

© 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.

Pflicht zur Ermittlung der Rolle eines Polizeiinformanten bei Anstiftung zur Straftat

Nikolov gg Österreich, Urteil vom 24.1.2023, Kammer IV (Ausschuss), 48105/16

Sachverhalt

Der Bf, ein bulgarischer Staatsangehöriger, wurde am 27.8.2015 vom LG für Strafsachen Wien wegen eines Drogendelikt verurteilt. Das LG stellte fest, dass der Bf von einer Person, die als Informant für die Polizei tätig war, zur Begehung der Straftaten angestiftet worden war und reduzierte aus diesem Grund seine Freiheitsstrafe um drei Monate. In der mündlichen Verhandlung hatte das LG den Antrag des Bf, den Aufenthaltsort der Vertrauensperson der Kriminalpolizei, T., zu ermitteln und diesen als Zeugen zu laden mit der Begründung abgelehnt, das Beweisthema sei erwiesen. In seiner Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH berief sich der Bf auf die Rsp des EGMR und argumentierte, dass eine Strafmilderung nicht ausreiche, um die rechtswidrige staatliche Tatprovokation wiedergutzumachen. Am 26.1.2016 wies der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung zurück, dass es im Verfahren vor dem LG keine Anhaltspunkte für eine rechtswidrige staatliche Anstiftung gegeben habe.¹

Rechtsausführungen

Der Bf behauptete eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK (*Recht auf ein faires Verfahren*), da er zur Begehung einer Straftat angestiftet worden sei und die Gerichte nicht ausreichend geprüft hätten, ob T. mit der Justiz zusammengearbeitet hatte.

I. Zur behaupteten Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK

1. Zulässigkeit

(3) Die Regierung brachte vor, dass der Bf den innerstaatlichen Rechtsweg nicht ausgeschöpft habe, weil er weder beim LG beantragt habe, Beweise auszuschließen, die durch die polizeiliche Anstiftung erlangt wurden, noch sich in seiner Nichtigkeitsbeschwerde auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO berufen habe [...]. Der GH kann diesem Einwand nicht folgen. Aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass der Bf die Vernehmung von T. als Zeugen verlangt hat [...]. Seinem Antrag zufolge hätte die Vernehmung von T. die staatliche Tatprovokation beweisen können.

¹ OGH 26.1.2016, 14 Os 113/15x, NLMR 2016, 192.

Das LG lehnte seinen Antrag ab, da seiner Ansicht nach die Frage, zu der eine Beweisaufnahme durchgeführt werden sollte, [...] offensichtlich geklärt war. Das LG stellte später fest, dass T. tatsächlich eine Vertrauensperson der Kriminalpolizei war. Unter diesen Umständen konnte vom Bf nicht erwartet werden, seine Ablehnung des Beweisantrages anzufechten, da das LG die Tatsache [dass T. eine Vertrauensperson der Kriminalpolizei war] zu akzeptieren schien. Der GH kommt zum Schluss, dass die Bedenken des Bf [...] dem LG zur Kenntnis gebracht wurden. Der Bf hat sich auch in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH darauf berufen [...]. Während der GH der Regierung zustimmt, dass der Bf niemals beim LG den Ausschluss von Beweisen beantragt hat, [...] stellt er fest, dass der Bf bei Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO [...] nicht verpflichtet war, diesen Punkt im Verfahren vor dem LG vorzubringen. Der OGH hat seine Entscheidung, die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen, auch nicht darauf gestützt, dass sich der Bf nicht auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO berufen hat. Dementsprechend weist der GH den Einwand der Regierung hinsichtlich der Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel zurück.

(4) Die Beschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet iSv Art 35 Abs 4 lit a EMRK oder aus einem anderen Grund unzulässig. Sie ist daher für **zulässig** zu erklären.

2. In der Sache

(6) Der OGH stützte sich auf die Rsp des GH und stellte [...] fest, dass es keinen Hinweis auf eine rechtswidrige polizeiliche Tatprovokation gegeben habe. Diese Schlussfolgerung steht im Widerspruch zu den Ausführungen des Bf vor dem LG, als er beantragte, T. als Zeugen zu hören, falls das Gericht nicht anerkennen sollte, dass eine staatliche Tatprovokation stattgefunden habe. [...] Er erhob somit den Einwand der Tatprovokation, welchen der Staat untersuchen musste. Das LG stellte fest, dass T. eine Vertrauensperson der Kriminalpolizei war und deutete somit eine Verbindung zwischen T. und den Behörden an. Aus diesem Grund wurde die Strafe vom LG im Einklang mit der damaligen stRsp des OGH reduziert.

