

Der „agent provocateur“ aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht

Bekannt aus dem gerichtlichen Strafrecht kommt dem agent provocateur im Verwaltungsrecht noch eine vergleichsweise unbedeutende Rolle zu. Der Beitrag widmet sich eben dieser Thematik unter Einbeziehung der neuesten Rechtsprechung des EGMR.

Deskriptoren: agent provocateur, Strafbarkeit, Strafzumessungslösung.

Normen: § 5 StPO; Art 18 B-VG; § 7, 8 VStG; Art 6, 7 MRK; § 132 StPO; § 100 FinStrG.

Von Lukas-Sebastian Swoboda

I. Einleitung

Vorweg sei festgehalten, dass die Rolle des agent provocateurs nie mit jener des Lockspitzels im Bereich des gerichtlichen Strafrechts vergleichbar sein wird. Dies liegt unter anderem an den deutlich geringeren Strafrahmen im Bereich des Verwaltungsstrafgesetzes und bietet dahingehend auch einen Erklärungsansatz für das durchwegs lasche gesetzgeberische „Handling“ der Problematik des agent provocateurs im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Nichtsdestotrotz soll es Ziel dieses Beitrages sein, einen Einblick in die Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Lockspitzelverbots im Bereich des Verwaltungsstrafrechts und gerichtlichen Strafrechts zu ermöglichen. Dabei zeigt sich, dass die wesentlichen Grundsätze des gerichtlichen Strafrechts auch auf die des Verwaltungsstrafrechts umzumünzen sind und auch die auf das gerichtliche Strafrecht zugeschnittenen Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Bereich des Verwaltungsstrafrechts ihre Berechtigung besitzen. Obwohl das gerichtliche Strafrecht stets in aller Munde ist, so soll doch nicht außer Betracht gelassen werden, dass es letztendlich (zumeist) die Materie des Verwaltungsstrafrechts ist, die uns tagtäglich begegnet. Sei es ein Drängler auf der Autobahn, ein 15-Jähriger der in einem Lokal ein Bier bestellt oder die Inbetriebnahme eines KFZ im alkoholisierten Zustand – dies alles sind Handlungen, die verwaltungsstrafrechtliche Tatbestände erfüllen und die Materie des Verwaltungsstrafrechts auf Grund seiner praktischen Bedeutung auch für den Nichtjuristen so einzigartig macht.

II. Historische Entwicklung des Lockspitzelverbots

Moderner Strafprozess und das Verbot des Einsatzes von Lockspitzel¹ sind untrennbar miteinander verbunden. Sohin ist es nicht weiter verwunderlich und bedarf keiner weiteren ausschweifenden Erläuterungen, dass das staatliche Verbot des agent provocateur² zeitgleich mit der Ära des „modernen Strafprozesses“ in die österreichische Rechtsordnung Eingang gefunden hat.

Die als Ausfluss der Revolution 1848 entstandene *provisorische Strafproceßordnung* aus dem Jahre 1850, sah neben der – zum Teil bis heute bestehenden – Zuständigkeit von Geschworenengerichten für alle schweren Verbrechen, Pressedelikte und politische Straftaten,³ einen Schutz vor rücksichtsloser Wahrheitsforschung durch staatliche Organe vor.

Die, die post revolutionäre Epoche des modernen Strafprozesses einleitende, StPO 1850 bettete sohin das Lockspitzelverbote erstmals auf Gesetzesebene ein, wodurch einer schrankenlose Erforschung der Wahrheit durch staatliche Strafverfolgungsbehörden und deren Organe ein Riegel vorgeschoben wurde.⁴

Staatliche Organe sollten vielmehr „nur in solcher Weise, wie es die Würde des Staates und der in seinem Namen auftretenden Repräsentanten der öffentlichen Ordnung erfordert“⁵, Nachforschungen zur Wahrheitsfindung anstellen. Mit dem Erlass der Allgemeinen Strafproceßordnung vom 29. Juli 1853⁶ „fand die neoabsolutistische Umgestaltung der Rechtspflege ihren Abschluss“⁷.

