strafverteidigerjahr 2021

hearing: v:personen

Expert*innengespräch zur gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen

Samstag, 4. September 2021
13.00 - 18.00 Uhr

digitales Lesekonvolut

Klaus Lüderssen
Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?

A

Das Bundeskriminalamt, die Landeskriminalämter und die zentralen Abteilungen der örtlichen Polizeibehörden stecken voller Computer; sie machen vielerlei Menschenwerk überflüssig. Was sie jedoch kaum ersetzen, das sind *Beziehungen* unter Menschen, und ganz sicher scheiden sie aus für Beziehungen, die von gegenseitigem Vertrauen geprägt und getragen sind. Nun gut, wird man sagen, um so besser; dergleichen belastet die kriminalistische Arbeit ja nur – wie vorteilhaft, daß jetzt alles objektiver, sachlicher geworden ist.

Ist es das? Geht es im polizeilichen Alltag ohne Kommunikation? Natürlich nicht, und das ist zunächst eine beruhigende Nachricht. Erleichtert sieht man die Grenzen des technischen Zeitalters. Aber die Sache ist bei näherem Hinsehen zweischneidig. Computer können zwar irren, sie können auch absichtlich falsch programmiert und insofern mißbraucht werden, doch auch dafür gibt es technische Kontrollen. Viel schwerer ist es, zu verhindern, daß die Menschen einander täuschen.

Und so könnte man sich wünschen, die Polizei-Computer seien vollkommen. Denn Trumpf unter den *kommunikativen* Methoden der Polizei scheint vor allem ihr Zerrbild zu sein: die durch den Aufbau persönlicher Beziehungen sorgfältig vorbereitete *Falle*. Zwar hört man mit Interesse von sozialer Arbeit der Polizei und Berichte, mit wieviel Verständnis Polizeibeamte eine konfliktträchtige, gefährliche Situation gemeistert haben. Dennoch: Bezogen auf die großen und spektakulären Fälle sind es die *Lockspitzel*, die für »Vertrauen« stehen. Daher nennt man sie auch Vertrauenspersonen, abgekürzt: V-Leute. Es hat sie immer gegeben. Aber daß ihr Einsatz ebenso zunehmen würde wie die Automatisierung der Verbrechensaufklärung und -verhinderung, war nicht vorherzusehen.

Nachträglich überrascht das wenig. Nicht nur die Technik wuchert. Wie leben auch in einer Zeit subtiler Entdeckungen auf dem Gebiete des Emotionalen und Kommunikativen. Neue Wissen-

schaften widmen sich diesem Bedarf und scheinen ihn noch zu steigern. Er widerstrebt der Technik und hilft doch zugleich bei ihrer Bewältigung im Alltag.

Auch das Verbrechen ist technischer *und* kommunikativer geworden. Die moderne Verbrechensbekämpfung hat sich dazu bequemen müssen, Straftaten neuer Art zu registrieren – Schädigungen der Wirtschaft in großem Stil, Rauschgift- und Waffenhandel, Terrorismus –, die gegenüber klassischen Ermittlungsmethoden (Beobachtung, Zeugenbefragung, Spurensicherung etc.) vielleicht immun sind, weil ihre organisatorische Basis in besonders raffinierter Kommunikation besteht. In der Zeitschrift *Kriminalistik* hat ein hoher Polizeibeamter[1] die Anwendung neuer Ermittlungsmethoden wie folgt begründet:

»Jene sozial- und gemeinschaftsschädliche Kriminalistik agiert nun einmal weithin abgeschottet und hochkonspirativ, so daß man mit den gewöhnlichen Mitteln allenfalls die Handlanger, nicht aber die eigentlichen Drahtzieher und Hintermänner bekommt.

Will man an diese herankommen, muß man ermittlungsmäßig . . . bei weitem nicht nur an einzelnen Tatorten und Sachverhalten, sondern letztlich schwerpunktmäßig im persönlichen Bereich ansetzen. Ganz konkret bedeutet dies, daß die Aufklärung, d. h. die Aufdeckung der kriminellen Strukturen und Logistik, in der Regel nur vom individuellen Bereich her letztlich erfolgen kann. In erster Linie ist hier nicht das Auffinden, Sichern, Aus- und Bewerten von Sachspuren eines Tatorts, sondern das minutiöse Ermitteln im persönlichen und geschäftlichen Bereich geboten. So wie man praktisch in jedem Ermittlungsfall irgendwo einmal mit einer allerersten Verdachtsschöpfung beginnen muß, ist dies auch hier der Fall. Da aber hier die Verdachtsschöpfung im wesentlichen personelle und nicht nur sachliche Qualität hat, ist dieses Anfangsverdachtstadium besonders heikel.«

Es ist daher die Domäne des V-Mannes. In monatelanger Arbeit dringt er in das Milieu ein, was ihm nur durch äußerst geschickte Anpassung gelingen kann. Dafür muß er gewisse Eigenschaften mitbringen:

»So wird eine Gruppe von ghanesischen, türkischen oder israelischen Straftätern ihre Gedanken und Pläne nur gegenüber solchen Landsleuten freimütig äußern, die auf Grund ihrer Vorstrafen, ihres Vorlebens oder ihres aktuellen gesetzwidrigen Verhaltens als Gesinnungsgenossen oder potentielle Komplizen in Betracht kommen. Gesetzestreue, ordnungsliebende, ängstliche, vorsichtige, biedere Mitbürger haben als V-Leute keine Chance und werden von einer Zielgruppe nicht angenommen und nicht anerkannt.

Diese Erfahrung beschränkt von vornherein das Reservoir potentieller V-Leute. Das bedeutet, daß V-Personen . . . in Rauschgift- oder Hehlereisachen regelmäßig eine erfolgreiche kriminelle Karriere hinter sich gebracht oder miterlebt haben müssen.«

Das ist die Meinung eines erfahrenen *Staatsanwaltes.*[2] Der Wunsch der *Polizei* ist es, mit den V-Leuten auf höchster Ebene zu arbeiten, d. h. auf diesem Wege an die leitenden Figuren heranzukommen. Doch es gelingt ihr merkwürdigerweise nicht. Jedenfalls werden keine entsprechenden Erfolge bekannt. Die Fahndungsergebnisse, über die in den Zeitungen berichtet wird, beziehen sich auf vergleichsweise unbedeutende Fälle. Für die Drogenszene wird dieser Tatbestand bereits mit Spott quittiert. Schon der regionale Großimporteur – davon spricht man, wenn mit einer Menge von über hundert Kilogramm Haschisch zum Preise von je 3000 DM gehandelt wird – ist, das kann man in einem – verdeckten – Interview in der Zeitschrift *TransAtlantik* lesen[3], vor jeder Bestrafung sicher:

»›Das wirkliche Risiko beginnt eigentlich erst bei Mengen von zehn Kilo abwärts. Wenn der Stoff über viele, vorsichtig gesicherte Schleusen in die Szene sickert. Da kann alles mögliche geschehen, und da kann es auch Übereinkünfte geben, daß ein Verkäufer gelegentlich einen Kunden hochgehen läßt, als Trinkgeld gewissermaßen, daß Untergrundfahnder mitmischen und ähnliche Scherze. Die Untergrenze des Großhandels ist die Obergrenze der Polizei, ab da wird sie tätig. Was darüber ist, kann praktisch nicht gegriffen werden. Da führen die Kontakte in die Wirtschaft und bis hin zur Politik, und da geht es um komplexe ökonomische Interessen. Vergessen Sie nicht: Manche Herstellerländer wären ohne Nebeneinkünfte aus Haschisch schon lange zahlungsunfähig.‹ ›Und wofür dann die ganze Polizei?‹ ›Für die Kleinen eben. Man zeigt, daß man was tut.‹«

Und was dann geschieht, ist etwa dies – geschildert in einem Urteil des Bundesgerichtshofs[4]:

»Nach den Urteilsfeststellungen wurde der nicht vorbestrafte, unbescholtene, des Handels mit Rauschgift bis dahin nicht verdächtige Angeklagte von dem Zeugen N. ›auf gut Glück‹ angesprochen und gefragt, ob er ihm ›eine größere Menge Heroin liefern könne‹. N., der damals selbst einem Verfahren wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz ausgesetzt war, hatte der Polizei erklärt, er wolle sich bemühen, Rauschgifthändler zu ermitteln, zu benennen und bei ihrer Überführung behilflich zu sein. Dafür waren ihm von der Polizei im Erfolgsfall finanzielle Zuwendungen versprochen worden; außerdem erhoffte er sich von seiner Tätigkeit Vorteile in dem gegen ihn anhängigen Verfahren. Der Angeklagte lehnte das Ansinnen

N.'s zunächst ab, versprach ihm dann aber, ›sich einmal umzuhören‹. In den beiden folgenden Wochen führte er zwei Gespräche mit N., deren Ergebnis darin bestand, daß er ihm 100 kg Heroin zum Preise von 12000 bis 13000 DM anbot. N. unterrichtete daraufhin die Polizei, die ihm Verhaltensmaßregeln erteilte, ›Vorzeigegeld‹ gab, die Geschäftsabwicklung observierte und den Angeklagten bei der Übergabe des Heroins festnahm.«

Verkehrte Welt also? Die V-Leute bringen dort nichts[4a], wo angeblich nur sie noch etwas ausrichten können, wohl aber dort, wo es gar nicht mehr um die große Konspiration geht und man sie eigentlich nicht braucht?

Kein Wunder demnach, daß die Kritik allenthalben laut wird und ziemlich unbekümmert über das in immer neue Beteuerungen der Rechtschaffenheit ausbrechende Selbstverständnis der Polizei hinweggeht. Sie richtet sich gegen – *staatlich gesteuerte Deliktsbeteiligung*.[5] Aber da ist noch etwas anderes. Wer so vorgeht, wie der Zeuge N. in dem soeben mitgeteilten Fall, zieht natürlich vor allem Aufmerksamkeit und Feindschaft derer auf sich, die befürchten müssen, als nächste »dran« zu sein. Daher ist die Polizei bemüht, die Anonymität des V-Mannes nicht zu lüften. Das bedeutet für den Prozeß gegen die bereits als Verkäufer aufgetretene Person, daß ihr der Käufer nicht als Tatzeuge gegenübergestellt wird. Gibt es kein anderes Beweismittel, so scheitert die Verurteilung entweder, oder das Gericht setzt sich über den Grundsatz, daß dem Angeklagten vollständiges rechtliches Gehör zu verschaffen ist, hinweg. Dafür ein Beispiel – wiederum aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[6]:

»Der Zeuge A. wurde von der Verteidigung des Angeklagten B. benannt. Der Vorsitzende ersuchte die Kriminalpolizei B. um beschleunigte Vernehmung, gegebenenfalls Aufenthaltsermittlung. Die Landespolizeidirektion S. gab daraufhin mit Schreiben vom 16. 7. 1982 bekannt, daß es sich bei A. um eine Gewährsperson der Polizei handele, deren Identität gewahrt werden müsse und die nur unter bestimmten Voraussetzungen für eine Vernehmung zur Verfügung stünde: Die Vernehmung müsse außerhalb der Hauptverhandlung in Abwesenheit der Angeklagten durch einen ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen und dürfe keine Befragung zur Person enthalten.«

Staatlich gesteuerte Deliktsbeteiligung, Verurteilung auf rechtsstaatlich anfechtbarer Basis – das sind offenbar eindeutig anstößige Sachen. Es verlohnt indessen zu fragen, wer eigentlich Anstoß nimmt.