(7) Der GH übersieht die seiner eigenen Rsp entsprechenden Argumente des OGH nicht, [...] dass der Bf bereits früher wegen Drogendelikten verurteilt worden war, mit den Umständen der Drogenszene vertraut war und offenbar von T., den der Bf als Freund bezeichnete, kontaktiert worden war, bevor der verdeckte Ermittler eingeschaltet wurde. Bei der Anwendung der einschlägigen Kriterien liegt die Beweislast nach Ansicht des GH jedoch bei den Behörden. Es obliegt der Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass es keine Tatprovokation gab, sofern die Behauptungen des Bf nicht völlig

unwahrscheinlich sind [...]. Die Behauptung des Bf kann nicht als völlig unwahrscheinlich angesehen werden, da das LG selbst anerkannte, dass T. ein für die Polizei tätiger Informant war [...]. Während es die Aufgabe der Justizbehörden war, den Sachverhalt und das Vorliegen einer Tatprovokation [...] festzustellen [...], hat das LG nicht weiter geprüft, ob T. im vorliegenden Fall im Auftrag der Behörden gehandelt hat.

(8) Der GH kommt zum Schluss, dass die in der Rsp des GH entwickelte materiellrechtliche Prüfung im vorliegenden Fall aufgrund des Mangels an Informationen in den Akten und der widersprüchlichen Auslegung der Ereignisse durch die Parteien zu keinem schlüssigen Ergebnis führt [...] und bewertet daher das Verfahren der nationalen Gerichte, mit dem über den Einwand der Tatprovokation entschieden wurde. Während das LG feststellte, dass eine Tatprovokation von T. [...] stattgefunden hatte und folglich die Strafe des Bf herabsetzte, scheint der OGH den Feststellungen des LG ohne ausreichende Begründung widersprochen zu haben.

(9) Der OGH hat die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen ohne sicherzustellen, dass die Frage geklärt wird, ob T. in diesem Fall für den Staat gearbeitet hat. [...] Der Bf behauptete während des gesamten Verfahrens, zur Begehung der Straftaten angestiftet worden zu sein. Aus diesem Grund hätten die nationalen Behörden eine gründliche Untersuchung durchführen und die Rolle von T. als Polizeiinformant und die Gründe für sein Handeln eruieren müssen. Das LG hielt eine weitere Untersuchung für nicht erforderlich, da es die Anstiftung durch T. [...] für erwiesen hielt [...]. Es blieb unklar, ob sich T. als Privatperson mit Informationen an die Polizei wandte und anzeigte, dass der Bf bereits eine strafbare Handlung begonnen hatte, oder als Polizeiinformant gehandelt hatte. Um von der Schlussfolgerung des LG, dass der Bf von T. angestiftet wurde, abzuweichen, hätte der OGH die Rolle von T. hinterfragen und klären müssen, ob er als Vertrauensperson der Kriminalpolizei bereits vor Kontaktaufnahme mit dem verdeckten Ermittler im vorliegenden Fall eine Absprache mit den Polizeibehörden hatte. Der OGH verneinte die polizeiliche Tatprovokation in diesem Fall, unternahm jedoch keine weiteren Schritte, um entsprechend der Beweislast des Staates eine weitere Prüfung hinsichtlich der diesbezüglichen Behauptungen des Bf zu veranlassen. Die Tatsache, dass der Bf ein Geständnis abgelegt und vor dem LG ein milderer Urteil beantragt hatte, führt nicht zu einem anderen Ergebnis [...]. In Anbetracht der Mitwirkung von T., einem Polizeiinformanten, dessen Rolle im vorliegenden Fall ungeklärt blieb, wurde dem Bf die [...] im Verfahren geforderte Fairness [...] vorenthalten.

(10) Es liegt daher eine **Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK** vor (einstimmig).

II. Entschädigung nach Art 41 EMRK

€ 3.000,- für Kosten und Auslagen.