Der in der StPO 1853 normierte § 146 hielt fest, dass es „... weder einem Strafgerichte, noch irgend einer anderen Obrigkeit erlaubt sei, Jemanden, der einer strafbaren Handlung verdächtigt ist, unmittelbar selbst, oder durch insgeheim bestellte Leute, auf irgendeine Art zu verleiten, sein böses Vorhaben wirklich in Ausführung zu bringen, die strafbare Handlung fortzusetzen oder zu wiederholen, um auf solche Weise Verdachtsgründe oder Beweismittel gegen ihn aufzubringen; oder einen solchen Verdächtigen oder auch schon rechtlich Beschuldigten

1 Nicht zu verwechseln mit der grundsätzlich zulässigen verdeckten Ermittlung, vgl dazu *Bachmer-Foregger*, StPO¹⁹ (2009) 33.

2 *Swoboda*, Rechte und Pflichten von Straßenaufsichtsorganen, ZVR (2015) 439.

3 *P. Czech*, Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube – Majestätsbeleidigung unter Kaiser Franz Joseph (2010) 119.

4 *Wiederin* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 108 (Stand 1.10.2013, rdb.at).

5 *Würth*, Die österreichische Strafproceßordnung vom 17. Jänner 1850 (1851) 15.

6 Inkrafttreten mit 30. September des Folgejahres (Anm).

7 *Czech*, Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube, 121.

durch insgeheim bestellte Personen zu Geständnissen verlocken zu lassen, um von derlei Geständnissen bei der strafgerichtlichen Untersuchung Gebrauch zu machen.“ Die „gewissermaßen ein Ausführungsgesetz zur liberalen Dezember-Verfassung 1867 mit derer heute noch geltenden Grundrechtskatalog“⁸ darstellende, dem modernen Grundrechtsverständnis weitestgehend gerecht werdende Strafprozessordnung aus dem Jahre 1873 folgte der ablehnenden Haltung der StPO 1853 in Bezug auf „Widerrechtliche Mittel zur Erlangung rechtlicher Verdachtsgründe“.⁹ Die in der StPO 1873 enthaltene Bestimmung, wurde durch das Strafprozessreformgesetz 2004 unter Beibehaltung des wesentlichen Inhalts gekürzt¹⁰ und dem § 5 Abs 3 der nunmehr geltenden StPO aus dem Jahre 1975 zu Grunde gelegt.¹¹

In diesem Zusammenhang gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass die StPO als solche bzw der das Lockspitzelverbot normierende § 5 Abs 3 StPO, wonach „*Beschuldigte oder andere Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat zu verleiten oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken*“ unzulässig ist, lediglich auf mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlungen anzuwenden ist, sohin Verwaltungsübertretungen *expressis verbis* von der Bestimmung des § 5 Abs 3 StPO nicht erfasst werden.^{12, 13}

III. Der „agent provocateur“

Der aus der französischen Sprache stammende Begriff des „agent provocateur“ lässt sich wohl am ehesten mit dem deutschen Wort „Lockspitzel“ übersetzen. Sinn des, dem gerichtlichen Strafrecht seit vielen Jahren geläufigen und nützlichen Institut des agent provocateur ist es, zum Zwecke der Beweiserhebung einen Dritten zur einer Straftat zu verleiten. Die Person des agent provocateur

kann sowohl ein behördliches Organ sein, als auch eine – für die jeweilige Behörde agierende – Privatperson. Der Umstand, dass es weder in der Rspr, noch in der Lehre (mit Ausnahme des gelungenen Beitrages von Gerhard Muzak in der FS Mayer von 2011) weitergehende Ausführungen¹⁴ in Bezug auf den agent provocateur im Verwaltungsstrafrecht gibt, erscheint trotz der naturgemäß bestehenden öffentlichen, medialen aber auch juristischen Unterordnung des Verwaltungsstrafrechts unter den „großen Bruder“ des gerichtlichen Strafrechts, ob deren augenscheinlichen Praxisrelevanz¹⁵ erstaunlich. In den letzten Jahren wird der Ruf nach „Testpersonen“¹⁶ unter dem Argument, wonach eine Anwendung solcher Ermittlungs- und Überführungsmethoden für die zielführende Bekämpfung künftiger Straftaten notwendig seien, ungleich lauter. Das Hauptargument, wonach mit Hilfe des Einsatzes von Lockspitzeln der Masse an verwirklichten Verwaltungsstrafdelikten in Zukunft Einhalt geboten werden kann, erscheint insbesondere nicht mit dem in § 18 Abs 1 BV-G normierten Legalitätsprinzip vereinbar.¹⁷