Zunächst die Verurteilten und ihre Verteidiger. Das scheint sich von selbst zu verstehen. Indessen fällt auf, daß die Zahl der Verfahren, in deren Verlauf der V-Leute-Einsatz kritisiert wird, in den letzten Jahren zugenommen hat. Das mag *auch* mit dessen Ausbreitung und Intensivierung zusammenhängen. Von größerer Bedeutung jedoch dürfte sein, daß bei vielen Menschen die Sensibilität für die Ansprüche, die im modernen Rechtsstaat bestehen, gewachsen ist. Freilich zeigt sich das in der Regel erst, wenn diese Ansprüche auf die Probe gestellt werden, etwa durch ein drohendes Strafverfahren. Und selbst dann ist noch nicht sicher, in welchen Fällen erst das Rechtsgefühl der Anwälte den Ausschlag gibt. In den letzten fünfzehn Jahren ist eine neue Generation von Strafverteidigern aufgetreten, die besser aufpassen. Es ist daher wahrscheinlich vor allem ihr Werk, daß seit ein paar Jahren die Rechtsprechung Bedenken gegen die V-Leute-Praxis formuliert – nach bedrückenden Jahrzehnten tatenlosen Zusehens.

In den Medien[6a] häufen sich die Klagen über inhaltlich *unzuverlässige* V-Leute-Arbeit. Großes Aufsehen erregt Ende 1983 eine Geschichte, über die der Gießener Strafrechtslehrer Arthur Kreuzer[7] berichtet hat.

»Zwei junge Türken erwarteten vor dem Gießener Landgericht eine hohe Freiheitsstrafe. Außerdem mußten sie mit der üblichen Abschiebung nach Verbüßung eines Teiles der Strafe rechnen. In der Heimat drohte ihnen obendrein eine erneute Bestrafung, womöglich mit dem Tode. Hinter ihnen lagen bereits sieben Monate Untersuchungshaft. Staatsanwaltschaft und Richter verlegten sich zunächst – wie üblich – darauf, den ›Kronzeugen‹ abzuschirmen. Als Zeuge erschien der polizeiliche Rauschgiftfahnder, welcher den Lockspitzel oder ›V-Mann‹ geführt hatte. Er berief sich auf mehrjährige bewährte Zusammenarbeit mit seinem Gewährsmann, dessen Anonymität es aus Sicherheitsgründen zu wahren gelte.

Doch den Verteidigern war es gelungen, mit List, Spürsinn und Hartnäkkigkeit den polizeilichen Lockspitzel namhaft zu machen und sodann Anklagevertreter und Gericht die Ladung des Enttarnten abzutrotzen.

Aus der Untersuchungshaft wurde ein sechzehnjähriger Türke vorgeführt. Seit Jahren selbst in Heroingeschäfte verstrickt und nun zahlreicher Straftaten beschuldigt, gab er nach bohrenden Fragen zu: ›Ich haßte die beiden und wollte sie mit dem getürkten Heroingeschäft hereinlegen.‹ Tatsächlich hatte er seine arglosen Landsmänner veranlaßt, vorübergehend einen Plastikbeutel aufzubewahren; bei dessen Rückgabe waren sie von Polizeibeamten festgenommen worden, ohne vom Inhalt, braunem, wir-

kungslosem Pulver, etwas zu wissen. Nun konnte selbst der Staatsanwalt nur noch Freispruch verlangen.«

Nicht immer allerdings klärt sich ein Fall so schnell auf. Ein Beispiel dafür sind die Entwicklungen beim Einbruchsdezernat der Hamburger Polizei. Die *Frankfurter Allgemeine Zeitung*[8] schreibt dazu:

»Die Tätigkeit des Dezernates war in den vergangenen Jahren zusehends ins Zwielicht geraten, in jene Grauzone, in der die Trennlinie zur Illegalität oft unscharf verläuft, vor allem beim Einsatz der sogenannten Verbindungsleute (›V-Männer‹) . . . Zwar brachten die Verbindungsmänner Teppiche, Gemälde, Antiquitäten und anderes Diebesgut zurück (in der Regel gegen 10 Prozent des Wertes der Beute als Belohnung), aber gerade bei dieser Art von Geschäften kam zuweilen der Verdacht auf, daß sich zwischen den rund 150 Berufsverbrechern in Hamburg, den V-Männern und einigen Polizisten eine Art unheiliger Allianz ergeben habe, dergestalt, daß Einbrüche gezielt gemeinsam angezettelt worden seien, damit man sich anschließend das ›Honorar‹, jene zehn Prozent, teilen könne.«

Diese Vorgänge führten schließlich zur Versetzung sämtlicher Beamter des Einbruchsdezernats[9] und, wie vermutet wird, auch zum Rücktritt des Hamburger Polizeipräsidenten.[10]

Einige Fälle haben darüber hinaus Schlagzeilen gemacht, z. B. die Aktivitäten eines Untergrundfahnders des Bundeskriminalamtes, der ganz offen darüber gesprochen hat:

»Weil er keine ›Eier- oder Kaninchendiebe‹, sondern Rauschgifthändler und Waffenschieber gejagt habe, sei es für ihn einfach eine unabdingbare Voraussetzung gewesen, auf ganz großem Fuße zu leben . . . um an die Ganoven herankommen zu können, sei es erforderlich gewesen, ›die kriminelle Gegenseite mit großem Kapitalaufwand zu blenden‹.«[11]

In dem Prozeß, der gegen ihn dann schließlich angestrengt wurde, mußte unter anderem geklärt werden,

»wo die mindestens 158000 DM geblieben sind, die H. als Spesen abgerechnet hatte, ohne Belege dafür bieten zu können, warum die Polizei an Rhein und Ruhr so häufig bei Razzien in Spielkasinos und Rauschgifthöhlen ins Leere stieß und dabei – zufällig? – in vielen Fällen den Arbeitsweg des . . . H. kreuzte . . . Der Angeklagte versichert, er habe alle Aktivitäten mit seinem Vorgesetzten in der BKA-Zentrale in Wiesbaden abgesprochen und abgestimmt. Gegen zwei von ihnen läuft nun ebenfalls ein Ermittlungsverfahren.«[12]

Obwohl diese Erfahrungen vorliegen[12a], gibt es weitergehende

Pläne. Bereits Anfang des vergangenen Jahres hat der Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz beschlossen, zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität verstärkt sogenannte Polizeiagenten im Untergrund einzusetzen. Der Arbeitskreis nimmt dabei in Kauf, daß ein solcher Agent, »wenn er im kriminellen Untergrund unerkannt leben und erfolgreich wirken will, in mancher Hinsicht gegen geltendes Recht verstoßen muß«.[13] Allerdings hat der Bundesjustizminister dagegen jetzt einige Bedenken vorgebracht.[14]

Einschlägig sind auch die Erfahrungen in dem sogenannten KOMM-Prozeß gegen des Landfriedensbruchs verdächtigte Nürnberger Jugendliche. Nach Behebung der wegen Verschwindens von Vernehmungsprotokollen entstandenen – sattsam bekannten – Pannen[15], kam es zu einer zweiten Hauptverhandlung. In dieser stellte sich heraus, »daß jener Zeuge nicht unmittelbar Zeuge des Geschehens war. Die Angaben des ›Mitteilers‹ . . . seien eine Zusammenfassung von Angaben einiger verdeckter Personen ihm gegenüber gewesen.«[16] Einigen nicht angeklagten Jugendlichen sei, teilt ein Anwalt mit, Straffreiheit zugesichert worden:

»Die sind zum Sprechen gebracht worden unter der Zusicherung der Vertraulichkeit und unter der Zusicherung, daß ihre Verfahren eingestellt werden.«[17]

Der Prozeß ist daraufhin endgültig gescheitert.

Noch ganz im dunkeln liegen die polizeilichen Aktivitäten im Zusammenhang mit der Aufklärung der Tötung des Ulrich Schmücker vor bald zehn Jahren, der sich von der Berliner Terroristenszene abgesetzt hatte. Der Belastungszeuge Bodeux erwies sich als V-Mann des Berliner Verfassungsschutzes.[18]

»Erhebliche Widersprüche in seinen Aussagen und die Erkenntnis der Verteidigung, daß Bodeux in zahlreiche andere, geheimnisvolle Vorgänge verwickelt ist, ließen . . . ernste Zweifel an der Glaubwürdigkeit dieses Zeugen aufkommen.«[19]

Daraufhin kam es zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtes in Wiesbaden[19a]. Der hessische Innenminister wurde zur Herausgabe einer Geheimakte des Hessischen Kriminalamts verurteilt, in der sich »Aussagen über ›Einsatzgrundsätze, Observationen und die Zusammenarbeit mit anderen Institutionen‹ befinden sollen«.[20] Das Verfahren ist indessen noch nicht abgeschlossen, weil

Rechtsmittel[20a] eingelegt worden sind, über die noch nicht entschieden ist.[20b]

Folgerichtig, wenn man so will, verteidigt sich die Polizei gegenüber der aus diesen Vorgängen abgeleiteten Kritik in erster Linie mit dem Hinweis auf kriminalistische Erfolge. Beispielsweise darauf, daß die Zahl der Drogentoten gesunken sei[21]; bei strengerer Überwachung des V-Leute-Einsatzes sei ein Anstieg der Zahl der Drogentoten zu befürchten.[22]

In zweiter Linie konzentriert sich die Polizei auf den Nachweis ihrer Bemühungen, den V-Leute-Einsatz so seriös und kontrollfähig wie nur irgend möglich zu gestalten. Hierfür findet sie starkes Verständnis bei der Staatsanwaltschaft, die Maßstäbe für die Auswahl von V-Leuten zu entwickeln beginnt. Der seinerzeit ständige Vertreter des Leiters der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main[23] schreibt dazu:

»Selbstverständlich sollen hier keine hohen moralischen Ansprüche gestellt werden, aber es müssen doch Mindestvoraussetzungen gegeben sein. Aus konkreten Vorgängen der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main läßt sich die Forderung aufstellen, daß z. B. alle Personen als V-Leute ungeeignet sein dürften, die immer wieder wegen Aussagedelikten bestraft worden sind oder die – im Rauschgiftbereich – nach Aufnahme einer V-Mann-Tätigkeit für die Polizei unkontrollierte eigene Geschäfte tätigen, somit auf zwei Schultern tragen. Bei der Auswahl der V-Personen sollte ein strenger Maßstab angelegt werden, sicher nicht in Richtung auf ein tadelfreies, nicht vorbestraftes bürgerliches Leben, aber doch in Hinblick auf ein Mindestmaß an Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit.«

Eine andere Sorge betrifft die Auswahl der V-Mann-*Führer*. Auch hierzu gibt es eine Stellungnahme aus dem Kreise der Staatsanwälte[24]:

»Eine erfolgreiche VP-Führung [Vertrauensperson-Führung] kann einerseits nur durch besonders geeignete und besonders ausgebildete Beamte, andererseits nur mit besonders geschulten und vertrauenswürdigen V-Leuten vorgenommen werden. Der geschulte VP-Führer muß in der Lage sein, theoretisch die Vertrauensperson zu unterweisen, wie sie jegliche Situation tatsächlich und rechtlich zulässig bewältigt, um praktisch die Vertrauensperson von Einsatz zu Einsatz mit konkreten Verhaltensanweisungen zu führen. So muß die Vertrauensperson z. B. einerseits lernen, alle privaten Regungen und Beziehungen zu vermeiden, die eine spätere Enttarnung hervorrufen können – Austausch von Visitenkarten, Fotos, Anschriften und Telefonnummern, Anknüpfung privater Verbindungen im Rahmen des Tatgeschehens – andererseits bemüht sein, von den Verhandlungspartnern

derartige Fotos, Urkunden und Telefonnummern als Beleg ihrer Angaben zu erlangen. Die Vertrauensperson sollte eine vorgegebene Rolle – Legende – spielen und sich eng an die Anweisungen des Vertrauensperson-Führers halten. Die Vertrauensperson muß auch über Verhaltensanweisungen für den Fall ihrer Enttarnung und Gefährdung verfügen.«

B

Wer versuchen möchte, sich zu diesem unübersichtlichen Komplex sehr unterschiedlicher Fragen eine Meinung zu bilden, muß den Stoff ordnen.

