

*Es gibt einen Regierungsentwurf zur Regelung der Tatprovokation. Neben viel Lobenswertem kennzeichnen ihn eine basale Fehlannahme und weitere Regelungsmängel, die ebenfalls nur deutlich werden, wenn man sich Grundsätzliches vor Augen hält. Das soll dieser Beitrag ermöglichen.*

## I. Einleitung: Prävention, Repression und zwei Arten von Gerechtigkeit

Ein Regierungsentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung – im Folgenden: StPO-E – will den Einsatz von Verdeckten Ermittlern neu und den Einsatz von V-Leuten erstmals regeln.<sup>1</sup> Er enthält auch einen Regelungsvorschlag zur Tatprovokation. Allein mit ihm befasst sich dieser Beitrag und legt zunächst dar, warum es sich bei der Tatprovokation um eine präventive und nicht um eine strafprozessual-

---

\* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht der Universität Regensburg und war von 2013 bis 2019 Richter am OLG Nürnberg und von 2019 bis 2023 Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht.

<sup>1</sup> Abrufbar unter

[https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_V-Personen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_V-Personen.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (17.5.2024).

Der vorgeschlagene § 110c StPO-E lautet:

§ 110c Verleiten zu einer Straftat; rechtsstaatswidrige Tatprovokation

(1) Verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen dürfen zur Aufklärung von Straftaten einen Beschuldigten zu einer Straftat nur dann verleiten, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschuldigte generell zur Begehung von Taten dieser Art bereit ist und das Verleiten ohne erhebliches Einwirken auf ihn erfolgt. Die Tat, zu der der Beschuldigte verleitet werden soll, muss nach Art und Schwere in einem angemessenen Verhältnis zur Tat stehen, derer der Beschuldigte verdächtigt wird, und sie darf Leben, körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit einer Person nicht gefährden.

(2) Ein Verleiten zu einer Straftat nach Absatz 1 ist nur zulässig, wenn die Aufklärung einer Straftat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Diese Maßnahme darf nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Soweit die Anordnung nicht innerhalb von drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft.

(3) Provoziert ein Verdeckter Ermittler oder eine Vertrauensperson eine Person rechtsstaatswidrig zu einer Straftat, sind die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen wegen der Tat gegenüber dieser Person ausgeschlossen. Eine Tatprovokation ist rechtsstaatswidrig, wenn ein Verdeckter Ermittler oder eine Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise erheblich auf eine Person einwirkt, um ihre Tatbereitschaft zu wecken oder ihre Tatplanung wesentlich zu intensivieren.

repressive Maßnahme handelt (II. und III.). Im Anschluss daran erörtert er die Folgen, die fehlerhafte Tatprovokationen haben sollten (IV.). Dabei orientiert er sich an dem Unterschied von Vergeltungs- und Verfahrensgerechtigkeit und kommt für jene Provokationen, die man rechtsstaatswidrig nennt, zu dem Ergebnis, dass sie einen persönlichen Strafausschließungsgrund zur Folge haben sollten – weil sie eine Vergeltung ungerecht machten. Hingegen bedeuten sie nicht, wie aber für ein Verfahrenshindernis nötig, eine Verletzung der Regeln eines gerechten (fairen) Verfahrens; denn das gibt es im Zeitpunkt der Provokation noch nicht.

## II. Die Tatprovokation als präventive Maßnahme

### 1. Der präventive Sinn der Tatprovokation

Tatprovokationen können künftige Kriminalität verhindern. Nicht vollständig und endgültig, auch nicht mit Blick auf bestimmte Personen; aber doch zu einem Teil und für gewisse Zeit. Und manchmal auch auf Dauer. Diese präventive Wirkung hat natürlich nicht das provozierende Verhalten, erst recht nicht das provozierte – aber die Sanktionen, die aufgrund der provozierten Tat verhängt werden dürfen. Sie verpassen dem Täter einen deutlichen Dämpfer. Wenn Freiheitsstrafe vollzogen wird, zieht ihn dies zumindest eine Zeit lang aus dem Verkehr, Sicherungsverwahrung täte dies im Zweifel für eine noch längere Zeit; Führungsaufsicht und Bewährungsauflagen erlauben staatliche Kontrolle, und jede Strafe, auch eine Geldstrafe, kann als Denkmittel eine künftige Tatneigung hemmen. Die präventive Tatprovokation ähnelt einer kontrollierten Sprengung, wie man sie bei Lawinengefahr praktiziert und bei einsturzgefährdeten Gebäuden<sup>2</sup>: Dadurch, dass man selbst bestimmen kann, was wann passiert, werden die Folgen beherrschbar und unkontrollierbare Gefahren unterbunden.

### 2. Die Voraussetzungen präventiver Tatprovokation

#### a) Tatgeneigtheit – am besten mit Vortatverdacht

Daraus folgt die erste Voraussetzung der präventiven Tatprovokation, das ist die Tatgeneigtheit der Zielperson; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nennt sie „predisposition to commit a criminal offence“<sup>3</sup>. Es muss Anlass geben zu vermuten, dass sie bereit ist, eine Tat von der Art der später provozierten zu begehen, und dass sie dies mit einiger

---

<sup>2</sup> Die Parallele zur Sprengung einsturzgefährdeter Gebäude erwägt schon *Dann*, Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht, Rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung europäischer und internationaler Entwicklungslinien, 2005, S. 76. Er verwirft sie dann aber als Argument dafür, dass Tatprovokationen präventive Maßnahmen seien.

<sup>3</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 50; EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15 u.a. (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 114. Diese und alle nachfolgend zitierten EGMR-Entscheidungen sind online abrufbar auf der Website des EGMR (<https://hudoc.echr.coe.int/>).

Wahrscheinlichkeit früher oder später tun wird, wenn man sie nicht daran hindert. Solcher Anlass können Äußerungen der Zielperson sein, ausdrückliche wie konkludente, sowie Vorbereitungshandlungen. Ein wichtiges ergänzendes Indiz können Vortaten der Zielperson sein, etwa frühere Rauschgiftdeals; Vortaten, die bereits erwiesen sind – und womöglich auch schon zu Vorstrafen geführt haben –, aber auch Vortaten, hinsichtlich deren lediglich, doch immerhin ein Verdacht im Raume steht. Strafprozessual ist das ein Anfangsverdacht.

Die Stärke des Vortat-Indizes hängt hauptsächlich ab von dem Grad der Gewissheit, die man hinsichtlich der Vortaten haben darf, von deren Zahl, von ihrer Deliktsnatur und von der Zeit, die seither vergangen ist: Mehrfaches, sicher feststehendes Handeltreiben mit Rauschgift in jüngster Vergangenheit hat eine starke Indizwirkung für die Bereitschaft, auch künftig derartige Delikte zu begehen – vor allem wenn es zusätzlich einschlägige Äußerungen gibt. Das andere Extrem wäre zum Beispiel der Verdacht bezogen auf ein einzelnes, lange zurückliegendes Schwarzfahren; er hat keinerlei Indizwirkung für was auch immer.<sup>4</sup>

Die Tatgeneigtheit des Provozierten ist für jede präventive Tatprovokation unabdingbare Voraussetzung. Hingegen hat man nicht zwingend zu verlangen, dass sich diese Tatgeneigtheit – zumindest auch – aus einer Vortat oder einem Vortatverdacht ergebe. Denn es lassen sich Fälle denken, in denen auch ohne eine solche Tat oder einen solchen Verdacht die Tatgeneigtheit mit Händen zu greifen ist; etwa wenn jemand durch Vorbereitungshandlungen und wiederholte glaubhafte Willensbekundungen unmissverständlich deutlich macht, dass er willens ist, eine oder mehrere Straftaten zu begehen: als Beispiel das neue Mitglied einer Bande, die Rauschgift schmuggelt, wenn dieses Mitglied jetzt ein Boot anmietet und erklärt, damit Rauschgift schmuggeln zu wollen.

Auch in einem solchen Fall sollte eine Tatprovokation zulässig sein, erinnert sei erneut an die Parallele zur kontrollierten Sprengung bei Lawinen- oder Einsturzgefahr. Ebenso klar ist jedoch, dass eine Norm, die eine solche Provokation erlaubt, wenig mit dem Strafprozessrecht zu tun hat. Denn sie hat dann weder das repressive Ziel des Strafprozessrechts, noch verlangt sie einen Anfangsverdacht, der aber Voraussetzung jedes Strafverfahrens ist.<sup>5</sup> Gleiches gilt, wenn die Befugnisnorm so weit geht, dass sie als Indiz für die Tatgeneigtheit die Gewissheit verlangt, die Zielperson sei bereits mindestens einmal ähnlich straffällig geworden. Denn dann fehlt es wieder an jenem *Anfangsverdacht*, den jedes Strafverfahren bedingt.