IV. Das Legalitätsprinzip¹⁸

Dass jedes gegenüber einem Rechtsunterworfenen vorgenommene Handeln eines Verwaltungsorgans eine gesetzlichen Grundlage bedarf, manifestiert sich in Art 18 B-VG, in dem folgendes geschrieben steht: „*Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze erfolgen*“. Wie Muzak¹⁹ bereits treffend festhielt, setzt der agent provocateur Handlungen, die die „Rechtssphäre der provozierten Person berühren“. Da die Organe sich im Zuge der Tätigkeit als Lockspitzel oftmals Rechtsgeschäfte abschließen (vorgetäuschter Drogenkauf) lässt sich deren Handeln mitunter der Privatwirtschaftsverwaltung²⁰ zuordnen. Gerade deswegen ist es von beson-

8 W. Brandstetter/E. Rainer/G. Strasser, Stellungnahme und Vorschläge des von der Bundesministerin für Justiz Mag. Claudia Bandion-Ortner eingesetzten Expertenrates zu den Themen:

1. Entwicklung von Vorschlägen und Strategien, wie die Transparenz von Entscheidungen der Staatsanwaltschaften und Aufsichtsbehörden erhöht werden kann – unter Wahrung der Rechte der Betroffenen und der Amtsverschwiegenheit,
2. Evaluierung der Funktionsfähigkeit der Fachaufsicht über die Staatsanwaltschaften, auch anhand konkreter, im Einzelfall von der Bundesministerin für Justiz genannter Fälle.

9 Die Marginalie des § 146 der StPO 1853 in Zusammenhang mit der StPO 1873 erwähnend, *Wiederin in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 108.

10 *Wiederin in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 108.

11 http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/II_00025/imfname_001977.pdf (Stand 22.11.2015).

12 *Wiederin in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 113.

13 Beachte in diesem Zusammenhang weiters die Bestimmung des § 100 FinStrG, welcher das Verbot des Einsatzes von Lockspitzel auch auf die vor den Finanzbehörden (dh Verwaltungsstrafataten) zu ahndenden Straftaten erweitert.

14 So etwa ausführlich *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 413 ff; den „agent provoca-

teur“ im Verwaltungsstrafrecht erwähnend *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze II (2000) § 7 Rz 4; ebenso *Wessely* in N. Raschauer/Wessely, VStG (2010) § 6 Rz 2.

15 Man denke bspw. nur an Testkäufe Minderjähriger in Trafiken.

16 Dazu *Haybäck*, Die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Testbeobachtung, WBl 1995, 389.

17 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 416 f.

18 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 416.

19 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 417.

20 Die Geltung des Legalitätsprinzips nach Art 18 B-VG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (nicht hoheitliche Verwaltung staatlicher Organe bzw Behörden) wird teils heftig und kontrovers diskutiert, vgl dazu *Berka*, Verfassungsrecht – Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁴ (2012) Rz 655 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 570; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 228; *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 417.

derer Bedeutung, das Handeln eines staatlichen agent provocateurs der Hoheitsverwaltung zuzurechnen, was im Hinblick den engen Zusammenhang mit hoheitlichen Kompetenzen und dem Eingriff in die Grundrechte der Rechtsunterworfenen allzu logisch erscheint. Ob die anstiftenden Akte direkt von Organen der Behörde vorgenommen werden oder von der Behörde zuzurechnenden Privatpersonen ist in dieser Hinsicht außer Betracht zu lassen, da deren Akte ebenfalls in hoheitlicher Form ergehen.²¹

V. Die Strafbarkeit der handelnden Personen

A. Die Anstiftung im Verwaltungsstrafrecht

„Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Verwaltungsübertretung begeht, oder wer vorsätzlich einem anderen die Begehung einer Verwaltungsübertretung erleichtert, unterliegt der auf diese Übertretung gesetzten Strafe, und zwar auch dann, wenn der unmittelbare Täter selbst nicht strafbar ist.“²²

Der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung des § 7 VStG lässt sich bis auf den geforderten Vorsatz, kein weitergehendes subjektives Erfordernis zur Erfüllung des Tatbestandes der Anstiftung entnehmen. Daher ist es unbedeutend, warum und weshalb es zu einer Anstiftung kommt.²³

