften beteiligen zu wollen. Er lehnte anfangs auch die Bekanntmachung der Verdeckten Ermittler mit *S.* ab, stellte jedoch den Kontakt letztlich nach erneuter Bitte und Angebot einer finanziellen Entlohnung her. Nachdem die verdeckten Ermittler seine Befürchtungen hinsichtlich einer drohenden Freiheitsstrafe zerstreut hatten, vermittelte *Furcht* zwei Geschäfte, für die er 2008 vom LG Aachen wegen Drogenhandels zu fünf Jahren Haft verurteilt wurde. Die Strafe wurde wegen des Einsatzes verdeckter Ermittler und deren Verleitung zur Tatbegehung gemildert.

*Furcht* legte Revision beim BGH ein, welche als unbegründet verworfen wurde. Auch das BVerfG lehnte die Behandlung der vom Bf eingebrachten Verfassungsbeschwerde ab.

Daraufhin wandte sich *Furcht* mit der Behauptung einer Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) an den EGMR. Er machte geltend, das Verfahren sei unfair gewesen, da er durch verdeckt ermittelnde Polizisten zur Tat verleitet worden sei und sich seine Verurteilung auf Beweise gestützt habe, die im Wesentlichen durch diese unrechtmäßige Tatprovokation erlangt wurden.

Der EGMR hat eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK in seinem Urteil  *einstimmig* („*the court unanimously holds ...*“ – no dissenting opinion) festgestellt. Er sah das Einschreiten der verdeckten Ermittler als unzulässiges Verleiten zu einem kriminellen Verhalten an, da diese als „agents provocateurs“ die Bereitschaft des Beschwerdeführers zur Begehung der Straftat erst geweckt haben. Die Schwelle des passiven Ermitteln wurde eindeutig überschritten, da auch nach ausdrücklicher Beteuerung des Bf, nicht an kriminellen Geschäften interessiert zu sein, kein Abstand von der weiteren Kontaktaufnahme genommen wurde. Die *Unfairness* des Verfahrens *stand* aufgrund der staatlichen Provokation laut EGMR  *von vornherein fest*, bevor das Verfahren über-

haupt eingeleitet werden konnte und ist daher konventionswidrig („... *would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset*“)<sup>4</sup>. Dieser Aspekt des Verlassens der passiven Haltung eines verdeckten Ermittlers und die zu einer konventionswidrigen Tatprovokation führenden Verhaltensweisen wurden vom EGMR bereits in seinen früheren Urteilen diskutiert und festgestellt<sup>5</sup>.

Wesentlich bedeutender, da bis dahin noch nicht ausdrücklich durch den EGMR judiziert, ist allerdings die Tatsache, dass der EGMR in seinem Urteil vom 23.10.2014 der von den österreichischen und auch den deutschen Höchstgerichten in ständiger Rechtsprechung judizierten *Strafzumessungslösung eine eindeutige Absage* erteilt. Der von der Praxis bis dahin so gehandhabte Ausgleich der Konventionsverletzung durch entsprechende Strafmilderung stellt für den EGMR *keine ausreichende Wiedergutmachung* für die Verletzung von Art 6 EMRK dar („... *it must be concluded that any measure short of excluding such evidence at trial or leading to similar consequences must also be considered as insufficient to afford adequate redress for a breach of Article 6 § 1*“)<sup>6</sup>. Damit das Verfahren dem Art 6 EMRK gerecht wird und somit fair ist, muss es zu einem Abschluss aller durch konventionswidrige Verleitung erlangten Beweise kommen. Oder es muss ein Verfahren mit ähnlichen Konsequenzen ergriffen werden. Die Opferstellung bleibt daher trotz Strafmilderung aufrecht und kann vor dem EGMR geltend gemacht werden<sup>7</sup>.