Will man also eine Befugnisnorm für Tatprovokationen – auch präventive – ins Strafprozessrecht schreiben, dann sollte

<sup>4</sup> Zurückhaltend mit Blick auf Vorstrafen als Indiz für Tatgeneigtheit BGHSt 60, 276 (285 Rn. 27).

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2020, 18937 Rn. 34 m.w.N. Zum Anfangsverdacht als Voraussetzung strafrechtlicher Ermittlungen *Bottke*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 243 (245); *Zabel*, ZIS 2014, 340 (341).

sie als unterstützendes Indiz für die Tatgeneigtheit der Zielperson verlangen, dass gegen diese Person der Anfangsverdacht einer ähnlichen Straftat bestehe.

#### *b) Keine Willensdominanz – sonst fehlt die Tatgeneigtheit*

Verwehrt muss es dem Rechtsstaat sein, jemanden ohne Tatneigung so lange zu bearbeiten und zu überreden, bis der dann schließlich jene Straftat begeht, die man ihm ansinnt. Das ist der Kern der Rechtsprechung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, und er verdankt sich der einleuchtenden Überlegung, dass die Ermittlungsbehörden „Straftaten verfolgen, nicht sie verursachen“ sollen.<sup>6</sup> Missachtet ein Lockspitzel diese Regel, lässt sich seine Rolle gegenüber dem provozierten Täter als willensdominant bezeichnen.

Dass eine solche Bearbeitung und Überredung unzulässig ist, folgt allerdings in der Regel schon daraus, dass es an der Tatgeneigtheit des Provozierten fehlt, wenn er zur Tat überredet und bearbeitet werden musste, um den Tatentschluss zu erzeugen. Und es gibt kaum einen besseren Beleg für das Fehlen dieser Tatgeneigtheit, als wenn ein Lockspitzel seine Zielperson nur durch wiederholtes und engagiertes Überreden dazu gebracht hat, die gewünschte Tat zu begehen. Als eher akademische Ausnahme bleibt lediglich der Fall, dass der Lockspitzel mit seinen unzulässigen Bemühungen offene Türen einrennt.

#### *c) Keine nennenswerte Drittschädigung oder -gefährdung ohne Einwilligung*

Unproblematisch ist die präventive Tatprovokation, wenn die provozierte Tat ein Gemeinrechtsgut (Kollektivrechtsgut) gefährdet oder sogar schädigt, etwa die Volksgesundheit in dem praktisch häufigsten Fall der Provokation eines Rauschgiftgeschäfts. Denn ein solches Rechtsgut steht der Gemeinschaft zu, sie wird vom Staat repräsentiert, und wenn er die Tat provoziert, dann ist dies zugleich eine Einwilligung in die Gefährdung beziehungsweise Schädigung des Gutes. Bewirkt die Tat größere Gefahren oder Schäden als gedacht, lässt sich dem Staat gleichwohl entgegenhalten, er sei selbst schuld an diesem Mehr.

Anders aber, wenn die Tat Individualinteressen unbeteiligter Bürger gefährdet oder schädigt. Als Beispiele ein Diebstahl, eine Körperverletzung und eine sexuelle Nötigung, sei es als Versuch (Gefährdung) oder Vollendung (Schädigung). Erklärte man auch sie uneingeschränkt für zulässig, so verlangte man von den Betroffenen ein Sonderopfer, für das es keine Berechtigung gäbe. Nach strafrechtlichen Maßstäben ginge es um einen Aggressivnotstand. Schutzgut wäre das staatliche Interesse an Kriminalprävention, Eingriffsgut das gefährdete oder geschädigte Individualinteresse.

Gerechtfertigt werden kann eine Tat im Aggressivnotstand aber nur, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt, vgl. § 34 StGB und § 904 BGB. Und grundsätzlich ist nicht zu sehen, dass das staatliche Interesse an Kriminalprävention Individualinteressen der Bürger wesentlich überwäge. Zulässig sein könnte eine Tatprovoka-

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2015, 1083 (1085 Rn. 43). Zustimmend auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 42 (Fn. 1).

tion zum Nachteil unbeteiligter Bürger daher nur, wenn es auf der einen Seite um mittlere bis schwere Kriminalität ginge, die provozierte Tat aber für den Betroffenen harmlos wäre; etwa weil die Gefährdungsintensität oder die drohende Schädigung nur eine geringe bliebe.<sup>7</sup> Das dürfte eine seltene Kombination sein. Nicht anzunehmen wäre sie namentlich für vollendete Körperverletzungen in Form nennenswerter Stich- oder Schlagverletzungen, für die Beschädigung einer Sache von bedeutendem Wert und für mehr als nur oberflächliche sexuelle Nötigungen. Anders verhält es sich lediglich, wenn der Betroffene in die Tatprovokation einwilligt.

Der Regierungsentwurf berücksichtigt dies nur, aber immerhin zu einem Teil, indem er Tatprovokationen verbieten will, die „Leben, körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit einer Person [...] gefährden“ (§ 110c Abs. 1 S. 2 StPO-E). Der Grundgedanke ist richtig, wird aber nicht zu Ende gedacht.

### III. Tatprovokationen als Ermittlungsmaßnahme?

#### 1. Eine verbreitete basale Fehlannahme

Im Strafrecht erörtert man die Tatprovokation ohne weiteres und seit jeher als strafprozessuale Aktion, und das heißt als Ermittlungsmaßnahme.<sup>8</sup> Wohl deshalb, weil die Akteure Verdeckte Ermittler und V-Leute sind und weil man deren Einsatz als Ermittlungsmaßnahme versteht. Für das Strafprozessrecht ist er das auch: Verdeckte Ermittler und V-Leute sollen Informationen sammeln, die bei der Aufklärung von Straftaten helfen. Der initiale Tatverdacht kann sich aus anderen Quellen speisen, etwa aus einer anonymen Anzeige. Es kann aber auch sein, dass ein anderer – oder sogar derselbe – Verdeckte Ermittler oder V-Mann Umstände erfährt und berichtet, die einen Anfangsverdacht begründen. Das ist dann ein willkommener Nebeneffekt des Einsatzes der Undercoveragenten.

Es kann auch der Nebeneffekt des Einsatzes von V-Leuten sein, deren Einsatzgrund man herkömmlich allein oder überwiegend als präventiv beschreibt, das sind vor allem die V-Leute der Nachrichtendienste. Weitere Auftraggeber können sein: das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei und der Zoll. Deren Regelungsregime bleiben hier außen vor.

Dass der Einsatz Verdeckter Ermittler und von V-Leuten eine Ermittlungsmaßnahme ist, sagt aber noch nichts Entscheidendes über die Rechtsnatur einer Tatprovokation. Natürlich liegt es nahe, dass Personen mit einem Ermittlungsauftrag vom Verfahrensrecht ausschließlich Handlungsbefugnisse bekommen, die einen Ermittlungszweck verfolgen.

Aber sicher ist das nicht. Das folgt schon daraus – wenn gleich hier nicht entscheidend –, dass ein Vorverfahren nicht nur den Zweck hat, Informationen zum Tatverdacht zu ermitteln, sondern auch den Zweck, Beweise sowie das weitere Verfahren und die Vollstreckung einer etwaigen Strafe zu sichern (Verfahrenssicherung). Das zeigen die Haftgründe für eine Untersuchungshaft: Nur der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr soll für Informationen sorgen,<sup>9</sup> und auch dies nur indirekt, indem die Haft verhindert, dass Informationen verloren gehen. Hingegen verfolgt der Haftgrund der Fluchtgefahr den Zweck, für das spätere Hauptverfahren die Anwesenheit des Beschuldigten zu sichern und ebenfalls sicherzustellen, dass gegen ihn eine allfällig verhängte Strafe vollstreckt werden kann.

Die Haftgründe zeigen aber auch, dass die Ermittlungsbehörden zuweilen eine ganz andere, präventive Aufgabe wahrnehmen. Gemeint ist der Haftgrund der Wiederholungsgefahr, § 112a StPO, der schon mit seinem Namen verdeutlicht, dass es um Gefahrenabwehr geht, also um Prävention.<sup>10</sup> Hintergrund ist die Prozessökonomie: Wenn sich bereits staatliche Behörden mit einer gefährlichen Person befassen, um einen Tatverdacht aufzuklären und diese Person, falls schuldig, zu bestrafen – dann sollen diese Behörden das präventiv Erforderliche gleich miterledigen, statt parallel zum Strafverfahren ein polizeiliches Sicherungsverfahren zu organisieren, das weitere Ressourcen bindet und einen schnellen und störungsfreien Informationsfluss zwischen Justiz und Polizei erfordert, der schnell einmal fehlt. Ein weiteres Beispiel für präventive Befugnisse in einem Strafverfahren ist § 111a StPO (vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis).