Schließt man sich der hL und gängigen Rechtsprechung an und befindet die Provokation des Lockspitzels zur Begehung einer strafbaren Handlung als Anstiftung iSd § 7 VStG, so hat dies zur Folge, „dass es bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Anstifters nicht auf dessen Motiv²⁴ ankommt, wonach die Strafbarkeit des „agent provocateur“ grundsätzlich zu bejahen ist.“²⁵ Muzak führt dahingehend weiter aus, dass es gleichgültig ist, „warum der Täter dies tut. Es spielt keine Rolle, ob er dies aus Spaß, zur Erzielung eines persönlichen Vorteils oder... um die Bestrafung eines anderen zu erreichen und dadurch weitere Delikte auch anderer Personen zu verhindern.“²⁶ Insbesondere der VwGH hat bezüglich der Anwendung des § 7 VStG einige Grundsätze entwickelt. Voraussetzung für das Vorliegen einer Verwaltungsstraf-

tat ist, dass der unmittelbare Täter rechtswidrig den jeweiligen Tatbestand erfüllt, sohin tatbestandsmäßig die Haupttat begeht.²⁷ Nur in diesem Fall liegt eine „anstiftbare“ Verwaltungsübertretung vor. Die Strafbarkeit des unmittelbaren Täters ist grundsätzlich nicht erforderlich. Hat der unmittelbare Täter daher das Glück in den „Genuss“ eines Schuldausschließungs- oder Strafausschließungsgrundes zu kommen, so gelangt dies dem Anstifter nicht zum Vorteil.²⁸ Die Straflosigkeit des unmittelbaren Täters ändert sohin an der Strafbarkeit des Anstifters nichts.²⁹

Demgegenüber muss der Anstifter vorsätzlich und kausal im Hinblick auf die Haupttat handeln.³⁰

B. Strafbarkeit des „agent provocateur“³¹

1. Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Wie bereits oben angeführt, gilt es für eine ev Strafbarkeit des Anstifters zunächst die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des unmittelbaren Täters zu prüfen. Erfüllt das Verhalten des unmittelbaren Täters keinen Tatbestand oder handelt dieser nicht rechtswidrig, so ist eine Anstiftung rechtlich nicht denkbar.

Die rechtliche Unmöglichkeit der Anstiftung führt sohin zur Straflosigkeit der Anstiftung, obwohl im rechtlichen Sinne jedoch keine Anstiftung stattgefunden hat.

2. Kausalität

Dem Prinzip der *condictio sine qua non* folgend ist zu fragen, ob der unmittelbare Täter auch ohne das Wirken des Anstifters die Tat begangen hätte. Ist dies nicht der Fall, so scheidet die Strafbarkeit des agent provocateurs an mangelnder Kausalität im Sinne der *condictio sine qua non*.

3. Vorsatz

Das gerichtliche Strafrecht als Vorbild habend, sieht auch das VStG keine bestimmte Form der subjektiven Tatseite vor, wonach grundsätzlich bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) ausreicht.³² Der Anstifter ist sohin strafbar,

21 Den dahinterstehenden Sinn des Schutzes des Provozierten verkennend: *Fellner*, Staatlich provozierte Abgaben- und Monopolhehlerei, SWK 2009, 683, der das Handeln privater Lockspitzel gänzlich für irrelevant befindend.

22 So normiert in § 7 VStG.

23 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 418.

24 *Fellner*, Staatlich provozierte Abgaben- und Monopolhehlerei, SWK 2009, 683; *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 417.

25 *Swoboda*, Rechte und Pflichten von Straßenaufsichtsorganen, ZVR (2015) 439.

26 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 418.

27 VwGH 27.4.1999, 99/05/0020.

28 VwGH 21.2.1963, 1696/61.

29 Ein Fall der sogenannten „limitierten qualitativen Akzessorität“.

30 VwGH 25.11.1983, 83/02/0085.

31 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 418 ff.