### 3. Die Rechtsprechung des OGH und des BGH

#### 3.1. OGH 13 Os 73/08x vom 23.07.2008

In diesem Urteil nimmt der OGH Stellung zur Einordnung unzulässiger staatlicher Tatprovokation. Konkret bringt der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde beim OGH ein und behauptet, Opfer solch einer Provokation geworden zu sein. Er gibt an, es habe ursprünglich kein Verdacht gegen ihn bestanden, der verdeckte Ermittler habe ihn jedoch über zwei Jahre hinweg provoziert, seine finanzielle Notlage ausgenutzt und ihn somit zur Tat getrieben. Diese Umstände überschreiten die rechtsstaatliche Grenze der verdeckten Ermittlung in Österreich.

Die Folgen einer solchen unzulässigen Handlung eines Lockspitzels („agent provocateur“) und damit eines Verstoßes gegen Art 6 EMRK enden allerdings bei der Anerkennung dieses Vorgehens als Milderungsgrund bei der Bestrafung (Strafzumessungslösung). Der Täter

4 EGMR, *Furcht* gegen Deutschland 23.10.2014, 47.

5 Siehe insb EGMR, *Teixeira de Castro* gegen Portugal 9.6.1998; *Ramanauskas* gegen Litauen 5.2.2008.

6 Vgl EGMR, *Furcht* gegen Deutschland 23.10.2014, 68.

7 Vgl *Czech*, Weiterbestehen der Opfereigenschaft trotz Strafmilderung wegen Tatprovokation, NLMR 5/2014-EGMR 406 f.

kann trotz nachgewiesener, gesetzwidriger Provokation der Tat verurteilt werden. Begründend führt der OGH dazu aus, dass der Konventionsverstoß nicht auch zugleich für die materielle Straflosigkeit des Täters spricht<sup>8</sup>. Die Gerechtigkeit sei gewahrt, wenn die Verleitung einer nicht tatgeneigten Person zur Ausführung der Straftat durch den verdeckten Ermittler im Urteil ausdrücklich als Konventionsverletzung (Art 6 EMRK) festgestellt wurde und darin des weiteren eine messbare Minderung der Strafe ausdrücklich normiert wurde<sup>9</sup>.

### 3.2. BGH 1 StR 221/99 vom 18.11.1999

Im Juli 1997 sprach eine Vertrauensperson der Polizei einen italienischen Staatsangehörigen in einer Versicherungsangelegenheit an. Im Verlauf des Gesprächs fragte die Vertrauensperson, ob dieser jemanden kenne, der ein Kilogramm Kokain besorgen könnte. Der Italiener erklärte, er sei an solchen Geschäften nicht interessiert und verfüge auch nicht über entsprechende Kontakte. In den folgenden Wochen erfolgten zwei weitere Anfragen durch die Vertrauensperson. Diese stellte dem Angeklagten dabei einen Gewinn in Höhe von etwa 5.000 DM in Aussicht. Der Angeklagte lehnte jeweils erneut ab. Erst nach einer vierten Anfrage, diese erfolgte etwa einen Monat nach der ersten, sagte der Angeklagte zu, er werde sich umhören. Bei der Übergabe von rund einem Kilogramm Kokain an den von der Vertrauensperson herangeführten polizeilichen Scheinaufkäufer und nach Erhalt des Kaufpreises wurden er und zwei weitere Personen festgenommen.

Der BGH stellte fest, dass eine rechtswidrige Provokation der Tat weder ein Verfolgungshindernis noch einen Strafausschließungsgrund darstellt. Auch er urteilt stattdessen, dass die Konventionsverletzung, die sich durch die unzulässige Tatprovokation bzw. die Verwertung der dadurch erlangten Beweise ergibt, durch eine angemessene Strafmilderung ausgeglichen werden kann (Strafzumessungslösung). Dieses Urteil entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH.

### 4. Mögliche Konsequenzen aus der jüngsten EGMR-Judikatur

Es ist zu erwarten, dass sich auch Österreich den Konsequenzen des Urteils „*Furcht* gegen Deutschland“ nicht

verwehren wird können und sich dieses auf die Rechtsprechung des OGH auswirken wird. Sobald sich der verdeckte Ermittler nicht auf das passive Untersuchen eines kriminellen Verhaltens beschränkt und eine Tatbegehung somit in unzulässiger Weise provoziert, müssen, weil dadurch jemand zur Begehung einer Tat verleitet wurde, die sonst unterblieben wäre, alle durch die Tatprovokation erlangten Beweise unberücksichtigt bleiben.