Etwas ähnliches kennt auch das Sanktionenrecht: Die Maßnahmen, insbesondere die Maßregeln der Besserung und Sicherung sind in der Sache Gefahrenabwehr und -vorbeugung, also Polizeirecht (im Sinne allen Rechts, das der Gefahrenabwehr und -vorbeugung gilt, nicht nur im Sinne der Polizeigesetze, die ausdrücklich so heißen).<sup>11</sup> So dient die Einweisung in die Psychiatrie, § 63 StGB, dazu, den Eingewiesenen davon abzuhalten, sich oder andere zu schädigen, und soll ihn so weit therapieren, dass er künftig auch außerhalb einer geschlossenen Anstalt niemandem mehr gefährlich wird.<sup>12</sup> Aber wieder ist für diese Einweisung nicht die Polizei oder eine Verwaltungsbehörde zuständig, wenn sich bereits ein Strafgericht mit der fraglichen Person befasst und ohnehin vieles zu ermitteln hat, was auch für eine Gefahrenprognose von Belang ist. Dann soll dieses Strafgericht erneut das präventiv Erforderliche miterledigen.

<sup>7</sup> Vgl. *Dencker*, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag, 1982, S. 447 (463). Noch strenger *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, Rechtliche Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafverfahren, 2014, S. 190 ff., 235: Verbot jedweder Tatprovokation zum Nachteil Dritter.

<sup>8</sup> So etwa bei *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 7 (8 f.); *Y. Hübner*, Rechtsstaatswidrig, aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen, 2020, S. 77 ff.

<sup>9</sup> *Böhm*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 112 Rn. 62.

<sup>10</sup> *Böhm* (Fn. 9), § 112a Rn. 3, 5.

<sup>11</sup> Eingehend *Eser*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafsens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 213. Siehe auch *v. Gemmeren*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 61 Rn. 1 m.w.N.

<sup>12</sup> Siehe nur BGH NStZ 2002, 533 (534 Rn. 6).

Es ist folglich nicht alles, was in einem Strafverfahren geschieht, auch in der Sache Strafrecht. Und nicht jede Handlungsbefugnis, die eine Ermittlungsbehörde bekommt, muss einen Ermittlungszweck haben. Denn bezüglich der provozierten Tat kann die Provokation schon deshalb keine Ermittlungsmaßnahme sein, weil sie stattfindet, bevor diese Tat begangen wird; folglich auch bevor es einen Anfangsverdacht geben kann, dass sie begangen worden ist, und ohne Anfangsverdacht keine Ermittlungen. Bezüglich einer Vortat der Zielperson aber scheidet die Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme aus, weil sie für diese Vortat in der Regel keine Aufklärungsergebnisse liefert und, wenn doch, weil man die dann auch ohne die Tatprovokation hätte erlangen können, und dies sogar schneller.<sup>13</sup>

## 2. Die provozierte Tat gibt es noch nicht

Es ist trivial, wird aber gleichwohl hie und da verkannt: Für die provozierte Tat kann die Provokation keine Ermittlungsmaßnahme sein, weil die provozierte Tat zum Zeitpunkt der Provokation noch nicht begangen worden ist und es daher – bezogen auf diese Tat – im Zeitpunkt der Provokation auch noch keinen Anfangsverdacht geben kann, der aber die Voraussetzung jeder Ermittlungstätigkeit ist.<sup>14</sup>

Lediglich kann es am Ende faktisch so sein, dass schon vor und während der Provokationshandlung Informationen anfallen, die später für die Aburteilung der provozierten Tat erheblich werden; schließlich hat sich ein Strafgericht auch für die Person des Täters und die Vorgeschichte der Tat zu interessieren – und ist gerade die Anstiftung durch Dritte etwas, das den Schuldumfang tendenziell verringert. Dennoch sind solche Informationen nicht das Ergebnis von Ermittlungshandlungen. Ermittlungshandlungen sind später lediglich die Vernehmung des Lockspitzels und die Sicherstellung gegenständlicher Beweismittel, etwa eines Smartphones, auf dem auch Textnachrichten aus der Provokationsphase gespeichert sind. Denn in einem Strafprozess bedingen Ermittlungshandlungen, dass es einen Anfangsverdacht gibt.

## 3. Der Vortatverdacht wird nicht aufgeklärt

### a) Ermittlungsergebnisse zum Vortatverdacht als Zufallsfunde

Vorstellbar ist also nur, dass die Tatprovokation – genauer: der Zugriff bei der Tat und anschließende Ermittlungen – Informationen liefert zu einer Vortat des Provozierten, deren man ihn verdächtigt; und dass es einen solchen Verdacht gibt, sollte man zu einer Voraussetzung der Provokationsbefugnis machen (siehe II. 2. a). Dass man solche Informationen bekommt, ist aber keine Selbstverständlichkeit. Im Gegenteil: Es ist meist unwahrscheinlich, und es kommt dann auch nicht dazu. Wird beispielsweise jemand zu einem Verkauf von Rauschgift provoziert, den man verdächtigt, schon früher mindestens ein solches Geschäft getätigt zu haben, so bringt der Zugriff bei der Übergabe des Rauschgifts und bringen

anschließende weitere Ermittlungen kaum etwas über die vermuteten früheren Geschäfte ans Licht.

Ausgeschlossen ist dies zwar nicht. So mag eine Wohnungsdurchsuchung und eine Auswertung von Textnachrichten auch noch alte Kommunikation zutage bringen, die auf ein früheres Geschäft schließen lässt. Aber das ist dann in der Regel ein glücklicher Zufallsfund und kein typisches, vorab erwartbares Ermittlungsergebnis. Plausibler mag die Vermutung sein, durch die Ermittlungen nach der provozierten Tat an die Hintermänner der Zielperson heranzukommen. Doch auch das gewährleistet keine Informationen zu früheren Taten der Zielperson. Vielmehr ist die Suche nach Hintermännern ein zwar typischer und berechtigter, aber ein *präventiver* Wunsch: Man will diesen Leuten das Handwerk legen, um künftiger Kriminalität vorzubeugen. Hingegen sind Informationen zu früheren Taten der Zielperson, wenn man sie tatsächlich bekommt, ermittlungsmäßige Glücksfälle, Zufallsfunde eben.

Zufallsfunde jedoch können nie das *Ziel* einer Ermittlungsbefugnis sein. Denn das hieße, dass Ermittlungen ins Blaue hinein zulässig wären, gemäß Intuition oder Horoskop. Das sind sie aber nicht. Vielmehr muss unstreitig immer, bei jeder Ermittlungsmaßnahme, anzunehmen sein, dass man etwas finden werde, was bei der Aufklärung einer bestimmten Tat oder mehrerer solcher Taten helfen werde; und diese Annahme muss mit Tatsachen begründbar sein, die schon festgestellt worden sind. Zwar reicht für eine solche Annahme, dass man einen Ermittlungserfolg für möglich halten darf. Doch das ist noch immer etwas anderes als Ermittlungen nach dem Motto „vielleicht haben wir ja Glück und finden was“. Ermittlungen aufgrund einer provozierten Tat jedoch rechtfertigen vorab nur selten die Annahme, man werde auch noch Beweise für eine Vortat finden.

### b) Erwartbare Ermittlungsergebnisse zum Vortatverdacht

Tun sie dies aber tatsächlich einmal, darf man also zum Beispiel tatsächlich einmal hoffen, bei einer Durchsuchung nach einem provozierten Rauschgiftverkauf Beweise für jene Vortat(en) zu finden, derentwegen bereits ein Strafverfahren eröffnet worden war, etwa Textnachrichten – dann braucht man keine Tatprovokation, um diese Durchsuchung durchzuführen. Denn dann liegen die Voraussetzungen einer Durchsuchung auch ohne die provozierte Tat vor: aufgrund des Vortatverdachts und weil anzunehmen ist, bei der Durchsuchung Beweise für die Vortat zu finden. Zusammengefasst lässt sich daher sagen: In der Regel ist nicht anzunehmen, dass die Tatprovokation zu Ermittlungserfolgen hinsichtlich der Vortat führt. Und wenn doch, bedarf es für diese Erfolge keiner Tatprovokation.

## 4. Die Rechtswirklichkeit: Tatprovokationen ohne Aufklärungsmehrwert

Es ist daher alles andere als überraschend, wenn Tatprovokationen in der Rechtswirklichkeit kaum je zur Aufklärung eines Vortatverdachts führen, geschweige denn eine solche Aufklärung *plangemäß* herbeiführen. Mir ist kein Fall bekannt, in dem nach einer Tatprovokation wegen einer anderen als der provozierten Tat verurteilt worden wäre; weder aus

<sup>13</sup> Auch *Dann* (Fn. 2), S. 73, erkennt an, dass eine „Tatprovokation kein geeignetes Mittel ist, um bereits begangene Taten aufzuklären.“

<sup>14</sup> *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 78 ff., 233.

der veröffentlichten Rechtsprechung noch aus der eigenen Anschauung während zehnjähriger Tätigkeit als Revisionsrichter.

