

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Übersetzung wurde bereits in Newsletter Menschenrechte 2023/1 veröffentlicht] Die erneute Veröffentlichung wurde allein für die Aufnahme in die HUDOC-Datenbank des EGMR gestattet. Diese Übersetzung bindet den EGMR nicht.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Translation already published in Newsletter Menschenrechte 2023/1] Permission to republish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC. This translation does not bind the Court.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Traduction déjà publiée dans Newsletter Menschenrechte 2023/1] L'autorisation de republier cette traduction a été accordée dans le seul but de son inclusion dans la base de données HUDOC de la Cour. La présente traduction ne lie pas la Cour.

Anstiftung zur Straftat durch eine bei der Polizei registrierte Vertrauensperson

Jevtic gg Österreich, Urteil vom 24.1.2023, Kammer IV (Ausschuss), 54664/16

Sachverhalt

Der Bf wurde am 30.10.2015 vom LG für Strafsachen Wien wegen Drogendelikten verurteilt. Es wurde festgestellt, dass er von einer bei der Polizei registrierten Vertrauensperson, deren Handlungen der Kriminalpolizei zugerechnet werden konnten, rechtswidrig zur Begehung der Straftaten angestiftet worden war. Aus diesem Grund wurde die Freiheitsstrafe des Bf um sechs Monate reduziert.

In einer Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH, die sich auf § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO stützte, berief sich der Bf auf die Rsp des EGMR und argumentierte, dass eine Strafmilderung nicht ausreiche, um eine rechtswidrige staatliche Tatprovokation wiedergutzumachen. Der OGH wies die Nichtigkeitsbeschwerde am 14.7.2016 als unzulässig zurück.¹ Er bestätigte, dass eine rechtswidrige staatliche Tatprovokation vorlag, argumentierte jedoch, dass der Bf seine Nichtigkeitsbeschwerde auf § 281 Abs 1 Z 4 und nicht auf § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO stützen hätte müssen. Nach Ansicht des OGH gab es keine Rechtsgrundlage dafür, dass eine rechtswidrige staatliche Tatprovokation ein Verfolgungshindernis

darstelle. Der am 1.6.2016 in Kraft getretene § 133 Abs 5 StPO sei auf den Fall des Bf nicht anzuwenden, da das LG sein Urteil vor diesem Zeitpunkt gefällt habe. Daher gebe es keine Rechtsgrundlage für eine Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO. Der Bf habe es versäumt, bei der mündlichen Verhandlung seine Besorgnis über die staatliche Tatprovokation vorzutragen und das LG nicht aufgefordert, von der Verwendung der durch die verdeckte Ermittlung erlangten Beweise abzusehen, was im Hinblick auf die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 4 StPO erforderlich gewesen wäre.

Aufgrund der Berufung des Bf reduzierte das OLG die Strafe um weitere neun Monate, insgesamt also um 15 Monate.

Rechtsausführungen

Der Bf behauptete eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK (*Recht auf ein faires Verfahren*), weil er zur Begehung einer Straftat angestiftet worden sei und die Milderung seiner Strafe im Lichte der stRsp des EGMR keine ausreichende Wiedergutmachung darstelle.

¹ OGH 14.7.2016, 12 Os 5/16a, JBl 2017, 263 (Schmoller).

I. Zulässigkeit

(5) Die Regierung argumentierte in Übereinstimmung mit dem OGH, dass der Bf seine Nichtigkeitsbeschwerde auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO stützen hätte sollen, welcher besagt, dass die Nichtigkeitsbeschwerde vor dem OGH erhoben werden kann, wenn das fragliche Gericht während der Hauptverhandlung einen Antrag des Angeklagten nicht behandelt hat, oder wenn eine Verfahrensentscheidung getroffen wurde, die seinen Antrag missachtet oder seinem [...] Einspruch widerspricht [...] und eine Verletzung der Gesetze oder der grundlegenden Verfahrensprinzipien, die die Menschenrechte [...] gewährleisten sollen, vorliegt. Um eine Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 4 StPO geltend machen zu können, hätte der Bf das LG während der Hauptverhandlung auffordern müssen, die Verwendung der Beweise, die durch die verdeckten Ermittler erlangt wurden, zu unterlassen. Die Regierung kam zum Schluss, dass der Bf den innerstaatlichen Rechtsweg nicht ausgeschöpft hatte, weil er keinen solchen Antrag gestellt und anschließend seine Nichtigkeitsbeschwerde auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO gestützt hatte.