Der natürliche Anknüpfungspunkt ist der zeitliche Ablauf des Strafverfahrens. Es beginnt mit der Aufnahme der Ermittlungen und endet mit der rechtsgültigen Aburteilung.

I. Die Aufnahme der Ermittlungen geschieht meistens aufgrund einer Anzeige. Aber es gibt auch eigene Wahrnehmungen der Polizei, die dann zu Nachforschungen führen: die Beobachtung von Personen, Suche nach Spuren, eine Razzia, neuerdings auch die sogenannte Rasterfahndung. Das Aussenden von V-Leuten beziehungsweise die Entgegennahme ihrer Berichte gehört auch dazu.

1) Bei allen diesen Aktivitäten stellt sich zunächst die Frage, ob sie ohne weiteres stattfinden dürfen oder ob gewisse Voraussetzungen dafür gegeben sein müssen. Eine stets allgegenwärtige Polizei kann etwas Gutes sein; ebenso bedrückend indessen ist die Vorstellung, die Polizei dürfe ohne jeden Anhaltspunkt überall und ständig danach schauen, ob nicht vielleicht eine Straftat begangen worden ist. Beruhigend ist es daher, zu wissen, daß auch das Gesetz – die Strafprozeßordnung – diese Bedenken teilt und den Beginn der Ermittlungen an *zureichende* tatsächliche Anhaltspunkte knüpft (§ 152 Abs.2).

Allerdings besteht dann bereits eine *Verpflichtung* zum Einschreiten. Daraus könnte man folgern, daß dem *Recht* dazu gar keine Grenzen gesetzt seien.[25] Das wäre aber vorschnell. Ermittlungen ausgesetzt zu sein, ist eine Last, auch wenn man sie – weil nicht darüber informiert – nicht spürt.

Dies ist der vitale Hintergrund für die in letzter Zeit wieder stärker gewordene Suche nach Kriterien dafür, wann jemand zum Beschuldigten im Sinne der Strafprozeßordnung wird. Das Problem

ist, daß die Strafprozeßordnung den Akt der Inkulpation – wie man in Anknüpfung an ältere Traditionen nach wie vor sagt – nicht formalisiert hat, obwohl sie den Status des Beschuldigten insofern fixiert, als sie ihn »vom allerersten Beginn des Ermittlungsverfahrens mit Rechten, namentlich mit dem auf formelle Verteidigung und Akteneinsicht«, ausgestattet hat.[26]

Die Anstrengung, den »Prozeßakt«, der die Funktion der Inkulpation übernimmt, im Wege der Interpretation zu finden, kennzeichnet die Lehre vom formellen Beschuldigtenbegriff, der die Auffassung gegenübersteht, welche »die Besetzung der ›Beschuldigtenrolle‹ unmittelbar an die Tatsache der Verfolgung anknüpft«, und die deshalb als Lehre vom materiellen Beschuldigtenbegriff bezeichnet wird.[27] So verlockend es ist, hier Klarheit erhalten zu wollen – man muß sich doch vor der Umkehrung der Valenzen hüten. Entscheidend bleibt, unter welchen Voraussetzungen jemand die Belastungen, die durch ein Ermittlungsverfahren entstehen, ertragen muß. Die Frage, ob bei Vorliegen dieser Voraussetzungen es bereits erlaubt ist, jemanden als Beschuldigten zu registrieren oder dies erst dann zu tun, wenn eine bestimmte formale Entscheidung gefallen ist, verliert demgegenüber an praktischer Bedeutung. Mindestens für die in diesem Text erforderlichen Bewertungen kann man diesen Standpunkt einnehmen.

Unstreitig ist jedenfalls, daß die zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte, welche die Verpflichtung zum Einschreiten auslösen, in den Fällen, in denen es sich darum handelt, Zwangsmittel einzusetzen, auch eine Erlaubnisgrenze markieren. Das ergibt sich daraus, daß der unbestimmte Rechtsbegriff »Verdacht«[28] durch jene Wendung in § 152 Abs. 2 Strafprozeßordnung konkretisiert wird. Der einfache Verdacht hat hier sogar *vorwiegend* die Funktion, die *Erlaubnis* zum Eingriff abzugrenzen. Denn ob in allen Fällen des einfachen Tatverdachts die Strafverfolgungsbehörden (auch wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen), Zwangsmittel einsetzen *müssen*, ist äußerst zweifelhaft.

Daher muß man fragen, ob auch diejenige durch ein Ermittlungsverfahren geschaffene Belastung, die noch nicht den Charakter eines Zwangsmittels hat, entsprechend bewertet werden muß, also eine Analogie zu ziehen ist. Daran könnte man sich zunächst dadurch gehindert sehen, daß selbst innerhalb jener Zwangsmaßnahmen nach Ansicht einiger Autoren zu differenzieren ist. Meyer[29] meint in der Tat, daß § 102 (Durchsuchung) gerin-

gere Anforderungen als andere Vorschriften, etwa die §§ 82, 82a, 111a, 112 Strafprozeßordnung, stellen. Rieß[30] schließt sich dieser Ansicht, was die Fixierung der Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 163b betrifft, an.[30] Aber es gibt keine gesetzliche Stütze für diese Unterscheidung. Vielmehr muß man davon ausgehen, daß die Strafprozeßordnung, wo sie von Verdacht oder Verdächtigen spricht, jeweils dasselbe meint.

Danach hängt alles weitere nur noch davon ab, ob man bereits in der Aufnahme der Ermittlungen als solcher eine Belastung sieht, die es notwendig macht, sie an – wenn auch minimale – Voraussetzungen zu binden. Das wird im Prinzip von niemandem bestritten, wenn sich die Ermittlungen gegen bestimmte Personen richten. Diese Personen haben Anspruch auf die in der Menschenrechtskonvention verbriefte Vermutung der Unschuld – bis zur rechtskräftigen Verurteilung. Es ist klar, daß es keine Aburteilung geben kann, wenn man nicht vorher, auch mit dem Risiko, sich zu irren, ermitteln darf. Aber ebenso klar ist, welche Vorsicht dabei vonnöten ist.[31]

Es ist daher nur zu natürlich, daß man bei der Suche nach jenen – minimalen – Voraussetzungen für gegen eine bestimmte Person gerichtete Ermittlungen sich an das hält, was man dazu in der Strafprozeßordnung finden kann. Unterhalb des Verdachtes beziehungsweise der zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte gibt es da aber nichts. Das bereits spricht dafür, daß § 152 Abs. 2 nicht nur die Verpflichtung zum Einschreiten, sondern auch die Erlaubnis dazu begrenzt.[32] Man kann diese Ansicht weiterhin damit stützen, daß man auf die Begrenzung des Ermittlungsumfangs durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hinweist. »Jede Ermittlungsmaßnahme setzt voraus, daß das öffentliche Interesse am erwarteten Indiz größer ist als die mit ihr verbundenen Nachteile für den Staat und den Betroffenen.«[33]

Aber es gibt noch zusätzliche Indikatoren. In letzter Zeit mehren sich die Verfahren, in denen von Ermittlungsmaßnahmen Betroffene Auskünfte über diese Maßnahmen begehren. In einigen Fällen hat sich gezeigt, daß die Rechtsordnung entsprechende Auskunftsrechte durchaus gewährt. Dementsprechend haben einige Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichte bereits entschieden. So über das Auskunftsrecht des § 26 Abs. 5 Straßenverkehrszulassungsordnung das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in ei-

ner Entscheidung – noch nicht rechtskräftig – vom 6. 9. 1983[33a] und über den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz das Verwaltungsgericht Wiesbaden in einer – ebenfalls noch nicht rechtskräftigen – Entscheidung vom 24. 1. 1984. In beiden Entscheidungen wird ausdrücklich auf in der Verfassung fundierte Rechte der Betroffenen hingewiesen. Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz spricht von dem aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz resultierenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht des verfolgten Fahrzeugführers[34], und das Verwaltungsgericht Wiesbaden weist auf das Recht auf »informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Bürgers« hin.[35] Bei dieser Sachlage dürften die Zweifel, die Rieß[36] daran äußert, »ob jemand durch die bloße Einleitung eines folgenlos eingestellten Ermittlungsverfahrens *in seinen Rechten* verletzt sein kann«, nicht schwer zu überwinden sein.

Eine andere Linie zur Gewinnung von Indikatoren für das Maß der Belastung, der jemand ausgesetzt ist, gegen den ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, führt über die stetig voranschreitende Vorverlegung von Belehrungspflichten. Sie gelten jetzt, freilich ist das noch nicht unstreitig, auch für die sogenannten Auskunftspersonen – gleichviel, ob man ihnen eine selbständige Prozeßrolle zuweist oder sie von vornherein entweder als Beschuldigte oder Zeugen ansieht. »Das Verbot des Selbstbelastungszwanges verlöre seine ihm aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz des fair trial zugewachsene Funktion . . ., wenn die ermittlungsbehördliche Rollenzuweisung . . . in diesem Vorstadium der informatorischen Befragung irgendeine präjudizielle Wirkung hätte.«[37] Die Effektivität des Schutzes vor Selbstbelastung bleibt fraglich, solange der möglicherweise Betroffene nicht entsprechend belehrt wird, zumal wenn man bedenkt, daß die Ermittlungsbehörden nicht selten die Rollenzuweisung künstlich hinausschieben, um Aussagen zu erhalten, die sie bei Aufdeckung ihrer Strategie nicht erhalten würden.[38]

Aber selbst wenn man alle Konkretisierungen dieses Grundsatzes – daß die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen eine bestimmte Person diese spürbar belastet und daher zu fordern ist, daß man das Recht zu diesen Belastungen an diejenige Voraussetzung knüpft, hinter welche die Strafprozeßordnung an keiner Stelle zurückgeht, nämlich an den (einfachen) Tatverdacht – nicht gelten

lassen will, muß man doch wohl konzedieren, daß mit dem Einsatz von V-Leuten, die sich einer Person in der Absicht nähern, sie in eine Straftat zu verstricken, ein Grad der Belastung erreicht ist, der Veranlassung gibt, jene Mindestvoraussetzung des Tatverdachtes zu beachten (wenn man nicht sogar einen Schritt weitergeht und darin etwas noch Schlimmeres sieht als etwa die Belastung durch eine Durchsuchung oder eine andere Zwangsmaßnahme, für die der Tatverdacht Voraussetzung ist).

Das Fazit lautet: Durchweg geht es um das, was man den einfachen, den Anfangsverdacht nennt; liegt dieser Anfangsverdacht nicht vor, *darf* gar nichts geschehen. Dem Ansetzen eines V-Mannes auf eine bestimmte Person auf das Geratewohl ist damit ein Riegel vorgeschoben – ein erstes wichtiges Ergebnis.