Es ist sogar so, dass in der Rechtspraxis Tatprovokationen bisher fast immer *ohne* Vortatverdacht stattfinden, das heißt allein aufgrund eines sogenannten Zukunftsverdachts, will sagen: aufgrund tatsächlicher oder vermuteter Tatgeneigtheit der Zielperson. Der Bundesgerichtshof erlaubt das, indem er als Voraussetzung einer Tatprovokation alternativ verlangt, dass entweder ein Vortatverdacht vorliege *oder* die Zielperson tatgeneigt erscheine.<sup>15</sup> Dass in der Rechtspraxis Tatprovokationen bisher fast immer ohne Vortatverdacht stattfinden, ist auch der Befund der Dissertation von *Tyszkiewicz* (Stand 2013).<sup>16</sup> Und die einzige Ausnahme, die sie anführt, ist keine. Denn in dem Fall Eurofinacom des EGMR<sup>17</sup> – die vermeintliche Ausnahme – ging es überhaupt nicht um eine Tatprovokation, sondern darum, dass die Ermittler weitere Tatfolgen eines längst vollendeten Dauerdelikts auslösten, ganz unabhängig von den Handlungen des Beschuldigten.<sup>18</sup>

Tatfolgen, die das Dauerdelikt bestätigten und dessen Unrecht vertieften und konkretisierten. Das Dauerdelikt war Zuhälterei, begangen durch das Unterhalten einer Plattform im Netz, auf der Prostituierte und Freier anonym in Kontakt treten konnten. Die Ermittler hatten den Personen, die man für Prostituierte hielt, nur die Nachricht „wie viel?“ geschickt – und Preisauskünfte erhalten.

## 5. Zwischenbilanz und Folgerungen für ein neues Gesetz

### a) Zwischenbilanz

Die Tatprovokation ist eine genuin präventive Maßnahme ähnlich der kontrollierten Sprengung eines einsturzgefährdeten Hauses und einer Lawinensprengung.<sup>19</sup> Hilfe bei der Aufklärung früherer Taten kann sie *ex ante* betrachtet kaum jemals liefern; und wenn, wären die fraglichen Ermittlungsmaßnahmen auch ohne die Tatprovokation zulässig. Die Rechtspraxis nutzt Tatprovokationen auch nicht als Ermittlungsmaßnahmen. Meist gibt es gegenüber der Zielperson nicht einmal einen Anfangsverdacht, sondern lediglich die Annahme, sie werde künftig ähnliche Straftaten begehen (oft verbunden mit der Spekulation, sie habe dies auch früher schon getan; aber eine solche Spekulation ist etwas anderes als ein strafprozessualer Anfangsverdacht). De lege ferenda folgt daraus:

### b) Verzicht auf das Erfordernis eines Aufklärungsmehrwerts

Will man Tatprovokationen nicht vollständig verbieten, sondern rechtsstaatlich kanalisieren und absichern, muss man darauf verzichten, für ihre Zulässigkeit die Prognose zu verlangen, dass der Zugriff bei der provozierten Tat und die weiteren Ermittlungen ihrerwegen Erkenntnisse zu einer oder mehreren Vortaten der Zielperson liefern werden.<sup>20</sup>

### c) Regelung in der StPO

Auch wenn Tatprovokationen ein präventives Ziel verfolgen, hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz, ihre Voraussetzungen in der Strafprozessordnung zu regeln. Sein Kompetenztitel dafür ist das „gerichtliche Verfahren“, für das ihm Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis gibt. Grund dafür ist, dass man Tatprovokationen durch Verdeckte Ermittler und polizeiliche V-Leute schon immer als strafprozessuale Maßnahmen angesehen hat und dass es sinnvoll ist, diesen strafprozessualen Akteuren auch Tatprovokationen zu gestatten – unter rechtsstaatlichen Voraussetzungen. Denn sie erlangen Informationen, aus denen sich die Zulässigkeit einer Tatprovokation ergeben kann, und sie sind sodann am besten geeignet, die Tat zu provozieren, weil sie bereits das Vertrauen der Zielperson und deren Umfelds haben.

Dass dann auch Bestimmungen in der Strafprozessordnung stehen, die der Prävention dienen, ist kein Unding. Wie schon erwähnt (oben 1.), gibt es das mit § 112a StPO und § 111a StPO bereits. Und gleiches gilt für das Strafgesetzbuch und das Maßregelrecht. Die rechtswissenschaftlichen Begriffe des Strafrechts, Strafprozessrechts und des Polizeirechts müssen nicht deckungsgleich sein mit ähnlich oder sogar gleichlautenden Kompetenztiteln des Grundgesetzes.

### d) Das Erfordernis eines Vortatverdachts schränkt die Praxis ein

Noch einmal unterstrichen sei: Bisher werden Tatprovokationen in der Praxis meist ohne konkreten Vortatverdacht ins Werk gesetzt. Dann gibt es hinsichtlich früherer Taten der Zielperson wenn überhaupt nur Spekulationen und ist entscheidend, dass die Zielperson tatgeneigt erscheint. Wenn daher das Gesetz künftig einen Vortatverdacht verlangt – wie hier vorgeschlagen und wie dies auch der Regierungsentwurf tut –, dann bedeutet dies eine erhebliche Beschränkung der Praxis (wenn man sich dort tatsächlich und nicht nur in Form von Lippenbekenntnissen an die neue Vorgabe hält).

### 6. Zufallsfunde bleiben verwertbar – auch zur Bestätigung des Vortatverdachts

Ergeben die Ermittlungen aufgrund der provozierten Tat tatsächlich einmal Beweise für eine Vortat, so müssen sie auch insoweit verwertbar sein. Das gilt uneingeschränkt natürlich nur, wenn die Tatprovokation zulässig war und prozessrechtskonform durchgeführt worden ist. Ist dies aber der

<sup>15</sup> Siehe BGHSt 45, 321 (337); 60, 276 (284 Rn. 24); BGH NSStZ 2023, 243 (245 Rn. 20) m.w.N.

<sup>16</sup> *Tyszkiewicz* (Fn. 6), S. 78, 234.

<sup>17</sup> EGMR, Urt. v. 7.9.2004 – Beschwerde Nr. 58753/00 (Eurofinacom v. Frankreich).

<sup>18</sup> Ebenso schon BVerfG NJW 1985, 1767 in einem deutschen Parallelfall.

<sup>19</sup> So im Ergebnis schon *Dencker* (Fn. 7), S. 459 f.; *Wolter*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 963 (982 f. – „Prävention im Gewande des Strafprozeßrechts“).

<sup>20</sup> Dezidiert gegenteiliger Ansicht *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 142 ff., 209 f., 235.

Fall, wäre unklar, warum Zufallsfunde unverwertbar sein sollten.

### 7. Kritik des Regierungsentwurfs

Der Regierungsentwurf macht den Fehler, eine Tatprovokation an die Voraussetzung zu knüpfen, dass sie – genauer: die Ermittlungen ihrerseits – Erkenntnisse in Bezug auf den Vortatverdacht liefert, § 110c Abs. 1 S. 1 StPO-E. Der Fehler lässt sich aber leicht beheben: Man hat lediglich den Passus „zur Aufklärung von Straftaten“ in besagter Norm zu streichen. Streichen muss man dann auch noch den ersten Satz des § 110c Abs. 2 StPO-E, der eine Subsidiaritätsklausel enthält und daher ebenfalls das Ziel vorgibt, Vortaten des Beschuldigten aufzuklären.

Ein rechtsstaatliches Plus gegenüber dem geltenden Recht ist das Erfordernis, dass gegen die Zielperson bereits ein Vortatverdacht besteht. Streicht man allerdings die Voraussetzung, dass die Tatprovokation Ermittlungsergebnisse mutmaßlich auch hinsichtlich des Vortatverdachts liefern werde, taucht die Frage auf, was gelte, wenn es zwar einen Vortatverdacht gibt, aber seinerseits noch kein Strafverfahren eröffnet worden ist oder wenn man es wieder eingestellt hat (bei fortbestehendem Tatverdacht, insbesondere nach § 170 Abs. 2 StPO). Der Regierungsentwurf beantwortet diese Frage damit, dass dann keine Tatprovokation zulässig ist. Denn er verlangt, dass sie gegenüber einem Beschuldigten unternommen wird; und das ist eine Person, gegen die ein Strafverfahren eröffnet worden ist und weiterhin betrieben wird. Einerseits passt dieses Erfordernis dazu, dass die Tatprovokation in der Strafprozessordnung geregelt wird. Andererseits ist sie nach dem präventiven Zweck dieser Maßnahme nicht nötig, und es bliebe ein sachlicher Bezug zum Strafverfahren auch dann bestehen, wenn man den Begriff des Beschuldigten durch den eines Tatverdächtigen ersetzte.