(6) Der GH kann sich dem Argument [der Regierung] nicht anschließen. Für den vom Bf geltend gemachten Nichtigkeitsgrund [...] war er nicht verpflichtet, sein Anliegen in der mündlichen Verhandlung vorzubringen, da er nicht den Ausschluss einzelner Beweismittel, sondern ein vollständiges [...] Verfolgungshindernis geltend gemacht hat. Der GH weist darauf hin, dass der Bf [...] eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen rechtswidriger staatlicher Tatprovokation gemäß Art 6 Abs 1 EMRK erhoben hat [...]. Der GH ist nicht überzeugt, dass vom Bf erwartet hätte werden können, sich auf einen [...] Nichtigkeitsgrund zu berufen, der nicht zu dem von ihm angestrebten Ergebnis geführt hätte.

(7) Zum Zeitpunkt der Verhandlung im Oktober 2015 war unklar, wie der OGH oder der Gesetzgeber die vom GH in *Furcht/DE* aufgestellten Grundsätze umsetzen würde. 2016 wurde durch das Strafprozessreformgesetz [...] ein neuer Absatz 5 in den [...] § 133 StPO eingefügt, der die Strafverfolgung von Personen verbietet, die von der Polizei rechtswidrig zur Begehung von [...] Straftaten angestachelt wurden. Diese Bestimmung war auf den Fall des Bf nicht anwendbar, da das LG sein Urteil vor [der Änderung der StPO am] 1.6.2016 erlassen hatte. Gemäß dem Urteil des OGH vom 14.7.2016 hatte die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO, mit der Umstände geltend gemacht werden können, durch die die Strafbarkeit der Tat aufgehoben oder die Verfolgung wegen der Tat ausgeschlossen ist, keine Rechtsgrundlage. Der GH stellt jedoch fest, dass der OGH sechs Monate zuvor in einem anderen Verfahren mit ähnlichem Sachverhalt eine auf § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde geprüft hat,

ohne sie aufgrund von [...] § 281 Abs 1 Z 4 StPO zurückzuweisen.

(8) In Anbetracht der Tatsache, dass selbst innerhalb des OGH nicht klar war, welcher Nichtigkeitsgrund nach den in *Furcht/DE* aufgestellten Grundsätzen für die Geltendmachung rechtswidriger staatlicher Tatprovokation geeignet war, kommt der GH zum Schluss, dass der Bf nicht vorhersehen konnte, dass seine Nichtigkeitsbeschwerde, die auf § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO gestützt war, aufgrund von Nichterschöpfung zurückgewiesen werden würde. Diese muss daher als ausreichend für die Erschöpfung der nationalen Rechtsmittel angesehen werden [...].

(9) Der GH stellt fest, dass die Beschwerde weder offensichtlich unbegründet noch aus einem anderen in Art 35 Abs 3 lit a EMRK genannten Grund unzulässig ist. Sie muss daher für **zulässig** erklärt werden (einstimmig).

II. In der Sache

(11) Der GH stimmt mit den nationalen Gerichten überein, dass der Bf von der Polizei zur Begehung jener Straftaten angestiftet wurde, wegen denen er später verurteilt wurde. Die Regierung wiederholte, dass die innerstaatlichen Gerichte eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK anerkannt und eine erhebliche Strafmilderung um 15 Monate vorgenommen haben. Nach Ansicht der Regierung sei dem Bf dadurch eine ausreichende Wiedergutmachung geleistet worden. Entgegen dem Vorbringen der Regierung kann jedoch die bloße Strafmilderung – ohne den Ausschluss aller in Folge der Tatprovokation erlangten Beweise oder einer zu ähnlichen Konsequenzen führenden Vorgangsweise – nicht als ausreichend angesehen werden, um eine angemessene Wiedergutmachung für eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK zu bieten. Der GH ist nicht davon überzeugt, dass selbst eine erhebliche Strafmilderung – um 15 Monate im Fall des Bf – diesen Anforderungen genügen würde [...].

(12) Folglich wurde dem Bf keine ausreichende Wiedergutmachung für die Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK gewährt. Es liegt daher eine **Verletzung** von **Art 6 Abs 1 EMRK** vor (einstimmig).

III. Entschädigung nach Art 41 EMRK

€ 360,- für Kosten und Auslagen.