32 *Reindl-Krauskopf* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 5 Rz 34 (Stand: 1.8.2015, rdb.at).

wenn er die Deliktvollendung ernsthaft für möglich hält und sich mit dieser abfindet.^{33, 34}

4. Zeitlicher Aspekt bei der Beurteilung der Strafbarkeit³⁵

Der Formulierung des § 7 VStG ist zu entnehmen, dass es bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Anstifters nicht auf dessen Motiv ankommt, wonach die Strafbarkeit des agent provocateur grundsätzlich zu bejahen ist. Hierbei gilt es jedoch insbesondere folgende unterschiedliche zeitliche Stadien der Deliktsbegehung bzw. Vollendung zu unterscheiden,³⁶

- Hat der unmittelbare Täter noch nicht einmal das Versuchsstadium erreicht, so kann es mangels Rechtswidrigkeit keinen Anstifter geben und der „agent provocateur“ ist sohin straffrei.
- Gleiches gilt, wenn der unmittelbare Täter im Versuchsstadium stecken bleibt, es daher zu keiner Tatvollendung kommt und der Versuch der Verwaltungsübertretung nicht iSd § 8 Abs 1 VStG für strafbar erklärt wurde. Abgesehen davon ist nach hM im Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich davon auszugehen, dass „Anstiftungen zum Versuch“ ebenso wie die „versuchte Anstiftung“ wegen fehlender ausdrücklicher Strafdrohung in Anbetracht des Artikels 7 MRK wohl nicht strafbar ist³⁷.
- Sollte der unmittelbare Täter das Delikt vollendet haben, steht der Strafbarkeit des handelnden Organs als Anstifter iSd § 7 VStG grundsätzlich nichts entgegen.

Oftmals entzieht sich der agent provocateur der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit durch den Einwand, dass sich der Vorsatz bloß auf den Versuch gerichtet habe und nicht auf die Vollendung des Delikts. Hierbei würde dann lediglich die generell straflose Anstiftung zum Versuch³⁸ vorliegen.³⁹

Insbesondere im Hinblick darauf, dass viele Verwaltungsübertretungen Ungehorsamsdelikte sind und folglich verglichen mit Erfolgsdelikten ein früheres Stadium

der Tatvollendung haben, scheint die Argumentation ein wenig seicht.⁴⁰

5. Beispiele

- A drängt B auf der Autobahn um diesen zu einem Wettrennen zu bewegen. B lässt sich nicht provozieren und behält die erlaubte Geschwindigkeit bei. Da B als unmittelbarer Täter keine Verwaltungsstraftat verübt, erfüllt A ebenfalls nicht die Voraussetzungen einer strafbaren Anstiftung nach § 7 VStG. Zu beachten ist jedoch, dass A selbst als unmittelbarer Täter einen Verwaltungsstraftatbestand nach der StVO (Mindestabstand) erfüllt.
- Wie oben, nur lässt sich B auf das waghalsige Rennen ein und überschreitet die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich. In diesem Fall ist B als unmittelbarer Täter und A sowohl als Anstifter gemäß § 7 VStG als auch als unmittelbarer Täter strafbar.

C. Strafbarkeit des Provozierten

Der VwGH vertritt seit Jahrzehnten die ständige Rechtsprechung, dass die Tatprovokation durch einen Beamten, dh ein Organ einer Behörde, deren Handeln dieser zugerechnet wird, an der Strafbarkeit nichts ändere.

Insbesondere im Hinblick auf die zuletzt ergangene Rechtsprechung des EGMR (ua Rs Ramanauskas, Rs Furcht gegen Deutschland), wonach dieser die Beweissicherung mittels eines agent provocateurs als mit dem Recht auf ein faires Verfahren iSd Artikel 6 EMRK im Widerspruch sieht, erscheint die Judikatur des VwGH überdenkenswert.

Der Einwand, dass die Judikatur des EGMR das klassische Kriminalstrafrecht betrifft, darf nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass das Verwaltungsstrafrecht unbestritten unter den von Artikel 6 EMRK verwendeten Begriff des „criminal charge“ fällt, wonach mMn die für das gerichtliche Strafrecht judizierten Grundsätze durchaus auch auf das Verwaltungsstrafrecht anzuwenden sind.⁴¹

33 *Reindl-Krauskopf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 5 Rz 34 (Stand: 1.8.2015, rdb.at).

34 Überraschend hohe Voraussetzungen knüpft der VwGH an die Strafbarkeit eines Anstifters in einer Entscheidung aus dem Jahre 1932, in der es heißt: „Als ‚Lockspitzel‘ oder ‚agent provocateur‘ kann der nicht angesehen werden, der sich nur die Überzeugung verschaffen will, ob jemand eine strafbare Handlung begeht, wenn er nachfragt, ob jemand eine bestimmte Ware feilhält. Anders ist es aber, wenn sich jemand keineswegs auf Nachforschungen beschränkt, sondern durch sein Verhalten die Verwaltungsübertretung veranlasst, wobei sein Wille auf die wirkliche Ausübung der Tat gerichtet ist“.