Dies kann dazu führen, dass eine Verfolgung solcher provozierter Straftaten im Grunde nicht (mehr) möglich ist, da es sehr schwierig sein wird, Beweise aufzuzeigen, die nicht mit der Provokation in Zusammenhang stehen<sup>10</sup>.

In der Folge wird die Strafzumessungslösung in Zukunft nicht ausreichen, um der Judikatur des EGMR gerecht zu werden, da diese ein Beweisverwertungsverbot verlangt<sup>11</sup>.

### 5. Die Praxis des verdeckten Ermittlers in Österreich

Verfolgt man in den Medien Berichterstattungen zu laufenden Ermittlungen, so kommt man im beruflichen Juristen-Alltag immer öfter mit dem Phänomen „Verdeckter Ermittler“ in Berührung. Das kriminalpolizeiliche Instrumentarium der Verdeckten Ermittlung zählt seit 1981 zu den österreichischen Mitteln der Verbrechensbekämpfung<sup>12</sup>. Dafür zuständig ist das Büro 5.3 für Verdeckte Ermittlung des Bundeskriminalamtes.

In Österreich finden sich die Rechtsgrundlagen für derartiges Handeln einerseits in § 54 SPG, andererseits in § 131 StPO. Im Rahmen seiner Tätigkeit legt der verdeckte Ermittler weder seine amtliche Stellung offen, noch lässt er seinen Auftrag erkennen. Zugleich mit der Anordnung der verdeckten Ermittlung durch die Staatsanwaltschaft sind eine Kopie der Genehmigung und ebenso Ausfertigungen aller Aktenstücke, die notwendig sind, um die Gründe der Anordnung beurteilen zu können, dem Rechtsschutzbeauftragten zuzustellen<sup>13</sup>.

Da verdeckte Ermittlungen meist systematisch und längerfristig durchgeführt werden, kommt, ausgenommen es handelt sich tatsächlich um einen ausschließlich punktuellen Einsatz, § 131 Abs 2 StPO zur Anwendung. Voraussetzungen für die rechtmäßige Ausführung der qualifizierten verdeckten Ermittlung sind demnach einerseits die bereits erwähnte Anordnung durch die

8 Vgl RIS-Justiz RS0119618.

9 Siehe dazu auch Ratz, ÖJZ 2013, 794 und Kirchbacher/Schroll, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in der Hauptverhandlung, RZ 2005, 116, 140, 170.

10 Fuchs, Verdeckter Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 495.

11 Gaedel/Buermeyer, Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS Heft 6/2008, 279.

12 Siehe dazu Kuhn, Verdeckte Ermittlungen und die damit verbundene Rollenübernahme. Untersuchung der Anforderungen und Herausforderungen (Bachelorarbeit an der FH Wiener Neustadt 2014) 2 ff.

Staatsanwaltschaft. Weiter muss ein Verdacht auf die Begehung einer mit über einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohten Straftat vorliegen, deren Aufklärung bei offenen Maßnahmen wesentlich erschwert wäre. Eine solche verdeckte Ermittlung darf andererseits auch zur Verhinderung einer bevorstehenden Straftat einer strafbaren Gruppe (kriminelle/terroristische Vereinigung, Organisation) eingesetzt werden<sup>14</sup>.

Als Verdeckte Ermittler werden ausschließlich Organe der Kriminalpolizei eingesetzt, die sich im Rahmen eines mehrtägigen Assessmentcenters um die Aufnahme zur Ausbildung bemühen. Diese anschließende 14tägige Ausbildung beinhaltet die Vermittlung der rechtlichen, kriminaltaktischen und logistischen Grundlagen. In einem praktischen Teil werden die Auszubildenden anhand von Rollenspielen, Belastungs- und Konzentrationsübungen trainiert<sup>15</sup>.