Ein großes, ungelöstes Problem ist allerdings die genaue Fixierung des Anfangsverdachts. Darüber, was jeweils zureichende Anhaltspunkte sein könnten, kann man streiten. Ein einheitlicher, *allgemeiner Sprachgebrauch* existiert nicht, auch kein feststehender *juristischer* Begriff. Die Fachleute haben diese Frage so stark vernachlässigt, daß nur vage Gewohnheiten der Praxis die Szene beherrschen. Das gilt sozusagen für alle Lebenslagen, wie beispielsweise der Fall einer Schülerin zeigt, die – im Ergebnis zu Unrecht – zeitraubende und demütigende Ermittlungen über sich ergehen lassen mußte, weil sie geschenkte Bücher in eine Zeitung gelegt hatte, die sie unter dem Arm trug, und die Detektive darin (obwohl es sich um eine verbreitete Gewohnheit, Bücher zu transportieren, handelt) ein raffiniertes Verbergungsmanöver vermutet hatten.[39] Kritische Betrachter vermuten daher, daß die Polizeibeamten, beziehungsweise ihre Gehilfen, aufgrund ihrer, wie man es nennen kann, »Definitionsmacht« nicht selten eine schwer zu rechtfertigende Auswahl treffen.[40]

Rufen wir uns die Geschichte noch einmal in Erinnerung, die damit begann, daß der V-Mann den später wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz angeklagten Mann »auf gut Glück« angesprochen hatte. Hier gab es offenbar keinen Anfangsverdacht.[40a] Man kann jetzt nur spekulieren. Wollte der V-Mann unbedingt einen »Erfolg« melden? Daß V-Leute diese Motivation haben, wird von der Polizei freimütig zugestanden.[40b] War es so, dann könnte man allenfalls daran denken, in solchen Fällen diese von der Strafprozeßordnung *nicht* gedeckte Motivation mit einer anderen abzustützen: Die Polizei, die den V-Mann arbeiten läßt, wartet nicht

auf die *geschehene* Tat, sondern Adressat der V-Mann-Tätigkeit sind diejenigen, die – nach welchen Anzeichen auch immer – den Eindruck machen, sie könnten die *Neigung* haben, eine Straftat zu begehen. Auch dieses Vorgehen ist aber nach der Strafprozeßordnung *unzulässig*. Sie soll nur der Aufklärung bereits geschehener Taten dienen – das allerdings mit dem (weitergehenden) Ziel, zur Verhütung künftiger Taten beizutragen. Die Aufgabe hingegen, Straftaten zu verhindern, auch ohne die Vorbedingung, daß bereits eine Straftat *begangen* sein muß, obliegt der Polizei im Rahmen ihrer Pflicht zur allgemeinen Gefahrenabwehr.[40c] Sie ist in den Landespolizeigesetzen geregelt.

Über die vorbeugende Aussonderung von Personen, die zu Straftaten neigen, steht dort nichts, geschweige denn, daß dies mit Hilfe von Lockspitzeln geschehen dürfe. Man müßte also die Generalklausel anwenden. Sie lautet – in der Formulierung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, in den Polizeigesetzen der anderen Länder steht es ungefähr ebenso, in § 1 Abs. 2:

»Die Aufgaben der Gefahrenabwehr obliegen der Polizei . . . soweit eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unaufschiebbar zu beseitigen oder von der Allgemeinheit oder dem einzelnen eine unmittelbar bevorstehende Gefahr abzuwehren ist.«

Daß man vielleicht die Neigung hat, Straftaten zu begehen, ist sicher noch keine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung; danach, wann sie unaufschiebbar zu beseitigen wäre, braucht also gar nicht gefragt zu werden. Wohl aber kann man sagen, daß eine Straftat, die jemand begehen könnte, eine Gefahr sowohl für die Allgemeinheit wie für den einzelnen ist. Wann diese Gefahr bevorsteht, ist freilich schwer zu sagen. Aber daß sie in unserem Fall *unmittelbar* bevorgestanden hätte, kann schlechterdings *nicht* behauptet werden. Für das Tätigwerden des V-Mannes fehlte es also auch aus der ausschließlich vorbeugenden Sicht an der ersten elementaren Voraussetzung.[40d, 40e]

Diese Grenzziehung ist von großer aktueller Bedeutung. Sollte das neue Demonstrationsstrafrecht verabschiedet werden, so können Demonstrationen, bei denen Gewalttaten geschehen, leichter als bisher – weil alle, die trotz der Aufforderung zu gehen, bleiben, sich der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen – aufgelöst werden. Deshalb könnte, wenn die Regierung Demonstrationen vielleicht

nicht gern sieht, Gewalttätigkeit sogar erwünscht sein – dann besteht nämlich die Möglichkeit, die Demonstration aufzulösen. In einem Brief an die *Frankfurter Allgemeine Zeitung*[41] argwöhnt bereits ein Leser:

»Was hindert Innenminister Zimmermann daran, in jede beliebige mißliebige Demonstration einige V-Leute als agent-provocateurs einzuschleusen? Auch wenn sie Steine werfen, sind sie kaum von friedlichen Demonstranten identifizierbar. Sollten sie durch Zufall identifiziert werden, so kann man jede staatsanwaltliche oder richterliche Ermittlung bequem abblocken durch die Verweigerung von Aussagegenehmigungen.«

Das klingt vielleicht phantastisch. Wenige Monate später lesen wir aber, wiederum in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*[42]:

»Als Mitarbeiter der Verfassungsschutzbehörde in West-Berlin hat sich am Wochenende ein junger Mann zu erkennen gegeben, der bei den Krefelder Krawallen vom 25. Juni dieses Jahres der Polizei als einer der Haupträdelsführer unter den etwa tausend militanten Gewalttätern aufgefallen war und seither mit Haftbefehl gesucht wurde. Der Mann, der sich seither im Ausland aufgehalten hatte, konnte am Freitag am deutsch-niederländischen Grenzübergang bei Aachen festgenommen werden. Polizei und Staatsanwaltschaft hatten bislang von seiner Doppelrolle nichts gewußt. Diese kam erst bei der Vernehmung zutage. Bei den damaligen Ausschreitungen während eines Festaktes mit dem amerikanischen Vizepräsidenten Bush, mit Bundespräsident Carstens und Bundeskanzler Kohl aus Anlaß des 300. Jahrestages der Auswanderung deutscher Bürger in die Vereinigten Staaten waren 134 Gewalttäter vorübergehend festgenommen und 34 Polizeibeamte verletzt worden, einige von ihnen schwer.«

Und die Abschirmung? Dazu eine Woche später *Der Spiegel*[43]:

»Daß ein V-Mann zum agent provocateur wird, findet Berlins Innensenator Heinrich Lummer (CDU) ›unerwünscht und unerträglich‹. Noch schlimmer aber findet er es offenkundig, wenn einer enttarnt wird. Jedenfalls legten sich Lummers Beamte beispiellos ins Zeug, um die sich abzeichnende Affäre beizeiten zu bereinigen.«

Was dabei herauskommen wird, ist allerdings noch nicht abzusehen, da die nordrhein-westfälische Justiz auf die Berliner Wünsche zunächst ziemlich zurückhaltend reagiert hat.[44]

Soviel zu den Fällen, in denen die Verdachtssituation durch die Mithilfe der V-Leute erst entsteht.

2) Natürlich kann es auch so sein, daß sie tätig werden, wenn ein einfacher Tatverdacht bereits *vorliegt*. Das illustriert vielleicht der

folgende Sachverhalt aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs:[45]

Der Angeklagte war von dem Iraner S. »um Vermittlung einer größeren Menge Heroins gebeten worden. Der Angeklagte war zu jener Zeit heroinsüchtig. S. war andererseits durch die Führung eines Kriminalbeamten als V-Mann für die Kriminalpolizei tätig und hatte den Angeklagten deswegen angegangen, weil er dessen Heroinsucht bemerkt hatte und über ihn an Heroinverkäufer herankommen wollte.«

Ein Hindernis, die ermittelnde Tätigkeit aufzunehmen, besteht in Fällen dieser Art nicht. Was dabei im einzelnen zweckmäßig sein kann, ist der vorausschauenden Phantasie des Gesetzgebers entzogen. Welche Beobachtungen, Befragungen, Suche nach Spuren und anderen Indizien die Polizei anstellt, bleibt im Prinzip also ihrem Ermessen überlassen.[46] Dessen Grenze ist jedoch erreicht, wenn jemand durch Maßnahmen dieser Art *Belastungen* ausgesetzt ist.[47]

Die Belastung, die durch den Einsatz von V-Leuten entstehen kann, ist nicht geregelt in der Strafprozeßordnung. Bleibt sie unterhalb der Schwelle der Belastungen, die geregelt sind, so gibt es keine Einwände gegen den Einsatz. Ein V-Mann, dessen Tätigkeit sich darin erschöpft, daß er sich umhört, Wahrnehmungen verschiedener Art weitergibt usw., bleibt damit im Zweifel im erlaubten Rahmen.

Geht er aber zu listigen Manövern über, so könnten Grenzen der Zulässigkeit sichtbar werden. Die Personen, über deren – von ihm oder der ihn einsetzenden Polizei vermuteten – Kriminalität der V-Mann etwas erfahren möchte, beginnen ihn irgendwann als einen der ihren zu betrachten; die Täuschung ist gelungen, sie vertrauen ihm ihre Pläne an, wiegen sich in Sicherheit. Der V-Mann könnte sich damit zufrieden geben, sein Wissen an die Polizei weiterzugeben und diese instand zu setzen, mit konventionellen Mitteln die Überführung einzuleiten. Wüßten die Verdächtigten über diese für sie bedrohliche Entwicklung Bescheid, würden sie eine große Belastung empfinden und sich vielleicht fragen, ob das mit rechten Dingen zugegangen sei.[47a]

Die Antwort hängt davon ab, ob das in der Strafprozeßordnung aufgestellte *Verbot*, die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten durch *Täuschung* zu beeinträchtigen (§ 136a) hier einschlägig ist. Beschuldigte in einem formellen

Sinne sind die von den V-Leuten beeinflußten Personen (noch) nicht. Aber es genügt, daß sie sich – wegen des einmal gefaßten Anfangsverdachts – gleichsam materiell bereits in dieser Rolle befinden.[48] Daher müssen die Vorschriften, welche die Strafprozeßordnung für den Schutz der Beschuldigten enthält, angewendet werden, und es kommt für die Entscheidung dann im wesentlichen nur noch darauf an, ob in der V-Leute-Aktivität eine Beeinträchtigung der Willensentschließung und Willensbetätigung ihrer Adressaten liegt.

In etwas anders gelagerten, aber vergleichbaren Fällen ist das in der Tat angenommen worden. (Etwa wenn der Beschuldigte durch eine Privatperson ausgehorcht wird, die sich dabei der Täuschung bedient[49], oder wenn ein Polizeispitzel in die Zelle des Beschuldigten gelegt wird, damit dieser sich dort Informationen durch Täuschung beschaffen kann.[50]) Fälle dieser Art sind noch nicht entschieden worden, und es ist auch nicht mit solchen Entscheidungen zu rechnen.

Denn in der Praxis geben sich die V-Leute mit der Erreichung des beschriebenen Stadiums nicht zufrieden. Den entscheidenden Durchbruch haben sie erst geschafft, wenn der Verdächtige eine Tat begeht, die sie selbst bezeugen können. Diese Zeugenschaft läßt sich aber fast nie durch bloße Beobachtung erreichen; vielmehr bedarf es einer *Mitwirkung* bei der Tat. Daher kommen die Fälle, wenn überhaupt, nur wegen der damit gegebenen Eskalation vor Gericht. Es bestehen allerdings wenig Zweifel, daß – wenn auch die früheren Stadien ruchbar würden – sie ebenso zu behandeln wären wie die erwähnten Fälle der Aushorchung durch private oder Polizeispitzel in der Zelle. Es ist jedoch müßig, diese Überlegungen anzustellen, solange sie nicht praktisch werden können, und obendrein auch überflüssig, weil die tatsächlichen Fälle problematisch genug sind.