35 *Swoboda*, Rechte und Pflichten von Straßenaufsichtsorganen, ZVR (2015) 439; *Wessely* in *Raschauer/Wessely*, Kommentar zum Ver-

waltungsstrafgesetz (2009) Rz 4 ff; *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 420 f.

36 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 420 f.

37 Vgl die grundrechtlichen Garantien im Strafrecht und insbesondere zum Grundsatz des nulla poene sine lege nach Art 7. EMRK in *Berka*, Verfassungsrecht – Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁴ (2012) Rz 1615 ff.

38 *Wessely* in N. Raschauer/Wessely (Hrsg) Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz (2010) §7 Rz 9.

39 *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 495.

40 VwGH 22.12.2011, 2009/07/0211; VwGH 18.11.1971, 0951/70.

41 *Muzak*, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 425.

VI. Die Tatprovokation im Lichte der Rechtsprechung des EGMR

Spät aber doch widmet sich der EGMR der zentralen Frage des seit Jahrzehnten bestehenden Problems der Vereinbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK und der Anstiftung zu einer Tat durch einen agent provocateur. In der Rechtssache Ramanaukas kam der EGMR zu dem Schluss, das öffentliche Interesse könne „die Verwendung Beweismitteln nicht rechtfertigen, die als Ergebnis polizeilicher Anstiftung erlangt wurden.“⁴² Nach Ansicht des EGMR liegt eine polizeiliche Anstiftung dann vor, „wenn die beteiligten Polizisten... sich nicht darauf beschränken, strafbare Aktivitäten auf rein passive Weise zu ermitteln, sondern Einfluss ausüben und dadurch zur Begehung einer Straftat anstiften, die ansonsten nicht begangen worden wäre, um Beweise zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten“.⁴³

Ähnlich formulierte es der EGMR in seiner jüngsten Entscheidung zur Tatprovokation und fand diesbezüglich überraschend klare Worte:

„Das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung kann die Verwendung von Beweismitteln, die durch eine unzulässige Tatprovokation erlangt worden sind, nicht rechtfertigen, da dies den Angeklagten der Gefahr aussetzen würde, ihm von Beginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren zu nehmen.“⁴⁴

Muzak⁴⁵ hat die Rechtsprechung des EGMR wie folgt zusammenfassend treffend charakterisiert:

„Der EGMR hält es zunächst für unzulässig, jemanden zu einer Tat zu provozieren, die er ansonsten nicht begangen hätte. Freilich prüft er dies insofern abstrakt, als er miteinbezieht, ob Verdachtsmomente gegen die betreffende Person hinsichtlich Taten der jeweiligen Art vorliegen. Hierbei wird vorallem darauf abgestellt, ob die Polizei über Ermittlungen in einer im Wesentlichen passiven Weise hinausgeht. Im Ergebnis wird es als unzulässig angesehen, unverdächtige Personen zur Tatbegehung zu verleiten, ebenso wie eine besonders gravierende oder aufdringliche Provokation. Der VwGH vertritt diesbezüglich insofern eine strengere Linie als der OGH, als eine Provokation unverdächtigter Personen auch dann als

unzulässig gewertet wird, wenn dabei kein Druck ausgeübt wird.“

VII. Verbote in anderen Gesetzen

A. Strafprozessordnung (§ 5 S Abs 3 StPO)

„Beschuldigte oder andere Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat zu verleiten oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken, ist unzulässig.“⁴⁶

Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung lässt auf den ersten Blick allen Grund dazu, von einem gänzlichen Verbot des agent provocateurs auszugehen. Jedoch überlagert die lex specialis des § 132 StPO das in § 5 Abs 3 StPO normierte Verbot dahingehend, dass die Durchführung von Scheingeschäften unter gewissen – im Gesetz näher genannten – Umständen als zulässig angesehen wird.⁴⁷

B. Finanzstrafgesetz (§ 100 FinStG)

§ 100 FinStG lautet: „Den Organen ... ist es untersagt, auf die Gewinnung von Verdachtsgründen gegen eine Person oder auf deren Überführung dadurch hinzuwirken, daß diese zur Begehung, Fortsetzung oder Vollendung eines Finanzvergehens verleitet oder durch insgeheim bestellte Personen zu Geständnissen verlockt wird, die sodann der Finanzstrafbehörde hinterbracht werden.“