## IV. Unerlaubte Tatprovokationen

### 1. Fragen und Antworten

Unstreitig sind Tatprovokationen nicht schrankenlos erlaubt. Im geltenden deutschen Recht ergeben sich die Schranken aus der Rechtsprechung des EGMR sowie jener des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs.<sup>21</sup> Im aktuellen Regierungsentwurf stehen sie in § 110c Abs. 1, Abs. 2 StPO-E. Indirekt ergeben sie sich auch aus jenen Normen, in denen die Voraussetzungen stehen, unter denen jemand als Verdeckter Ermittler oder als V-Mann eingesetzt werden darf, das sind §§ 110a und 110b StPO-E. Denn Tatprovokationen werden nur Verdeckten Ermittlern und V-Leuten gestattet.

Doch kommt es auf die Einzelheiten dieser Regelungen oder der vorerwähnten Rechtsprechung nicht an, wenn man Grundfragen zur unerlaubten Tatprovokation stellen und beantworten will. Denn es lassen sich auch so die denkbaren Fehler kategorisieren, die eine Provokation unerlaubt machen können (nachfolgend 2.), und Überlegungen dazu anstellen, was jeweils die Rechtsfolgen sein sollten; und zwar einmal

bezogen auf das Verfahren wegen der provozierten Tat (sodann 3.) und einmal bezogen auf jenes wegen der Vortat(en) (unten 4.).

### 2. Art und Intensität denkbarer Fehler

#### a) Eine der Voraussetzungen jedweder Tatprovokation fehlt

Unerlaubt sein kann eine Tatprovokation zunächst, weil mindestens eine Voraussetzung fehlt, die jede Tatprovokation verlangt. Zu unterscheiden sind sachliche (materielle) Voraussetzungen und formelle. Unter den sachlichen Voraussetzungen steht die Tatgeneigtheit der Zielperson an erster Stelle (oben II. 2. a). Dass sie gefehlt hat, ist in den bekannten Entscheidungen des EGMR zur Tatprovokation der Grund gewesen, warum der Gerichtshof Tatprovokationen für konventionswidrig gehalten hat. Das Fehlen der Tatgeneigtheit folgte in den zugehörigen Fällen aus der Willensdominanz des Provokateurs; daraus, dass der tatprovozierende Undercoveragent seine Zielperson mehr oder minder intensiv hatte bearbeitet und überreden müssen, die Tat zu begehen.<sup>22</sup>

Eine weitere sachliche Voraussetzung erlaubter Tatprovokationen kann ein Vortatverdacht sein. Man muss ihn nicht verlangen, um Tatprovokationen rechtsstaatlich abzusichern; denn sie sind ein präventives Instrument. Es ergibt aber auch präventiven Sinn, dies zu tun, weil ein Vortatverdacht ein Indiz für die Tatgeneigtheit der Zielperson ist (oben II. 2. a). Ferner mildert er die Fremdheit einer präventiven Regelung in der Strafprozessordnung.

Formelle Voraussetzung jedweder Tatprovokation kann namentlich eine richterliche Erlaubnis sein; im Regierungsentwurf steht der Richtervorbehalt in § 110c Abs. 2 S. 2 StPO-E. Das Fehlen formeller Voraussetzungen ist im Zweifel weniger schlimm, als wenn eine sachliche Bedingung fehlt. Denn dann war die Maßnahme eigentlich – in der Sache, materiell – erlaubt. Allerdings kann starkes Verschulden, vor allem Umgehungsabsicht, auch einen formellen Fehler gravierend machen.

#### b) Verstoß gegen einzelne Provokationsverbote

An der ersten Stelle einschlägiger Fälle steht das überengagierte Bearbeiten und Überreden der Zielperson durch den Provokateur.<sup>23</sup> Wie schon gesagt fehlt es dann in der Regel bereits an einer hinreichenden Tatgeneigtheit der Zielperson. Es mag aber sein, dass eine solche Tatgeneigtheit angenommen werden kann, und dann setzt der Provokateur gleichwohl übertriebene Überredungsmittel ein und verspricht der Zielperson zum Beispiel einen überhöhten Preis – gemessen am Wert auf dem Schwarzmarkt – für das geordnete Rauschgift. Denn schon eine solche Verlockung betrachtet der EGMR als unerlaubt.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland), Rn. 55 f.; EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15 u.a. (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 126 f.

<sup>23</sup> Ein jüngeres Beispiel liefert BGHSt 60, 276.

<sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 15.10.2020 – 40495 u.a. (Akbay u.a. v. Deutschland), Rn. 116; EGMR, Urt. v. 2.10.2012 – 23200/10

<sup>21</sup> Eingehend J. Fischer, GA 2023, 263 ff. m.w.N.

In Betracht kommt ferner das Verbot einer Provokation, die mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit in die Intimsphäre der Zielperson oder unbeteiligter Dritter eindringt; das deutsche Recht nennt diese Sphäre den „Kernbereich privater Lebensgestaltung“. Der Grad dieser Wahrscheinlichkeit ist grundsätzlich rechtspolitische Verhandlungssache. Allerdings schließt jedenfalls den Grad der Gewissheit bereits das Grundgesetz aus.

Strenggenommen gibt es den zwar gar nicht, denn gewiss, also zu einhundert Prozent sicher sein können nur Tatsachen, und Künftiges ist keine Tatsache. Aber gemeint ist damit auch die nur an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Unterhalb dieses Wahrscheinlichkeits(höchst)grades gibt es für die Rechtspraxis lediglich vier weitere Wahrscheinlichkeitsklassen, das gilt für sämtliche Wahrscheinlichkeitsurteile:<sup>25</sup> die überwiegende Wahrscheinlichkeit (deutlich mehr als 50 %, weniger als 100 %), die völlige Ungewissheit (mehr oder weniger 50:50), die schlichte Möglichkeit (deutlich weniger als 50 %, mehr als 0 %) und die Unmöglichkeit (an Sicherheit grenzende Unwahrscheinlichkeit).

Wann dringt eine Tatprovokation in den Kernbereich privater Lebensgestaltung ein? Vorfrage ist, wie dieser Kernbereich zu bestimmen sei. Sie ist am überzeugendsten so zu beantworten, dass es um Äußerungen einer natürlichen Person geht, die selbstreflexiver Natur sind und nicht nur alltägliche Verrichtungen betreffen („ich hätte mich von ihm trennen sollen“ versus „ich sollte häufiger mit dem Rad ins Büro“).<sup>26</sup> Solche Äußerungen einer Zielperson sind kaum je zu erwarten, wenn ein Lockspitzel an sie herantritt, um sie zu einer Straftat zu veranlassen.

Allerdings ist es richtig, wenn das Bundesverfassungsgericht für den Einsatz von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern ein Eindringen in den Kernbereich ebenfalls bejaht, sofern der V-Mann oder Verdeckte Ermittler eine höchstpersönliche Nähebeziehung zur Zielperson, namentlich eine Liebes- und/oder sexuelle Beziehung aufbaut oder mit dem Ziel der Ausforschung aufrechterhält.<sup>27</sup> Und dann muss auch eine Tatprovokation verboten sein, die innerhalb einer solchen instrumentalisierten Beziehung stattfindet.

Ein weiteres Provokationsverbot verletzt ein Lockspitzel, der so provoziert, dass vorhersehbar die Güter Dritter über Gebühr gefährdet oder geschädigt werden (vgl. oben II. 2. c).

### c) Verschuldensformen

Phänomenologisch zu unterscheiden ist zwischen der unbewusst fahrlässigen Nichtbeachtung rechtlicher Vorgaben, der eventualvorsätzlichen – einschließlich sogenannter bewusster

u.a. (Veselov u.a. v. Russland), Rn. 92 m.w.N. Ebenso *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 235.

<sup>25</sup> Siehe bereits *meinen* Beitrag in JZ 2006, 344 (342); zust. *A. Berger*, In dubio pro reo und Wahrscheinlichkeitsurteile, 2023, S. 17, 142 ff.

<sup>26</sup> *Rottmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017, S. 68 ff., 244; zust. *T. Walter*, Strafprozessrecht, 2020, Rn. 272.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 = EuGRZ 2023, 109 (347 Rn. 107).

Fahrlässigkeit –, der wissentlichen und der absichtlichen. Und für die Fahrlässigkeit kommt sowohl rechtliches Unwissen in Betracht wie auch sachverhaltsbezogenes. Am wichtigsten ist der Unterschied zwischen einer unbewussten Fahrlässigkeit der Handelnden und allen anderen Verschuldensgraden, das heißt in der hiesigen Begrifflichkeit: und allen Vorsatzformen. Denn dass sich staatliche Akteure gegenüber Bürgern sehenden Auges über die Schranken ihrer Befugnisse hinwegsetzen, ist das Ende des Rechtsstaats und der Beginn eines Willkürregimes.