Eine Täuschung liegt sicher immer dann vor, wenn der V-Mann den Verdächtigten zu einer neuen Tat *verführt*. Wüßte der Verdächtigte, was der V-Mann eigentlich im Schilde führt, so würde er dessen Ansinnen keineswegs folgen. Es liegt also eine Beeinträchtigung der Willensentscheidung und Willensbetätigung vor, die derjenigen gleicht, von der § 136a Strafprozeßordnung spricht.[51]

Darüber hinaus ist der Tatbestand der Anstiftung zu einer *strafbaren Handlung* erfüllt. Eingriffe in die Sphäre einer Person, welche an sich unter Strafe gestellt sind, kennt die Strafprozeßordnung

durchaus, beispielsweise Freiheitsberaubung durch Anordnung der Untersuchungshaft, Körperverletzung durch Entnahme einer Blutprobe und ähnliches mehr. Aber diese Eingriffe sind abschließend geregelt. Die Anstiftung zu einer Straftat ist in diesem Katalog nicht vorgesehen.

Daher ist die Polizei bemüht, den Vorwurf auszuräumen, es handele sich in diesen Fällen um strafbares Verhalten. In erster Linie verweist sie darauf, daß die (um bei diesem Fall zu bleiben) durch den V-Mann zum Verkauf von Betäubungsmitteln veranlaßten Personen ihrerseits ja zum Verkauf längst entschlossen gewesen seien, zur strafbaren Anstiftung jedoch gehöre, daß bei jemandem der Entschluß gerade durch die Aktivität dessen, den man wegen Anstiftung belangen will, erst hervorgerufen worden sei. Diese Argumentation mißachtet Regeln, die das materielle Strafrecht für die Anstiftung seit langem ausgebildet hat. Danach genügt es, wenn in der aktuellen Situation jemand dazu bestimmt worden ist, eine Tat zu begehen[52]; ob er eine mehr oder weniger latente Bereitschaft dazu bereits gehabt hat, ist unbedeutend.[53]

Ein weiteres Argument der Polizei lautet: Der V-Mann, der zum Verkauf von Betäubungsmitteln anrege, habe nicht die Absicht, den Stoff weiterzugeben; vielmehr gelange dieser ja zur Polizei. Daher fehle es an einem Schädigungsvorsatz. Man könnte versucht sein, dagegen einzuwenden, es genüge doch für die Strafbarkeit wegen Anstiftung, wenn jemand in Schuld und Unrecht verstrickt worden sei; das heißt, komme es aufgrund dieses Vorganges zur Bestrafung des Angestifteten, dann sei der Anstifter eben gerade dafür haftbar zu machen. Indessen muß hier eingeräumt werden, daß nur nach einer wenig verbreiteten Auffassung dies der Grund für die Bestrafung des Anstifters ist. Ganz überwiegend wird angenommen, daß er nicht für die Verführung des Täters als solche, sondern dafür bestraft werde, daß er auf diesem Wege ein Rechtsgut verletze[54] – hier die Gefährdung anderer Menschen durch Betäubungsmittel. Wenn das stimmt, ist der Einwand der Polizei nicht ganz von der Hand zu weisen, gerade das wolle sie durch ihre Aktion beim Ankauf von Betäubungsmitteln verhindern. Es ist aber nun eine Eigentümlichkeit des Strafrechts, die in anderen Lebensbereichen ganz selbstverständlich hingenommen wird, daß auch hier die »Augenblicksaufnahme« entscheidet. Wer ein Betäubungsmittel verkauft, vollendet eine strafbare Tat, und wer dazu anstiftet, muß sich diesen Vorgang zurechnen lassen, mit anderen

Worten, ein solcher Vollendungsvorsatz genügt für die Strafbarkeit auch des Anstifters.[55] Es wird gleichsam unwiderleglich vermutet, daß damit die Gefährdung des Rechtsgutes, für deren Vermeidung das Strafgesetz aufgestellt worden ist, bereits eingetreten ist. Spätere Korrekturen oder ein Auffangen des endgültigen Schadens gelten als unbeachtliche Wiedergutmachung, die an der Begründung der Strafbarkeit nichts ändern können, allenfalls zur Milderung der Strafe beitragen. Der landläufigste Fall, in dem diese Konstruktion sichtbar wird, ist der, daß jemand, der eine Summe unterschlagen hat, sich darauf beruft, er habe sie nach und nach zurückgezahlt. An der Unterschlagung ändert das, wie jeder weiß, nachträglich nichts. Von diesem Grundsatz isolierter Tatbetrachtung abzugehen, besteht in den Fällen, in denen V-Leute tätig werden, keine Veranlassung.[56]

Die Kriminalpolizei findet das unerträglich. Sie wähnt sich in einer Art Ermittlungsnotstand und hat daher, abgesehen von den bereits behandelten Argumenten, noch eine zweite, grundsätzliche Verteidigungslinie aufgebaut. Sie beruft sich auf eine Vorschrift des Strafgesetzbuches, die unter gewissen Voraussetzungen strafbare Handlungen rechtfertigt. Diese Vorschrift (§ 34) lautet:

»Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.«

Gegen die Anwendung dieser Vorschrift auf die Tätigkeit von V-Leuten bestehen schwere Bedenken.

Zunächst würde ihre Anwendung eine Durchbrechung des Grundsatzes bedeuten, daß strafbare Eingriffe in der Strafprozeßordnung abschließend geregelt sind. Außerdem ergäbe sich ein Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen der Regelung hoheitlicher Befugnisse:

»Oberstes Prinzip dieses Sachbereiches ist der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in die Individualsphäre seiner Bürger. Dieser Vorbehalt dient rechtsstaatlichen und demokratischen Zwecken. Der rechtsstaatliche Zweck wurzelt im Bereich der Rechtssicherheit; die Vor-

aussetzungen für staatliche Eingriffe in Individualrechtsgüter sollen allgemein erkennbar und berechenbar sein, damit der Bürger weiß, was ihm seitens des Staates bevorstehen kann. Der demokratische Aspekt des Gesetzesvorbehaltes besagt, daß der Gesetzgeber darüber entscheiden muß, unter welchen Voraussetzungen der Staat in die Individualsphäre eindringen darf, weil er allein über die demokratische Legitimation verfügt, die hier notwendig ist. Denn die Frage, welchem öffentlichen Interesse ein Individualinteresse zu weichen hat, ist eine Frage von höchster politischer Bedeutung, die deshalb einer öffentlichen Diskussion und einer demokratischen Entscheidung bedarf... wo der Gesetzgeber dem Staat einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Individualrechtsgüter erlaubt, da sagt er stets, welches Staatsorgan hierzu berechtigt sein soll. § 34 Strafgesetzbuch enthält eine solche Bezeichnung nicht. Schon dies zeigt, daß die Vorschrift nicht auf öffentlich-rechtliche Belange berechnet ist. Denn wäre sie im hoheitlichen Bereich anwendbar, so würde sie es erlauben, die öffentlich-rechtlichen Kompetenzzuweisungen einfach zu negieren. Wichtige politische Entscheidungen, wie etwa die, dem Verfassungsschutz keine polizeilichen Befugnisse einzuräumen... könnten dann unter Berufung auf § 34 StGB unterlaufen werden.«[57]

Selbst wenn man sich über diese Argumente hinwegsetzen würde, müßte die Anwendung des § 34 Strafgesetzbuch an Einzelheiten scheitern. Zunächst müßte eine gegenwärtige Gefahr dargetan werden. Davon kann keine Rede sein bei dem Verdacht, jemand könnte die Neigung haben, Betäubungsmittel zu verkaufen. Die allgemeinen Anforderungen an »Gegenwärtigkeit« im Sinne dieser Vorschrift sind sehr viel enger: Es muß die Gefahr wirklich unmittelbar bevorstehen. Sodann muß die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Dabei stellt sich die Frage, ob es nicht für den V-Mann näherläge, gerade umgekehrt zu verfahren. Das heißt zu verhindern, daß aus der Neigung, Betäubungsmittel zu verkaufen, eine Realität werde. Diese Überlegung weist die Polizei freilich unter Hinweis auf längerfristig gesteckte kriminalistische Ziele zurück. Die allgemeine Gefahr der Ausbreitung des Betäubungsmittelhandels sei zu bekämpfen.

Kommt man der Polizei in diesem Punkt entgegen und unterstellt nicht nur die *Gegenwärtigkeit* der durch den Handel mit Betäubungsmitteln – um bei diesem Beispiel zu bleiben – bestehenden Gefahr, sondern auch, daß sie nicht anders als durch den Einsatz von zum Verkauf von Betäubungsmitteln anstiftenden V-Leuten abwendbar sei, so ist man mit der Überwindung der Schwierigkeiten bei der Anwendung von § 34 Strafgesetzbuch – rechtfertigen-

der Notstand – keineswegs am Ende. Jetzt nämlich muß man sich die widerstreitenden Interessen näher ansehen. Auf der einen Seite haben wir den deutlich umrissenen Sachverhalt, daß eine konkrete Straftat – Verkauf von Betäubungsmitteln – begangen wird. Auf der anderen Seite die Aussicht, daß mit der Ergreifung des Täters dieser strafbaren Handlung weitere Straftaten dieses Täters – das nennt man Spezialprävention – und anderer Täter, die davon hören – das nennt man Generalprävention – unterbleiben. Diese Aussicht ist äußerst vage, denn ihre Realisierung hängt von einer Reihe zusätzlicher, der Kontrolle der Polizei durchaus entzogener Umstände ab. Eine Interessenabwägung zugunsten des anstiftenden V-Mannes würde daher mit einer Regel brechen, welche die Rechtsprechung in anderen Fällen, etwa wenn bei Demonstrationen die Fortbewegungsfreiheit dem Eintritt für die Meinungsfreiheit vorgezogen wird, stets anwendet. In diesen und anderen Fällen hat die Rechtsprechung sich immer auf den Standpunkt gestellt, daß längerfristige, in großen Zusammenhängen stehende, relativ abstrakt bleibende und der genauen Messung sich entziehende Interessen hinter konkreten, aktuellen, isolierbaren und feststehenden Interessen zurückzustehen haben.[58]

Es bestehen also starke Zweifel daran, ob die in Frage stehenden Interessen überhaupt vergleichbar sind. Versucht man dennoch, den Vergleich durchzuführen, so muß man einmal zusammenhängend aufführen, was im einzelnen der mit dem V-Leute-Einsatz beabsichtigten Strafverfolgung weichen soll:

Der Angestiftete erleidet durch die Bestrafung eine Minderung seines sozialen Status. Zwar ist, wie gesagt[59], das nicht der Grund dafür, weshalb der Anstifter bestraft wird – aber das bedeutet nicht, daß man diese Folge ganz übergehen darf.[60] Denn nicht nur Interessen, deren Verletzung sogar mit *Strafe* bedroht ist, sind bei der Güterabwägung gemäß § 34 zu berücksichtigen. Die Wirkungen, die beim Angestifteten eintreten, sind in der Wissenschaft oft und eindringlich beschrieben worden:

»Die Werbung für das Unrecht, für einen Angriff gegen die Rechtsordnung, bleibt . . . eine Störung des sozialen Friedens, eine Gefährdung der sozialen Achtung, die einer genießt«[61], so daß in der Regel auch seine »Selbstachtung beeinträchtigt wird«.[62]

»Es ist heute anerkannt, daß ein Recht der Persönlichkeit auf Achtung und freie Entfaltung besteht. Unsere Verfassungen garantieren es. Es ist ein Rechtsgut, nicht weniger als andere. Indem der Anstifter einen anderen

dazu bringt, Unrecht zu tun, verletzt er dieses Rechtsgut . . . indem er die Motivation des Willens eines anderen auf das Verbotene lenkt, greift er in die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ein.«[63]

Diese Vorgänge wiegen um so schwerer, als sie in direktem Gegensatz zu der im modernen Sozialstaat selbstverständlichen Forderung stehen, die Eingliederung der Bürger in ein normales soziales Leben aktiv zu fördern.[64]

Bedenkt man, daß alle diese Interessen, die durch den mit staatlicher Billigung zu einer Straftat anstiftenden V-Mann beeinträchtigt werden, nicht einmal die Hauptsache sind, sondern zu dem eigentlichen Interesse, der Verletzung des jeweils geschützten Gutes hinzutreten, so spricht eigentlich wenig dafür, sie hinter jenen kriminalistischen Interessen zurückweichen zu lassen. Nimmt man die Versuche hinzu, die weniger aus Polizeikreisen als aus Justizkreisen kommen, diese Interessen unter dem allgemeineren Begriff der Effektivität der Strafrechtspflege oder, wie man neuerdings auch sagt, Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zusammenzufassen, so wird die Aufgabe der Güterabwägung nicht leichter. Denn – wohl erwogen – muß zur Effektivität oder Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ja auch gerechnet werden, daß die Strafverfolgungsbehörden ihre Erfolge auf rechtlich zulässigen Wegen erreichen.[65] Was wäre das für ein blinder Begriff von Effektivität oder Funktionstüchtigkeit, der nur auf die – gleichviel um welchen Preis – erreichte Zahl der Verurteilten sähe. Es würde sich mit dieser Argumentation sogar ein Zirkelschluß eröffnen: Das, was man eigentlich erst zu beweisen hätte – dürfen unkonventionelle Wege beschritten werden, um die Zahl der Verurteilungen zu erhöhen –, würde hier vorausgesetzt und bei der Güterabwägung schon auf der Habenseite der Ermittlungsbehörden verbucht.

Wer immer noch schwankt, der muß sich schließlich entgegenhalten lassen, daß § 34 Strafgesetzbuch nicht nur ein einfaches Überwiegen der kriminalistischen Interessen vor den Interessen des Angestifteten verlangt; vielmehr müssen diese Interessen *wesentlich* überwiegen.[66] Hier dürfte das Ende einer Argumentation erreicht sein, die sich für die ausnahmsweise Gestattung des Einsatzes zu Straftaten anstiftender V-Leute auf die Generalklausel des § 34 Strafgesetzbuch zu berufen versucht.[67]

Nicht immer liegt es so, daß der V-Mann nur anstiftet. Manchmal dirigiert er das Geschehen in einer Weise, daß man von mittelbarer Täterschaft – einer schärferen Form strafrechtlicher Haftung –

sprechen muß.[68] Für diese Fälle gilt das bisher Gesagte erst recht.

Andererseits bleibt die Mitwirkung der V-Leute häufig auch hinter der Anstiftung zurück, stellt sich lediglich als Beihilfe dar. Das heißt, die Verdächtigten bedürfen tatsächlich nicht mehr des Anstoßes, sie handeln von selbst; aber um nicht als Polizeispitzel aufzufallen, müssen sich die V-Leute dazu bequemen, ihnen doch zu helfen. Damit machen sie sich der strafbaren Beihilfe schuldig. Das ist nicht so schlimm wie Anstiftung; gleichwohl gilt alles, was gegen die Zulässigkeit einer solchen Anstiftung gesagt worden ist – mit einer gewissen Abschwächung – auch für die Beihilfe.

Manchmal können es die V-Leute sogar einrichten, gar nichts zu tun und den Dingen einfach ihren Lauf zu lassen – bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Polizei in flagranti eingreifen kann. Auch durch Unterlassen freilich kann man sich strafbar machen, wenn man verpflichtet ist, den Erfolg abzuwehren. Diese Verpflichtung ist nicht immer gegeben, und auch nicht jeden trifft sie. Im Auftrage oder mit Billigung der Polizei handelnde V-Leute indessen, haben Aufgaben übernommen, in deren Rahmen sie eigentlich zur Anwendung strafbarer Handlungen verpflichtet sind. Wenn also ein V-Mann einen Tip bekommen hat, daß zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort ein Einbruch passieren wird, und mit der Polizei dorthin fährt (vielleicht sogar vorher, wie es durchaus geschieht, die Täter bei den Vorbereitungen der Tat beobachtet), so müßte er die Tat eigentlich verhindern und ist für den Fall, daß er es nicht tut, wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar.[68a] Man kann nun nicht sagen, daß ein solches Verhalten gleichzeitig ein Eingriff in die persönliche Sphäre der Täter ist. Insofern fällt es nicht unter das Verbot, jenseits der in der Strafprozeßordnung abschließend zugelassenen Möglichkeiten, einer Person massiv zuzusetzen. Jedoch gilt über das Verbot hinaus, andere als in der Strafprozeßordnung vorgesehene *Eingriffe* in die persönliche Sphäre des einzelnen vorzunehmen, der allgemeine Satz, daß Ermittlungsmaßnahmen – auch wenn sie sich *nicht* als *Eingriff* in die persönliche Sphäre der Verdächtigten oder Dritter darstellen – für den Fall, daß sie gleichwohl einen *Straftatbestand* erfüllen, von der Strafprozeßordnung *ausdrücklich* zugelassen worden sein müssen. Die Rechtsprechung hat mit Fällen dieser Art bisher nichts zu tun gehabt, weil offenbar noch kein Verteidiger versucht hat, auf diesem Wege etwas für seinen Mandanten zu tun.

Gesetzt, es gelänge den Ermittlungsorganen, durch Erzeugung eines *neuen* Verdachtes – im Wege der Beteiligung am Delikt durch den V-Mann – den *alten* Verdacht, für den bereits Material vorliegt, zu steigern oder gar in Gewißheit zu verwandeln, etwa, indem nun neue Beweismittel, beispielsweise Zeugen, verfügbar werden, so wäre das nach dem bisher Dargelegten auf unzulässigem Wege geschehen. Das Verblüffende ist nun, daß die Polizei, haben die Dinge erst einmal diesen Lauf genommen, sich um den alten Verdacht gar nicht mehr kümmert. Sollte sie das in der weisen Annahme tun, daß ihr die Unzulässigkeit der ergriffenen Methode den Weg dazu versperrt? So ist es natürlich nicht – andernfalls hätte sie sich ja den ganzen Aufwand ersparen können. Vielmehr scheint es so zu sein, daß die Erzeugung des neuen Verdachts kriminalistisch gar nicht geeignet ist, bei der Aufklärung des alten Verdachtes weiterzuhelfen. Der alte Verdacht wird offenbar nur als Indiz dafür aufgefaßt, daß man es mit einer Person zu tun hat, welche die Neigung, Straftaten zu begehen, besitzen könnte, und diese Neigung wird nun überprüft.

Man muß sich klar machen, was das bedeutet. Es bedeutet, daß es auch in diesen Fällen die Polizei gar nicht daran interessiert ist, bereits begangene Straftaten aufzuklären, sondern unmittelbar – nicht über den Weg der generalpräventiv oder spezialpräventiv wirkenden Verurteilung wegen einer begangenen Tat – künftige Taten zu verhindern, indem Personen, von denen man annimmt, daß sie solche Taten begehen könnten, in solche Taten verwickelt werden, um sie dann durch die Verurteilung für eine Weile aus dem Verkehr zu ziehen. Die Strafprozeßordnung ist für diese rein präventive Verbrechensbekämpfung nicht gemacht; es handelt sich auch in diesen Fällen um im Polizeirecht der Länder geregelte polizeiliche Gefahrenabwehr.[69]

Die Gefahr weiterer Taten mag mit dem einfachen Verdacht einer schon begangenen Tat gegeben sein. Aber die Behauptung, daß diese Gefahr unmittelbar bevorstehe, ginge an der Lebenserfahrung vorbei. Auch von unaufschiebbar zu beseitigender Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann daher noch keine Rede sein.

Wer das anders sieht und sofortiges polizeiliches Handeln fordert, hat gleichwohl keinen Freibrief für den schrankenlosen Einsatz von V-Leuten. Denn das Polizeirecht schreibt vor, daß bei der Gefahrenabwehr der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten

ist. Die Güterabwägungen, die danach erforderlich werden, führen zur Frage des Ermittlungsnotstandes. Daß seine Voraussetzungen nicht vorliegen, wissen wir jedoch schon. Hinzu kommt das Risiko, daß etwas Unvorhergesehenes passiert, wie ein kürzlich berichteter Fall zeigt. Der V-Mann hatte erklärt:

»Sofort-Geschäfte habe er nicht gemacht, sondern die Verhandlungen jeweils so weit hingezogen, daß die Polizei informiert werden konnte. In einem Fall sei es auch zu einer Schießerei gekommen: als der Dealer merkte, daß die Kripo in der Nähe war, schoß er auf die Polizisten.«[70]

II. Ist staatlich gesteuerte Deliktsbeteiligung das Vehikel für die *Aufnahme* von Ermittlungen, so gelangen sie damit meistens auch gleich in ein sehr fortgeschrittenes Stadium. Der neue Verdacht ist – einmal erzeugt – sofort so eindeutig und *dringend*, daß – wenn auch die übrigen Voraussetzungen, vor allem Flucht- oder Verdunkelungsgefahr, vorliegen – Untersuchungshaft angeordnet werden kann; auch ist er in der Regel *hinreichend* für die unmittelbare Vorbereitung der Anklage. Weiterer Manöver mit V-Leuten bedarf es nicht.

Das gilt erst recht für den Übergang des Ermittlungsverfahrens in das *Hauptverfahren*. Für seine Eröffnung braucht nicht mehr festgestellt zu werden als für die Anklage; nur muß das jetzt durch die Richter geschehen. In der Praxis sieht das so aus, daß sie in der Regel keine selbständigen Ermittlungen anstellen, sondern die Version der Staatsanwaltschaft überprüfen und entweder zurückweisen oder übernehmen. Zum V-Leute-Einsatz kommt es nicht mehr – auch nicht im weiteren Verlauf des Verfahrens, das dem Richter *Gewißheit* des Verdachts schafft und damit die Grundlage für eine Verurteilung wird oder – wenn Zweifel bleiben – mit Freispruch endet. Es geht, was die V-Leute betrifft, nur noch darum, wie sich ihr zum Einschreiten der Polizei führender Einsatz auf die weiteren Verfahrensabschnitte auswirkt.