Die dem § 5 Abs 3 StPO ähnelnde Bestimmung des Finanzstrafgesetzes normiert ebenso das Verbot der Tatprovokation. Wesentlicher Unterschied des § 100 FinStG zu § 5 Abs 3 StPO ist jedoch, dass im Finanzstrafgesetz keine dem § 132 StPO vergleichbare Bestimmung im Sinne einer lex specialis zu finden ist, woraus geschlossen werden kann, dass das im Finanzstrafgesetz angeordnete Verbot der Tatprovokation – im Unterschied zu jenem der StPO – ein absolutes ist. Umso merkwürdiger erscheint daher die Entscheidung des VwGH vom 5.3.2009 in der der VwGH⁴⁸ „die Strafbarkeit eines durch einen agent provocateur veranlassten Finanzdelikts bejaht“⁴⁹ und der Verstoß gegen das in § 100 FinStG angeordnete

42 EGMR 5.2.2008, 74.420/01, Ramanaukas gegen Litauen.

43 EGMR 5.2.2008, 74.420/01, Ramanaukas gegen Litauen; Muzak, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 423.

44 EGMR 23.10.2014, 54648/09, Furcht gegen Deutschland.

45 Muzak, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 424.

46 Wortwahl des Absatzes 3 des § 5 StPO.

47 „Die Durchführung eines Scheingeschäfts ist zulässig, wenn die Aufklärung eines Verbrechens (§ 17 Abs. 1 StGB) oder die Sicher-

stellung von Gegenständen oder Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen herrühren oder von der Konfiskation (§ 19a StGB), vom Verfall (§ 20 StGB), vom erweiterten Verfall (§ 20b Abs. 1 StGB) oder von der Einziehung (§ 26 StGB) bedroht sind, andernfalls wesentlich erschwert wäre. Unter diesen Voraussetzungen ist es auch zulässig, zur Ausführung eines Scheingeschäfts durch Dritte beizutragen (§ 12 dritter Fall StGB).“

48 VwGH 5.3.2009, 2007/16/0064.

49 Muzak, Der „agent provocateur“ im Verwaltungsstrafrecht, in FS Mayer (2011) 429.

Verbot der Tatprovokation auf Seiten des agent provocateur lediglich disziplinarrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Abgesehen von der diesbezüglich bestehenden Rechtsunsicherheit der Rechtsunterworfenen ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die vom Verwaltungsgerichtshof gelebte Rechtsprechung in Bezug auf § 100 FinStG mit Sicherheit nicht in Einklang mit der Judikatur des VwGH zu bringen ist, da in diesem Fall wohl Straflosigkeit des Provozierten angebracht ist.

VIII. Entscheidung des EGMR in der Rs Furcht gegen Deutschland

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte in seinem Urteil eine Verletzung der in Artikel 6 EMRK normierten Verfahrensgarantien fest und betonte darin, dass das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung die Verwendung von Beweismitteln, die durch eine unzulässige Tatprovokation erlangt worden sind, nicht rechtfertigt. Insofern ist die vom EGMR vorgenommene Interessenabwägung zugunsten des Provozierten ausgegangen.⁵⁰ Der EGMR stellte überdies fest, dass eine Berücksichtigung bloß auf Ebene der Strafzumessung, wie sie der österreichische OGH in ständiger Rechtsprechung vertritt, keinesfalls ausreicht um eine Verletzung des in Artikel 6 EMRK normierten Rechts auf ein faires Verfahren zu kompensieren.

Demgegenüber steht, dass die Anforderungen⁵¹ des EGMR für die Vornahme einer Tatprovokation iSd § 5 Abs 3 StPO ungleich höher sind als jene des OGH, wodurch der Schutz des OGH im Sinne eines Ausgleichs durch Strafabschlag wohl wesentlich früher greift als der Allumfassende des EGMR.

IX. Bedeutung für die österreichische Rechtslage

Obwohl die Begründung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Furcht gegen Deutschland das gerichtliche Strafrecht vor Augen hatte, sind die darin aufgestellten Grundsätze und Voraussetzungen wie bereits oben erwähnt auch auf das österreichische Verwaltungsstrafrecht anzuwenden. Dies hätte einen gänzlichen Ausschluss aller durch die Tatprovokation erlangten Beweise zur Folge und würde letzten Endes zum Freispruch des Provozierten führen.