Bevor mit der Ausbildung begonnen werden kann, gibt es einige Anforderungsfaktoren, die es zu erfüllen gilt. Diese werden im Rahmen des Assessmentcenters getestet. Es seien beispielhaft aufgezählt:

- Hohe psychische und physische Belastbarkeit
- Unterdurchschnittliche Werte in Aggressivität, Bedürfnis nach Beachtung und Impulsivität
- Intellektuelle Fähigkeiten wie schlussfolgerndes Denken, Problemlösungsfähigkeit und Kreativität
- Kommunikative Fähigkeiten, schauspielerisches Talent und Verhandlungsgeschick
- Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen sowie Kontaktfähigkeit

- Merkfähigkeit, Wahrnehmungs- und Konzentrationsvermögen

Um das Einschleusen der verdeckten Ermittler in das kriminelle Milieu zu erleichtern, werden diese mit einer Scheinidentität ausgestattet („Legende“). Es handelt sich dabei um eine reale Identität, deren Glaubwürdigkeit durch Dokumente, Fahrzeuge, Konten, aber auch Firmengründungen und geheimen Unterkünften unterstützt werden soll. Straftäter sollen diese Identität bei einer allfälligen Überprüfung nicht aufdecken können<sup>16</sup>. In Einzelfällen werden dazu auch (echte) Personalausweise für die verdeckten Ermittler erstellt. Dies ist allerdings nur üblich, wenn im Zuge der verdeckten Ermittlungen im Beisein der verdächtigen Personen Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden müssen. Im Suchtmittelbereich ist die Ausstellung eines solchen Ausweises eher selten und muss gesondert genehmigt werden<sup>17</sup>. Straftaten zu begehen ist natürlich verboten, diese werden auch nicht geduldet, um die Scheinidentität aufrecht zu erhalten und die Legende glaubwürdiger zu machen<sup>18</sup>.

Da verdeckte Ermittler teilweise in drei oder mehr verschiedene Rollen schlüpfen müssen (Polizist – Verdeckter Ermittler/Scheinkrimineller – Ehemann), Geheimhaltungspflichten stets zu beachten sind und dies zu einer großen mentalen Belastung führen kann, werden ihnen zur psychosozialen Betreuung Personalcoaches zur Seite gestellt. Diese Coaches werden als ständige Wegbegleiter sowohl präventiv, als auch in der Lösung von akuten Krisen aktiv und achten stets auf die Veränderungen der Persönlichkeit des Verdeckten Ermittlers<sup>19</sup>.

## Fazit

Nach der jüngsten Entscheidung des EGMR und der immer lauter werdenden Kritik hinsichtlich des Einsatzes von sogenannten Lockspitzeln, kann mit neuen Regelungen, die den Handlungsspielraum eines Verdeckten Ermittlers einschränken werden, gerechnet werden. Dies bedeutet einerseits ein Aufatmen, da Privatpersonen davor geschützt werden, unverhofft mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten und in langwierige Prozesse verwickelt zu werden. Schließlich ist eine Strafmilderung ein

bloß schwacher Trost, wenn die Initiative zur jeweiligen strafbaren Handlung nicht vom Verurteilten ausging. Andererseits könnten Einschränkungen auf diesem Gebiet einen fatalen kriminalpolizeilichen Rückschritt in Sachen Fallaufklärung bedeuten. Folglich zeigt sich wie in so vielen (straf)rechtlichen Gebieten auch hier, dass es nicht nur Schwarz und Weiß gibt, sondern vielmehr kontroverse Regelungen vorherrschen. Diese Kontroversen sichern eines Juristen täglich Brot.

13 Nimmervoll, Das Strafverfahren (2014) 224 f.

14 Zerbes in WK-StPO § 131 Rz 1 ff.

15 Vgl. Kuhn, Verdeckte Ermittlungen 6 f (FN 12).

16 Vgl. Kuhn, Verdeckte Ermittlungen 2 (FN 12).

17 Mündliche Mitteilung Peter Pasecky, Bundesministerium für Inneres, Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung.

18 Fabrizy, StPO<sup>11</sup> § 131 Rz 5.

19 Vgl. Kuhn, Verdeckte Ermittlungen 3ff (FN 12).