Wenn der Einsatz der V-Leute unzulässig ist, müßte man von einer intakten Justiz erwarten, daß sie diesen Fehlgriff korrigiert. Man könnte sich also vorstellen, daß bereits der Haftrichter, wird er über den Hergang aufgeklärt, sich weigert, die Untersuchungshaft anzuordnen, oder daß ein Staatsanwalt von vornherein keine Anklage erhebt. Da es sich freilich um schwierige Rechtsfragen handelt, müßten die kritischen Positionen deutlich und mit Nachdruck vorgetragen werden. Dazu sind die Verteidiger da. Sie brin-

gen die Frage der Zulässigkeit des V-Leute-Einsatzes in der Regel aber erst in der Hauptverhandlung zur Sprache – dann, wenn es um den endgültigen Beweis geht. Das mag man beklagen, begründet jedoch erst einmal ein besonderes Interesse an der Behandlung des Problems in dieser Phase. Es verschärft sich dadurch, daß in den meisten Fällen nach wie vor nicht nur die Korrekturen ausbleiben, sondern die Gerichte dem ersten Rechtsverstoß – staatliche Deliktsbeteiligung – weitere hinzufügen.

1) Wenn V-Leute in unzulässiger Weise tätig werden, sei es, weil sie die Schwelle des Anfangsverdachts oder in § 136a Strafprozeßordnung fixierte Verbote der Täuschung mißachten, sei es, daß sie – darüber hinaus – sich an Delikten beteiligen, liegt zunächst die Folgerung nahe, das von ihnen angebotene Tatsachenmaterial nicht zur Kenntnis zu nehmen. Das wäre möglich, wenn es eine Regel gäbe, die es verböte, dieses Tatsachenmaterial bei der Beweis*aufnahme* zu verwerten. Da Grundlage für die Verurteilung nur das sein darf, was in der Hauptverhandlung Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen ist[71], hätte ein solches Verbot die Wirkung des Freispruchs.

Die Strafprozeßordnung kennt eine Reihe von Verwertungsverboten. Sie sind allerdings so konstruiert, daß sie in der Regel erst bei der abschließenden Beratung für das Urteil zum Zuge kommen. Beispielsweise, wenn sich herausstellt, daß der Zeuge unter dem Einfluß eines unzulässigen Zwanges ausgesagt hat (wobei der Zwang entweder in der Hauptverhandlung ausgeübt worden ist, oder schon im Vorverfahren, sich aber auf die Aussage in der Hauptverhandlung auswirkt). Weiß man aber bereits bei der *Erhebung* der Beweise, daß Tatsachenmaterial zur Debatte steht, das auf unzulässige Weise produziert worden ist, so kann sich die Unzulässigkeit seiner Verwertung schon jetzt auswirken[72], es wird gar nicht erst zum Beweisgegenstand gemacht. Insofern kann man auch von einem Beweis*tatsachen*verbot sprechen; diese Konstruktion ist nicht ungewöhnlich[73]; beispielsweise darf der Inhalt einer geheimen richterlichen Beratung nicht zum Gegenstand eines Beweises gemacht werden.[74]

Das Gericht könnte diesem Verbot, über *Tatsachen* Beweis zu *erheben*, zunächst dadurch Geltung zu verschaffen suchen, daß es den V-Leuten einfach kein Gehör schenkt. Das käme dem Wunsch der Polizei nach Abschirmung freilich sehr entgegen. Die Gerichte müßten daher einen Schritt weitergehen, und auch die Personen,

die etwas über die Arbeit der V-Leute berichten können, d. h. die Polizisten, die den V-Mann, wie es amtlich heißt, führen, nicht vernehmen (Beweis*mittel*verbot).

Liegt ein Beweiserhebungsverbot vor, so ist die Folge, daß der Angeklagte freigesprochen werden muß, wenn andere Beweise für die – von dem Angeklagten nicht zugegebene – Tat nicht existieren.

Setzt sich das Gericht über dieses Beweiserhebungsverbot hinweg, so muß es bei der Urteilsfindung das Verbot beachten, die erhobenen Beweise zu verwerten[74a]; gegebenenfalls ist freizusprechen.[75]

Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Lösung bisher nicht durchringen können, sondern in einigen Fällen lediglich zugestanden, daß bei »erheblicher Einwirkung« des V-Mannes auf die –später angeklagten – Täter von deren Bestrafung abgesehen werden könne.[75a] Die rechtliche Konstruktion schwankt. Wer in erster Linie an die Person des Provozierten denkt, hat offenbar die Neigung, von einem (persönlichen) Strafausschließungsgrund zu sprechen.[75b] Fixiert wird der Vorgang der Verführung.[76] Allerdings sind die Voraussetzungen für deren Annahme immer noch eng.[77] Faßt man das Ergebnis, Freispruch des Provozierten unter Absehen von seiner (weiteren) Verfolgung, als Konsequenz aus der Mißbilligung des unkorrekten Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden auf, so scheint sich der Begriff der »Verwirkung des Strafanspruchs« anzubieten.[77a] Jedoch fehlt diesem Begriff die Präzision.[77b] Handelt es sich um ein materiell-rechtliches Argument? Dann müßte namhaft gemacht werden, ob Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Schuld entfallen (denn für jenseits davon liegende Kriterien wie »Strafbedürfnis« oder »Strafwürdigkeit« gibt es keine selbständige Legitimation).[78] Das ist bisher nicht geschehen[79] und dürfte auch in der Zukunft schwerfallen. Ist das Argument aber prozessualer Natur, so sollte man nicht länger leugnen, daß es um Beweisverbote geht.[79a]

Spätestens der Respekt vor dem Beweisverwertungsverbot bremst das Verfahren. Insofern könnte man auch – allgemeiner – von einem Verfahrenshindernis reden. Irreführend ist daher der vom 1. Strafsenat des BGH aufgestellte Begriff des Verfahrenshindernisses: es liege praktisch nur vor, wenn jede Entscheidung unterbleibe (so daß der 1. Senat – von seinem Standpunkt aus – mit Recht etwa die eine Verurteilung verhindernde amerikanische Doc-

trine of Entrapment nicht als Verfahrenshindernis einordnet).[80] Würde – entgegen bisheriger Übung – die Konsequenz aus der Unzulässigkeit des Einsatzes zur Tat provozierender V-Leute schon vor dem Beginn der Hauptverhandlung gezogen, so nähme das Hindernis für den Fortgang des Verfahrens ebenfalls die Gestalt eines Verbotes an, bestimmte Tatsachen zu verwerten. Noch weiter davor liegt das Verbot, bestimmte Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen. Bis hierher deckt also die Konstruktion des Verbotes, für Tatsachen Beweise zu erheben oder die Ergebnisse einer Erhebung zu verwerten (wenn man davon absieht, daß diese Terminologie für das Verfahren in der Hauptverhandlung reserviert ist), alle Fälle, in denen das Verfahren wegen der Verwendung tatprovozierender V-Leute gestoppt werden soll. Man ist also gar nicht darauf angewiesen, mit einem allgemeinen Verfahrenshindernis zu arbeiten[80a], sondern kann das Kind bei seinem Namen nennen.[80b] Lediglich für die erste Stufe – die künstliche Hervorbringung der Tatsachen (durch die Provokation), die in dem dann beginnenden Verfahren entweder nicht zur Kenntnis genommen oder nicht verwertet werden dürfen – paßt die Konstruktion des Beweisverbotes noch nicht. Aber man braucht sie ja auch noch nicht. Es genügt zunächst die Feststellung, daß die Provokation unzulässig war. Wer sich darüber hinwegsetzen will, stößt dann sofort auf das Verbot, diese – künstlich hervorgebrachten – Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen, also auf ein Beweiserhebungsverbot. Wer indessen von vornherein die Unzulässigkeit der Provokation beachtet und sie deshalb unterläßt, kommt gar nicht in die Verlegenheit, ein Beweisverbot zu mißachten. In allen relevanten Stadien des Verfahrens erweist sich das Hindernis, das man ihm wegen des V-Leute-Einsatzes bereiten möchte, mithin als Beweisverbot.

Eine andere Frage ist es, ob man dieser Beweisverbote bedarf. Könnte man sicher sein, daß die tatprovozierenden V-Leute und ihre »Führer« mit Bestrafung oder disziplinierenden Maßnahmen zu rechnen hätten, wären die Situationen, in denen es auf die Wirksamkeit eines Beweisverbots ankommt, vielleicht seltener. Ganz würden sie allerdings wohl nicht verschwinden. Erstens würde der Abschreckungs- oder Erziehungseffekt strafrechtlicher und disziplinarrechtlicher Maßnahmen nicht immer weit genug reichen, und zweitens ist nicht ausgeschlossen, daß die Strafverfolgungsbehörden auch einmal eine Bestrafung oder disziplinarrechtliche Maßregelung der V-Person und ihrer Führer um des Verurtei-

lungserfolges willen in Kauf nehmen. Vor allem aber weiß man doch, daß die Staatsanwaltschaften nicht gern gegen sich selbst ermitteln (da sie »Herr des Ermittlungsverfahrens« auch dann sind, wenn – zunächst – nur die Polizei tätig wird, müßte sie das auch tun, wenn die V-Leute-Aktivität ausschließlich von der Polizei ausgegangen ist), selbst wenn von niemandem Zweifel an der Unkorrektheit des staatlichen Handelns, etwa bei Mißhandlungen des Beschuldigten, geäußert werden. Nicht zuletzt deshalb sind die Beweisverbote, soweit sie an ein strafbares oder disziplinarrechtlich ahndbares Verhalten der Polizei anknüpfen, doch gerade entwickelt worden.[80c] Das Gleiche gilt für den Gedanken der Verwirkung des Strafanspruchs oder die Konstruktion der Strafausschließungsgründe.[80d] Die in der Auffassung des 1. Strafsenats des BGH, daß die dem Schutz des Staates anvertrauten Rechtsgüter nicht zur Disposition des Lockspitzels gestellt werden dürfen[80e], liegende Aufforderung, gegebenenfalls den V-Mann strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen (ein Paradoxon übrigens, oder auch »Eigentor«, wenn man sich die allgemeine Tendenz dieser Entscheidung vergegenwärtigt), ist zur Zeit noch recht akademisch.

Wenn das Gericht nun aber in der Tätigkeit der V-Leute – zu Recht oder zu Unrecht – nichts Unzulässiges sieht und daher ein Beweisverbot – zu Recht oder zu Unrecht – nicht anerkennt, muß es eine Möglichkeit haben, an die Aussage des V-Mannes oder wenigstens an eine Aussage über seine Tätigkeit heranzukommen (es sei denn, die Polizei war beispielsweise, um bei diesem Fall zu bleiben, bei der Übergabe des Betäubungsmittels versteckt zugegen; dann kann sie die Tat – den Verkauf – allein bezeugen).

Weiter ist die Möglichkeit, daß der V-Mann aussagt, von Bedeutung für den Fall, daß nur auf diesem Wege ein – durch die Mitteilung über die Tätigkeit des V-Mannes oder den unmittelbaren Bericht der Polizei entstandener – Verdacht *entkräftet* werden kann, etwa weil sich die Leichtfertigkeit der bisher bekundeten Aussagen des V-Mannes oder sogar die absichtliche Irreführung der Ermittlungsbehörden und des Gerichtes herausstellt.[81]

2) Daher muß, wenn die Tätigkeit und das Wissen eines V-Mannes entscheidungserheblich sein könnten, zusätzlich geprüft werden, welche Anforderungen an die Beweisaufnahme zu stellen sind. Das

könnte ebenfalls zu einer Frage nach Beweiserhebungsverboten werden – jetzt aber nicht bezogen auf Tatsachen, sondern auf Mittel und Methoden.[82]

Anlaß für diese Prüfung ist vor allem die Tendenz der Gerichte, auf unmittelbare Vernehmung des V-Mannes in der Hauptverhandlung – im Interesse seiner weiteren, nicht durch Entdeckung gefährdeten Verwendung – zu verzichten.