### 3. Fehlerfolgen für die provozierte Tat

#### a) Persönlicher Strafausschließungsgrund bei Willensdominanz des Provokateurs

Macht ein Lockspitzel bei einer Tatprovokation deutlich mehr, als eine zur Tat verlockende Situation zu schaffen und der Zielperson die Frage zu stellen – ausdrücklich oder konkludent –, ob sie diese Tat nicht begehen wolle, so bekundet der Lockspitzel einen starken bis dringenden Wunsch, dass die Zielperson die Tat begehen möge. Und der Lockspitzel ist ein staatlicher Akteur. Es signalisiert dann also der Staat einem Bürger, dass er sich dringend ein Delikt von ihm wünsche. Begeht der Bürger dieses Delikt sodann, handelte der Staat selbstwidersprüchlich, wenn er den Bürger im Anschluss für das Delikt bestrafte. Das wäre ein *venire contra factum proprium*, und das gleiche ist gemeint, wenn man davon spricht, der Staat habe in solchen Fällen seinen Strafanspruch „verwirkt“.<sup>28</sup>

Gerechtfertigt werden kann ein solcher Selbstwiderspruch nur, wenn das Delikt Dritte verletzt und der Staat die Pflicht hat, die Bestrafung zugunsten des Dritten zu betreiben, das heißt um dessen Forderung nach Gerechtigkeit zu erfüllen. Das sind jene Fälle, in denen man dem Dritten einen Anspruch auf Strafverfolgung und, bei einem Schuldnachweis, auf Bestrafung des Täters zubilligt. Dies tut der EGMR bei bestimmten Straftaten, und das Bundesverfassungsgericht folgt ihm darin mindestens zur Hälfte, will sagen bezogen auf einen Anspruch auf Strafverfolgung (während es einen Anspruch auf Bestrafung bislang nur – doch immerhin – angedeutet hat).<sup>29</sup> Dabei handelt es sich aber um Ausnahmen, und

<sup>28</sup> Zur Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs BGH NJW 1980, 1761; BGH NSTZ 1981, 70, sowie die Begründung des Regierungsentwurfs (Fn. 5), S. 14, 45. Zum Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens etwa BGH NJW 1981, 1626 (1627); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 444; *Eidam*, StV 2016, 129 (130 f.); *Lüderssen*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 349 (355). Weitere Nachweise bei *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 209 (214 Fn. 61).

<sup>29</sup> Zur Rechtsprechung des EGMR siehe EGMR, Urt. v. 30.11.2004 – 48939/99 (*Öneryıldız v. Türkei*), Rn. 116; EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (*Gäfgen v. Deutschland*), Rn. 123 f.; EGMR, Urt. v. 28.10.2014 – 25018/10 (*Ibrahim Demirtaş v. Türkei*), Rn. 34; *Hüttemann*, JZ 2023, 1001; *T. Walter/Retzak*, NSTZ 2023, 513 (bezogen auf den Fall von *Oury Jalloh*). Zur Rechtsprechung des Bundesver-

jedenfalls Taten zum Nachteil von Gemeinschaftsinteressen (Kollektivrechtsgütern) können keinen individuellen Anspruch auf Strafverfolgung begründen.

Folglich fehlt ein solcher Anspruch nach Tatprovokationen in der Regel – und namentlich bei jenen Rauschgiftdelikten, die in der Praxis am häufigsten die provozierten Taten sind. Dann bleibt es bei dem Selbstwiderspruch, in den sich der Staat begäbe, wenn er eine Tat bestrafe, die er zuvor mit Nachdruck erbeten hatte. Dieser Selbstwiderspruch ließe eine Bestrafung des Täters als unbillig erscheinen – so wie man es auch in anderen Fällen als unbillig ansieht, wenn jemandem ein *venire contra factum proprium* zur Last liegt. Nur ein Fremdwort für unbillig ist *unfair*. Daher hat der EGMR mindestens in seiner Wortwahl recht, wenn er ein Strafverfahren als Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens bezeichnet, sofern staatliche Akteure in Form von Undercoveragenten die zugrundeliegende Tat mit deutlichen Willensbekundungen herbeiprovoziert haben. Recht hat der EGMR auch damit, solche Verfahren als von vorneherein („ab initio“) unfair, das heißt unbillig zu bezeichnen.<sup>30</sup>

Falsch wäre aber der Schluss – auch wenn er ständig gezogen wird –, es ginge dabei um die Verfahrensfairness im Sinne von Verfahrensgerechtigkeit. Vielmehr geht es um die – dann fehlende – *Vergeltungsgerechtigkeit*. Verfahrensgerechtigkeit ist die Gerechtigkeit der Art und Weise eines Prozedierens, die Fairness der Spielregeln und ihres Vollzuges. Vergeltungsgerechtigkeit ist die Gerechtigkeit einer Bestrafung (oder Belohnung – hier irrelevant). Verfahrensgerechtigkeit verlangt zum Beispiel unparteiische Richter und Waffengleichheit der Prozessparteien. Vergeltungsgerechtigkeit verlangt zunächst, dass die Strafe dem Gewicht der Tat entspreche (vertikale Gerechtigkeit) sowie – und wichtiger – das rechte Verhältnis zu Strafen in anderen Fällen (horizontale Gerechtigkeit).

Für die Vergeltungsgerechtigkeit zu berücksichtigen sind aber auch andere Faktoren, und zwar solche, die neben dem Gewicht der Tat das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft modellieren. Solche Faktoren sind zum Beispiel Bemühungen des Täters um Schadensverhinderung oder Wiedergutmachung – vom Rücktritt über Tätige Reue bis hin zum Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46a StGB) – und Tatfolgen, die den Täter bereits bestrafungsgleich getroffen haben; hierher rechnet die *Poena naturalis* nach § 60 StGB ebenso wie eine überlange Verfahrensdauer, für die der Bundesgerichtshof daher zutreffend die sogenannte Vollstreckungslösung vorgegeben hat,<sup>31</sup> das heißt eine Lösung, die das Ausmaß der Vergeltung verringert.

Auch bei den anderen oben genannten Faktoren geht es um eine Vergeltungsverringerung. Denn in allen diesen Fäl-

len verringert sich das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft. Sie sieht den Täter bereits als mindestens teilbestraft an (§ 60 StGB, überlange Verfahrensdauer) oder hält ihn im Zeitpunkt seines Verfahrens aufgrund von Wiedergutmachung für nicht mehr so falsch gesinnt wie noch im Augenblick der Tat (vgl. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB und dessen Anweisung, bei der Strafzumessung auch die Gesinnung zu berücksichtigen, die aus der Tat spricht).

Nur ein weiterer Faktor, der das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft mindert, ist der Selbstwiderspruch, in den sich der Staat begäbe, wenn er einen Täter bestrafe, den er zuvor nachdrücklich zur Tat aufgefordert hat. Denn eine Bestrafung erschiene dann wie schon gesagt unbillig, das Verhalten des Staates wie ein *venire contra factum proprium*. Ob es sich tatsächlich um eine Verringerung des Vergeltungsbedürfnisses auf null handelt – oder auf nahe null –, ist eine empirische Frage, die derzeit niemand beantworten kann. Aber eine bejahende Antwort erscheint mindestens ebenso gut vorstellbar wie eine verneinende und ist daher *faute de mieux* auch gut vertretbar.

Verringert ein Umstand aber das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft und liegt somit auf jenem Feld, über dem *Vergeltungsgerechtigkeit* steht, so ist er idealerweise im materiellen Recht zu berücksichtigen und muss dort die Strafbarkeit verringern oder ausschließen. Denn idealerweise, will sagen: in einem maximal stimmigen Strafrecht, werden alle Fragen der Vergeltungsgerechtigkeit im materiellen Strafrecht entschieden und alle Fragen der Verfahrensgerechtigkeit im Strafprozessrecht.

Innerhalb des materiellen Strafrechts kommt es dann darauf an: Verändert ein Umstand das Gewicht der Tat, hat er in der Regel mit Unrecht und Schuld zu tun (eine Ausnahme sind meines Erachtens Regeln zur Nachsicht mit menschlicher Schwäche, aber das muss hier auf sich beruhen)<sup>32</sup>. Beispiele sind ein Mehr oder Weniger an Gefährlichkeit, an Rücksichtslosigkeit, an Schaden, an Sonderpflicht, an Vorsatz und an Hilflosigkeit des Opfers. Lässt ein Umstand das Gewicht der Tat hingegen unberührt, beseitigt aber gleichwohl unser Vergeltungsbedürfnis, so tut er dies jenseits von Unrecht und Schuld – und ist daher als Strafausschlussgrund zu normieren. Verschwindet das Vergeltungsbedürfnis nur hinsichtlich bestimmter Tatbeteiligter, muss es ein persönlicher Strafausschlussgrund sein, sonst ein sachlicher<sup>33</sup>.