Dem Urteil des EGMR lässt sich eine überaus deutliche Absage an die vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung praktizierte Strafzumessungslösung entnehmen.

Die gefestigte Rechtsprechung des OGH soll aber nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass über die Verletzung des Lockspitzelverbots grundsätzlich Uneinigkeit besteht. Während der OGH dem Prinzip der Strafzumessungslösung folgend, von einer grundsätzlichen Strafbarkeit des Provozierten ausgeht, diesem in der Praxis aber eine spürbare Strafmilderung zugesteht⁵², folgt die herrschende Lehre der vom EGMR gelebten Argumentation.

Im Einklang mit der Rechtsansicht des EGMR geht die hL „bei der Tatprovokation von unwiederbringlicher Beeinträchtigung der Verfahrensfairness“ aus.⁵³

X. Fazit

Letztlich spricht mehr für die vom OGH vertretene Strafzumessungslösung. Die Judikatur des EGMR außer Acht lassend, hat der österreichische Gesetzgeber mit Einführung des StPRG bewusst auf die Normierung eines Strafausschlussgrundes verzichtet. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des StPRG lassen überdies erkennen, dass vom Gesetzgeber gerade nicht die Straflosigkeit des Provozierten gewollt ist und sohin eine Strafmilderung als angebracht erachtet wird.⁵⁴

Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die von Fuchs⁵⁵ getätigten Überlegungen, welcher sich für eine (durchaus sinnvolle) differenzierte Betrachtung in Bezug auf eine eventuelle Straflosigkeit ausspricht. Er argumentiert in dem in der ÖJZ publizierten Beitrag dahingehend, dass eine Straflosigkeit des Provozierten bei „opferloser Kriminalität“ durchaus überlegenswert und vertretbar erscheint. Demgegenüber würde ein Freispruch bei Straftaten gegen Leib und Leben ebenfalls mit den Garantien der EMRK in Konflikt geraten, da Art 2 der MRK „zur effektiven strafrechtlichen Bewehrung einschlägiger Rechtsgutverletzungen verpflichtet“⁵⁶.

Da die vom EGMR geforderte Straflosigkeit des Provozierten wohl als überschießend angesehen werden kann und sowohl die Straflosigkeit, als auch die Bestrafung des Provozierten mit unterschiedlichen Bestimmungen der EMRK (Art 2 und 6) im Widerspruch steht, scheint die vom OGH gelebte Strafmilderung unter gleichzeiti-

50 *Czech*, Weiterbestehen der Opfereigenschaft trotz Strafmilderung wegen Tatprovokation, NLMR 5/2014, 406 ff.

51 Der Provozierte muss der Tat regelrecht abgeneigt gegenübergestanden sein (Anm).

52 *Wiederin* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 134.

53 *Wiederin* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 134.

54 *Wiederin* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 135.

55 *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 497 f.

56 *Wiederin* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 135; ebenso *Kopetzki* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (2002) Art 2 EMRK Rz 73.

ger Verpflichtung, die Ermittler als Zeugen zu vernehmen und dem Gericht interne Materialien zur Wahrheitsfindung zur Verfügung zu stellen, als geringstes Übel und findet seine Legitimation in der zwischen Opfer, Provokateur und Provoziertem vorgenommenen Interessenabwägung.

XI. Auswirkungen de lege ferenda

Auch wenn Entscheidungen des EGMR selbst keine unmittelbare Wirkung auf andere anhängigen oder zukünftigen nationalen Strafverfahren haben und der EGMR

keine Kompetenz zur Aufhebung eines nationalen Urteils besitzt, so steht jedenfalls losgelöst vom Wortlaut nationaler Regelungen fest, dass weder die Rechtsansicht und ständige Rechtsprechung des OGH, noch des VwGH in Zukunft haltbar sein werden und eine EGMR-konforme Adaptierung nationaler Rechtsprechung letztendlich vorgenommen werden muss. Sollten die österreichischen Höchstgerichte weiterhin die Judikatur des EGMR außer Acht lassen, wird es zu wiederholten Verurteilungen der Republik Österreich und damit einhergehender Verpflichtung zur Zahlung (hoher) Schadenersatzbeträge kommen.⁵⁷

⁵⁷ Schweighofer im Rechtspanorama der Presse am 2.8.2015.