Bei unerlaubt intensiven Tatprovokationen mindert sich das Vergeltungsbedürfnis wahrscheinlich – es handelt sich wie gesagt um eine empirische Frage – lediglich zugunsten der provozierten Personen, das heißt zugunsten jener Personen, die der Provokateur angesprochen hat. Recht sicher dürfte das sein, sofern aus Sicht des Lockspitzels nicht zu erwarten stand, dass es außer der Zielperson weitere Beteilig-

fassungsgerichts BVerfG EuGRZ 2010, 145; BVerfG BeckRS 2014, 59593; BVerfG NJW 2020, 675; BVerfG NJW 2023, 1277.

<sup>30</sup> Erstmals EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94 (Teixeira de Castro v. Portugal), Rn. 39: „That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial.“

<sup>31</sup> Grundlegend BGHSt 52, 124.

<sup>32</sup> Näher T. Walter, Kern des Strafrechts, 2006, S. 136 ff., sowie ders., in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 194 ff.

<sup>33</sup> Zum Begriff des sachlichen Strafausschlussgrundes T. Walter (Fn. 31 – LK-StGB), Vor § 13 Rn. 186 m.w.N.



te geben werde. Aber selbst wenn ein Lockspitzel dies weiß – wie bei Rauschgiftgeschäften praktisch immer – oder wenn er sogar selbst anregt, Dritte zu beteiligen („hol dir doch Hilfe“), dürfte der Einwand selbstwidersprüchlichen Verhaltens für das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft nur zugunsten derer wirken, an die sich der Lockspitzel mit seinen unerlaubt nachdrücklichen Bitten gewandt hatte; auch wenn der Selbstwiderspruch objektiv zumindest hinsichtlich all jener vorliegt, deren Beteiligung sich der Lockspitzel in seinen Erklärungen gewünscht hatte. Für einen persönlichen Strafausschließungsgrund statt eines sachlichen spricht ferner, dass sich nur von denen, an die sich der Lockspitzel gewandt hat, sagen lässt, sie seien von einem staatlichen Akteur korumpiert worden.

*b) Persönlicher Strafausschließungsgrund bei Missbrauch persönlichster Beziehung*

Ähnlich liegen die Dinge, wenn ein Lockspitzel eine höchstpersönliche Nähebeziehung begründet oder aufrechterhält, um eine Tat zu provozieren, und diese Beziehung dann auch für eine solche Provokation nutzt. Allerdings sinkt das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft in solchem Fall nicht unbedingt bereits aufgrund der Überlegung, dass der Staat gegenüber dem Provozierten selbstwidersprüchlich handelte, wenn er ihn bestrafte; und zwar dann nicht, wenn die Provokation ihrer Intensität nach eine erlaubte war, also nicht den starken bis dringenden Wunsch zum Ausdruck gebracht hat, die Tat möge begangen werden.

Jedoch ist der Missbrauch einer höchstpersönlichen Nähebeziehung, insbesondere einer Liebesbeziehung, für den Provozierten eine Art Poena naturalis – spätestens wenn er am Schluss davon erfährt. Schließlich handelt es sich um einen Bruch zwischenmenschlichen Vertrauens, den man sich übler kaum vorstellen kann. Hinzu kommt, dass der Staat auch dann selbstwidersprüchlich handelt, wenn sein Lockspitzel nur verhalten provoziert und nicht willensdominant. Der Selbstwiderspruch ist in diesem Fall zwar nicht so deutlich, aber ebenfalls vorhanden. Denn wieder verfolgt der Staat erst das Ziel, dass jemand eine Straftat begehe, und wirft sie ihm dann vor.

Zusammen mit der zwischenmenschlichen Strafe, von einem vertrauten, oft dem vertrautesten Menschen hintergangen worden zu sein, kann jenes verbleibende, kleinere venire contra factum proprium dafür sorgen, dass ein Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft unter die Schwelle des Beachtlichen sinkt, wenn der Lockspitzel eine höchstpersönliche Nähebeziehung missbraucht. Und dann ist erneut ein persönlicher Strafausschließungsgrund die legislativ passendste Lösung.

*c) Keine besondere Rechtsfolge, wenn die Tat unerlaubt Dritte schädigt*

Stiftet der Lockspitzel zu einer Tat an, die unerlaubt Dritte gefährdet oder schädigt (vgl. oben II. 2. c), ist sein Verhalten aber im Übrigen nicht zu beanstanden, so sind keine anderen Rechtsfolgen am Platze als jene, die das geltende Recht bereits gegenüber den verantwortlichen Akteuren vorsieht, namentlich das Disziplinarrecht gegenüber Verdeckten Er-

mittlern, das Vertragsrecht gegenüber V-Leuten und das Strafrecht gegenüber beiden Spielarten des Lockspitzels, sofern eine solche Tatprovokation als Anstiftung strafbar ist (was allerdings nach herrschender Meinung<sup>34</sup> Vorsatz auch hinsichtlich einer „materiellen Beendigung“ verlangt). Denn es gibt weder einen Grund, den Provozierten materiellrechtlich zu entlasten, noch einen, das Verfahren gegen ihn für unzulässig zu halten. Auch dann nicht, wenn der Lockspitzel wissentlich oder gar absichtlich gehandelt hat.

Materiell-rechtlich ist nichts veranlasst, weil nichts die Vergeltungsgerechtigkeit gegenüber dem Provozierten gefährdet. Und es ist auch nicht zu erkennen, warum es ein Verfahrenshindernis geben sollte. Die Abwägungslehre der herrschenden Meinung<sup>35</sup> kommt nicht zum Zuge, weil sie sich auf *Verfahrensfehler* bezieht, die der Verfahrensgerechtigkeit schaden können. Eine unerlaubte Tatprovokation ist aber schon kein Verfahrensfehler, denn zum Zeitpunkt der Provokation gibt es noch überhaupt kein Verfahren (wegen der provozierten Tat, um die es an dieser Stelle einzig geht).

Handelt der Lockspitzel wissentlich oder sogar absichtlich, gibt es zwar ein Bedürfnis, ihn und gegebenenfalls auch seine Führungsbeamten zu disziplinieren. Das richtige Mittel dafür sind aber unmittelbare Sanktionen aufgrund Disziplinar-, Vertrags- oder Strafrechts und nicht der Verzicht darauf, die provozierte Tat zu verfolgen. Einem solchen Verzicht stände zum einen das berechnete Interesse des Dritten an einer Ahndung der gegen ihn gerichteten Tat entgegen. Zum anderen wäre nicht einzusehen, warum der Täter davon profitieren sollte, dass staatliche Akteure eine Norm verletzt haben (ein Provokationsverbot), die nicht seinem Schutz dient, sondern dem seines Opfers.

*d) Ebenso, wenn ein Vortatverdacht oder richterlicher Beschluss fehlt*

Verlangt das Gesetz einen Vortatverdacht und setzen sich der Lockspitzel und vielleicht schon seine Führungsbeamten darüber hinweg, so wird dieser Mangel geheilt, wenn die – unaufdringliche – Provokationshandlung tatsächlich eine Tat provoziert. Denn dies beweist, dass der Provozierte tatgeneigt war. Es gibt dann auch keinen Grund, eine Verfolgung der provozierten Tat zu verbieten, um indirekt die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren (für die ein solches Verbot ein Rückschlag wäre). Zum einen haben bereits andere Normen einzig und allein eine solche Funktion, namentlich das Disziplinarrecht. Zum anderen wäre der Preis zu hoch, den man für eine solche ergänzende Disziplinierung zu bezahlen

<sup>34</sup> OLG Oldenburg NJW 1999, 2751 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 26 Rn. 4; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 45 Rn. 71; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 893. Weitere Nachweise bei Y. Hübner (Fn. 8), S. 193 ff. (insb. Fn. 1018 f.).

<sup>35</sup> BVerfGE 130, 1 (29 ff.); BGHSt 24, 125; 44, 243 (249). Weitere Nachweise für die st. Rspr. bei Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 161 Rn. 143.

hätte. Denn dieser Preis wäre die Vergeltungsgerechtigkeit gegenüber dem Täter.

Schließlich gibt es auch gegenüber diesem Täter keinen Grund, ihm die Strafverfolgung zu ersparen. Die Abwägungslehre der herrschenden Meinung kommt wiederum nicht zum Zuge, weil es noch kein Strafverfahren gibt. Und es besteht kein Anlass, diese Lehre analog anzuwenden. Denn ihre Ratio ist, dass bestimmte gravierende Verfahrensfehler die Verfahrensgerechtigkeit beschädigen und dass der Beschuldigte, zu dessen Gunsten das Verfahren gerecht zu sein hat, dafür einen Ausgleich beanspruchen kann. Machen die staatlichen Akteure jedoch schon bei der Provokation einen Fehler, gibt es noch kein Verfahren und damit auch noch keine Forderung nach Verfahrensgerechtigkeit.

Das alles gilt für den Richtervorbehalt entsprechend. Geheilt wird der Ausfall einer richterlichen Vorabprüfung der Provokationsvoraussetzungen dadurch, dass diese Voraussetzungen in dem Strafverfahren gegen den Provozierten richterlich geprüft werden, wenn im Raume steht, dass die Provokation rechtswidrig war. Zur Abwägungslehre und zu dem Bedürfnis, die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren, ist das Nötige bereits gesagt.

#### 4. Fehlerfolgen für das Verfahren wegen Vortatverdachts

##### a) Keine unmittelbare Anwendung der Abwägungslehre

Die Abwägungslehre der herrschenden Meinung kann wiederum nicht unmittelbar zum Zuge kommen, denn sie bezieht sich auf Verfahrensfehler bei den *Ermittlungen* gegen einen Beschuldigten. Die Tatprovokation ist aber keine Ermittlungsmaßnahme, sondern eine präventive Maßnahme, die lediglich der Prozessökonomie zuliebe aus einem Strafverfahren heraus vollzogen wird. Sofern, wie hier empfohlen, ein Vortatverdacht Provokationsvoraussetzung ist, richtet sich diese präventive Maßnahme zwar gegen jene Person, die in dem Strafverfahren Beschuldigter ist. Doch auch dadurch wird sie nicht zur Ermittlungsmaßnahme. Denn es ist nicht ihr Ziel, den Vortatverdacht aufzuklären (oben III. 3.). Vielmehr hat man allenfalls die Hoffnung, mit Glück auch noch etwas über die Vortat zu erfahren – während das Ziel darin besteht, künftige unkontrollierte Kriminalität des Beschuldigten und etwaiger Hintermänner zu verhindern, mindestens zu erschweren.

##### b) Analoge Anwendung der Abwägungslehre

Auf den ersten Blick gibt es auch keinen Grund, die Abwägungslehre analog zu praktizieren. Denn wieder geht es nicht um Fehler bei einer Ermittlungsmaßnahme. Aber es geht immerhin um Fehler in jenem Strafverfahren, in dem der Beschuldigte Verfahrensgerechtigkeit verlangen und daher potentiell einen Anspruch auf einen Ausgleich haben kann, wenn Verfahrensregeln verletzt worden sind. Zwar ist die Tatprovokation eine präventive Maßnahme, und wenn man den Begriff des Strafverfahrens ideal definiert, findet sie aufgrund ihres präventiven Charakters außerhalb eines solchen Verfahrens statt. Das wäre aber eine lebensferne, eben ideale Betrachtung, die auch nicht zur Definition des Verfahrens i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG passte. Man kann daher

die Tatprovokation ebenso zu jenem Strafverfahren rechnen, das ihr den Vortatverdacht liefert, wie eine Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr, § 112a StPO.

Wenn die Tatprovokation dann rechtswidrig ist, steht man vor der Frage, ob dies die (Straf-)Verfahrensgerechtigkeit zum Nachteil des Beschuldigten beeinträchtigt und er dafür einen Ausgleich beanspruchen dürfe. Eine bejahende Antwort kommt in Betracht, wenn staatliche Akteure Regeln verletzen, die dem Schutz jedenfalls auch des Beschuldigten dienen. Dies wiederum lässt sich in mindestens drei Fällen annehmen: wenn ein Richtervorbehalt missachtet wird, wenn der Lockspitzel unerlaubt nachdrücklich provoziert und wenn er in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindringt, indem er für die Provokation eine höchstpersönliche Nähebeziehung begründet oder ausnutzt.

Handeln der Lockspitzel und womöglich auch seine Führungsbeamten vorsätzlich – wie anzunehmen – oder gar absichtlich, spricht einiges dafür, das Recht des Beschuldigten auf ein regelkonformes Verfahren stärker zu gewichten als das staatliche Interesse an der Strafverfolgung und daher für jene Beweise ein Verwertungsverbot anzunehmen, die bei den Ermittlungen aufgrund der rechtswidrig provozierten Tat erlangt worden sind. Hinzu kommt das Interesse an einer indirekten Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden. Und es gibt kein widerstreitendes Interesse Dritter an der Strafverfolgung, weil die Tat keine Güter Dritter buchenswert gefährdet oder geschädigt hat.

Hat sie dies doch getan, so leidet die Tatprovokation an einem anderen Mangel. Er führt zumindest dann auch zu einem anderen Abwägungsergebnis, wenn er der einzige Mangel der Provokation gewesen ist (und nicht zu einem der drei zuvor genannten hinzutritt). Denn jetzt haben staatliche Akteure keine Regel verletzt, die den Schutz des Beschuldigten bezweckte, sondern eine, die allein drittschützende Funktion hat.

#### V. Schluss: vom Nutzen der Straftheorie und der Dogmatik

Der deutsche Gesetzgeber ist gerade drauf und dran, einen Grundlagenirrtum in die Strafprozessordnung zu schreiben, der die betroffene Vorschrift – zur Tatprovokation – jedenfalls dann totes Recht werden lässt, wenn die Justiz sie ernst nimmt. Der Irrtum besteht darin, Tatprovokationen für Ermittlungsmaßnahmen zu halten. Das waren sie nie – und müssen es auch nicht sein. Lebendiges Recht kann eine Befugnisnorm zur Tatprovokation nur werden, wenn sie darauf verzichtet, dass Ermittlungserfolge hinsichtlich einer früheren Tat zu erwarten sind. Das gilt auch für eine Befugnisnorm in der Strafprozessordnung. Sie sollte aber einen Vortatverdacht hinsichtlich der Zielperson voraussetzen; auch wenn dies Tatprovokationen gegenüber dem Status quo deutlich seltener zulässig macht.

Ist eine Tatprovokation so intensiv, dass sie den Stempel „rechtsstaatswidrig“ verdient, wäre eine Bestrafung des Provozierten ungerecht, da von Seiten des Staates krass selbstwidersprüchlich. Diese Ungerechtigkeit hat aber nichts mit der Fairness eines Verfahrens zu tun; es geht nicht um ein unfares, etwa täuschendes oder voreingenommenes Procedieren post delictum. Vielmehr liegt diese Ungerechtigkeit

darin begründet, dass eine Bestrafung durch den Staat dann keine legitime Vergeltung mehr wäre – weil sich der Staat die fragliche Tat selbst dringend gewünscht hatte. Daher ist die legislativ passendste Antwort auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation ein materiell-rechtlicher Strafausschlussgrund.

Diese Einsichten verdanken sich in ihrem ersten Teil einfachen rechtstatsächlichen und ebenso schlichten dogmatischen Überlegungen. Sie sind so einfach, dass man sich fragt, wie jemand überhaupt je hat auf die Idee kommen können, die Tatprovokation für eine Ermittlungsmaßnahme zu halten. Rechtsstaatswidrige Provokationen betreffend beruhen die Überlegungen dieses Beitrags auf einer klaren und der Wirklichkeit entsprechenden Straftheorie, die schon Anfang des letzten Jahrhunderts von Vertretern der sogenannten klassischen Schule ausbuchstabiert wurde und die nur deshalb in Vergessenheit geriet, weil man irrig annahm, sie widerspreche den berechtigten Reformforderungen der soziologischen Strafrechtsschule Franz von Liszts.<sup>36</sup>

Diese Theorie besagt, dass Kriminalstrafen den Zweck haben, für Gerechtigkeit zu sorgen, das heißt für gerechte Vergeltung. Dass dies mit einem wirksamen Maßregelrecht ebenso zu vereinbaren ist wie mit humanen Sanktionen, mit dem Resozialisierungsgebot und weiteren präventiven Regelungen, ist hier so wenig auszuführen wie die Tatsache, dass allein eine solche Straftheorie in der Lage ist, exzessiver, präventiv (schein-)begründeter Kriminalpolitik Grenzen zu ziehen.<sup>37</sup>

Hingewiesen sei abschließend indes darauf, dass diese Straftheorie auch die Einzige ist, die eine *funktionale Straftatlehre* ohne Zirkelschlüsse ermöglicht. Das beginnt, wie oben gezeigt, bereits bei der Unterscheidung von materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht: Umstände, die unser Vergeltungsbedürfnis modellieren, gehören in die Tatbestände materiell-rechtlicher Normen. Das Verfahrensrecht hat zwar ebenfalls einem Gerechtigkeitsgebot zu genügen. Aber dabei geht es nicht um die Vergeltungsgerechtigkeit, die der materiell-rechtlichen Strafbarkeit zugrunde liegen muss, sondern um eine Verfahrensgerechtigkeit, die andere Ausprägungen hat und die Fairness von Spielregeln und von deren Vollzug betrifft.

---

<sup>36</sup> Exemplarisch für besagte Spielart der klassischen Schule *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; dazu *mein* Kurzbeitrag in der Rubrik „Wiedergelesen“: *T. Walter*, JZ 2023, 196.

<sup>37</sup> Näher etwa *T. Walter*, ZIS 2011, 636, und JZ 2019, 649.