Auf den ersten Blick scheint für diesen Verzicht kein Raum zu sein. Denn § 250 Strafprozeßordnung schreibt vor:

»Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen.«

Die Gerichte aber stoßen auf große Schwierigkeiten, wenn sie von den Ermittlungsbehörden die Namen der V-Leute erfahren wollen, um sie für die Hauptverhandlung zu laden. Die Rücksichten auf diese Sicherheitsbedürfnisse der Polizei hat die Rechtsprechung zu einer Reihe von Zugeständnissen veranlaßt, die Generalbundesanwalt Rebmann[83] in einem viel beachteten Aufsatz zusammengestellt hat. Hier die Stichworte[84]:

Das erkennende Gericht vernimmt den V-Mann zwar in der Hauptverhandlung, schützt ihn jedoch – entweder durch Sicherheitskräfte, optische Abschirmung, Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutze des Angeklagten, Wahrung seiner Anonymität – oder durch eine Vernehmung an einem geheimen Ort, durch Fernsehschaltung oder telefonische Konferenzschaltung.

Reichen diese Möglichkeiten nicht aus, so verzichtet das Gericht auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung und beauftragt einen seiner Richter, oder ersucht ein fremdes Gericht um Vernehmung. Noch weitergehend ist die Abfindung mit der Vernehmung des V-Mannes durch einen Polizeibeamten, die schriftliche Befragung oder die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen.

Diese Großzügigkeit im Umgang mit dem Grundsatz der persönlichen Vernehmung, der vor allem den Anspruch aller Prozeßbeteiligten, insbesondere des Angeklagten, auf rechtliches Gehör sichern soll, gerät aber mehr und mehr ins Wanken, und hat kürzlich – ausgelöst durch Revisionsanträge einiger Verteidiger – zu einer viele Sachkenner überraschenden, auf einen Vorlagebeschluß des 2. Senats[85] ergehenden Entscheidung des großen Senats des Bundesgerichtshofs[86] geführt, deren wesentlicher Leitsatz lautet:

»Es ist nicht zulässig, die kommissarische Zeugenvernehmung einer Vertrauensperson der Polizei gegen den Willen des Verteidigers in dessen Abwesenheit durchzuführen, weil die oberste Dienstbehörde den Zeugen aus Sorge vor dessen Enttarnung nur unter dieser Voraussetzung freigibt.«

Die Begründung ist im wesentlichen diese:

»Die zwingenden verfahrensrechtlichen Vorschriften der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes lassen es nicht zu, daß etwa die Laienrichter oder der Verteidiger auch nur zeitweilig von der Teilnahme an der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden. Ebensowenig erkennt das geltende Recht die Möglichkeit an, die Anonymität eines Zeugen zu wahren, der richterlich vernommen werden soll. Auch eine Beweisaufnahme unter optischer oder akustischer Abschirmung eines Zeugen, sieht das geltende Recht nicht vor . . .

Die kommissarische Vernehmung des Zeugen ist daher nicht gegen den Willen des Verteidigers in dessen Abwesenheit zulässig, weil die Verwaltungsbehörde nur unter dieser Voraussetzung einer kommissarischen Zeugenvernehmung zugestimmt hat. Es ist auch nicht zulässig, dem Zeugen bei dieser Vernehmung die Nichtangabe seiner Personalien zu gestatten . . .

Der Zeugenbeweis ist eines der wichtigsten Beweismittel, das die Strafprozeßordnung zur Wahrheitserforschung zur Verfügung stellt. Anders als bei den Mitteln des Sachbeweises und weitaus stärker als beim Sachverständigenbeweis hängt die Bedeutung des Zeugenbeweises von Umständen ab, die in diesem Beweismittel selbst begründet sind, namentlich seine Persönlichkeit, sein Lebenslauf, sein Charakter und seine Beweggründe.«[87]

Das ist ein Fortschritt[88], aber noch immer packt der Bundesgerichtshof das Übel nicht an der Wurzel.[88a] Er registriert nicht eindeutig genug, daß in allen diesen Fällen der Rechtsprechung letzten Endes doch von der Verwaltung etwas vorgeschrieben wird. Zwar heißt es in jener Entscheidung auch:

»Bei der Entscheidung darüber, ob die materiellen Voraussetzungen für die Versagung einer Aussagegenehmigung oder die Verweigerung einer Auskunft über die Personalien eines Zeugen gegeben sind, hat sich auch die zuständige Verwaltungsbehörde am Gebot einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung zu orientieren. Sie darf nicht nur die von ihr wahrzunehmenden Aufgaben zur Grundlage ihrer Entscheidung machen und sie – auch wenn es sich dabei um noch so bedeutsame Anliegen handelt – als genügende Rechtfertigung dafür betrachten, sich ihrer dem Gericht gegenüber grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht, wie sie in Art. 35 GG vorausgesetzt wird, zu entziehen. Die Bedeutung der gerichtlichen Wahrheitsfindung für die Sicherung der Gerechtigkeit und das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Beschuldigten gebieten es vielmehr, daß die Exekutive in Anerkennung

des Gewaltenteilungsgrundsatzes diese Belange bei ihrer Entscheidung mitberücksichtigt und ihnen genügendes Gewicht beimißt.

Im übrigen ist die Verwaltungsbehörde gehalten, sich bei ihrer Entscheidung an den Regeln der Strafprozeßordnung auszurichten, an die das Gericht gebunden ist. So hat auch die Verwaltungsbehörde davon auszugehen, daß ein Zeuge grundsätzlich in öffentlicher Hauptverhandlung zu vernehmen ist...

Verweigert die zuständige Dienstbehörde die Erteilung einer Aussagegenehmigung oder die Mitteilung der Personalien eines namentlich nicht bekannten Zeugen, ergibt sich aus § 244 Abs. 2 StPO die Verpflichtung des Gerichts, die behördliche Weigerung auf eine ausreichende Begründung im dargelegten Sinne zu überprüfen. Ist die Weigerung nicht oder nicht verständlich begründet worden, muß das Gericht – ebenfalls als Folge der Pflicht zur vollständigen Sachaufklärung – von der Verwaltungsbehörde eine Überprüfung verlangen.«[89]

Dann aber fährt das Gericht fort[89a]:

»Der Strafrichter ist allerdings von der Behördenentscheidung insofern abhängig, als er eine Änderung nicht erzwingen kann. Hat die Verwaltungsbehörde einen Zeugen nur mit einer Einschränkung freigegeben, so ist diese an den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu messen, an die der Richter gebunden ist. Er ist nicht befugt, sich über zwingende Regeln des Gesetzes hinwegzusetzen, um der Entscheidung der Verwaltungsbehörde Rechnung zu tragen. Würde das Verlangen gegen das Gesetz verstoßen, so liegt – falls die Behörde weiterhin darauf beharrt – eine ›Sperrung‹ des Zeugen vor, ihn in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Das Gericht hat dann zu prüfen, welche Möglichkeiten ihm das Gesetz bietet, um seiner Pflicht zur Sachaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO zu genügen.

Wenn die Verwaltungsbehörde einen Zeugen für die Vernehmung in der Hauptverhandlung endgültig gesperrt hat, so ist der Zeuge ein Beweismittel, das unerreichbar im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO ist. Seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung stehen damit ›andere nicht zu beseitigende Hindernisse‹ entgegen, die es zulässig machen, den Zeugen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vernehmen zu lassen und dann das Vernehmungsprotokoll gemäß § 251 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung zu verlesen.«[90]

Dieses Zugeständnis an die Verwaltungsbehörden geht zu weit. Der Bundesgerichtshof legt die hier maßgebende Vorschrift § 96 StPO[91], wonach es den Behörden gestattet ist, Auskünfte zu verweigern, die dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würden, falsch aus.

In der Tat kann zwar in vielen Fällen die Enttarnung des V-Mannes eine Gefahr bedeuten für Regierung und Verwaltung, dann

nämlich, wenn deren Effektivität davon abhängt, daß gewisse Vorgänge geheim bleiben. Verteidigungsangelegenheiten, internationale Verbindungen, industrielle und finanzielle Interessen können das erfordern. Geschehen strafbare Handlungen, zu deren Aufklärung Zeugen aussagen müssen, deren Erscheinen vor Gericht eine Durchbrechung dieses Geheimnisschutzes nötig macht, dann treten verschiedene Funktionen der Staatsgewalt zueinander in Konkurrenz. Es ist denkbar, daß die eine Funktion der anderen weichen muß. Das sind schwierige Entscheidungen, bei denen – das ist der durchgehende Tenor eines spektakulären verfassungsgerichtlichen Beschlusses[92] zu dieser Frage – man sich es mit dem Verzicht auf rechtsstaatliche Grundsätze im Strafprozeß aber keineswegs leicht machen darf. Häufiger als von den Gerichten und Behörden bisher angenommen, wird hier den Belangen der Justiz der Vorzug zu geben sein.

In den meisten Fällen besteht jedoch gar kein Anlaß, *dieses* Problem vertieft zu behandeln, weil die Interessengegensätze, die sich in dem Streit um die Freigabe des V-Mannes für eine gerichtliche Vernehmung in der Hauptverhandlung zeigen, von anderer Art sind. Sie sind auf den Binnenraum der Justiz beschränkt:

Kriminalitätsbekämpfung geschieht repressiv – Aufklärung bereits begangener Taten – und präventiv – Verhinderung bevorstehender Taten. Die Aufklärung bereits begangener Taten steht vom ersten Schritt an unter der Herrschaft der Strafprozeßordnung. Die Ermittlungen von Polizei und Staatsanwaltschaft haben – im Falle der Annahme eines hinreichenden Tatverdachtes – kein anderes Ziel als Beweisaufnahme und Aburteilung durch das Gericht. Wenn Ermittlungsprobleme es als erforderlich erscheinen lassen, Beweismittel zu sperren, kann man das zwar durchaus als spezifischen Ausdruck einer Sorge für das Wohl des Bundes oder der Länder auffassen – dem *Gericht* aber kann man diese Spezifizierung nicht entgegenhalten, denn sie ist mit *seiner* Spezifizierung der Sorge um das Wohl des Bundes und der Länder identisch. Es kann sich also bei den Nachteilen für das Wohl des Bundes und der Länder, die jene strafprozessuale Regel, mit der die Behörden ihre Auskunftsverweigerung abstützen, zu berücksichtigen vorschreibt, nicht um Nachteile handeln, deren Vermeidung ohnehin schon Aufgabe des gesamten Strafverfahrens ist.

Relativ einfach läßt sich das nachvollziehen, wenn man nur an eine bereits begangene Tat denkt. Die Enttarnung des V-Mannes

breche, wird von den Innenministerien geltend gemacht, die dem Informanten gegebene Zusicherung der Vertraulichkeit[93]; das aber könne die Bereitschaft der Bevölkerung, bei der Aufklärung strafbarer Handlungen mitzuwirken, empfindlich beeinträchtigen. Aber: auf die Ermittlung der bereits *begangenen* Tat, die Gegenstand der Aburteilung werden soll, kann sich das nicht mehr beziehen.

Denkt man nicht nur an die begangene Tat, sondern an zukünftige Taten, könnte das Interesse an der Verhinderung der Enttarnung allerdings mit der Besorgnis, die Verwendungsfähigkeit des V-Mannes zu gefährden, begründet werden. Im Rahmen eines *Strafverfahrens* gibt es aber keinen rechtlichen Grund dafür.

Wäre irgendeine Norm sichtbar, die erkennen ließe, daß es wichtiger ist, Verdächtige *aufzuspüren*, als sie unter Einhaltung der dafür aufgestellten Vorschriften *abzuurteilen*, könnte man darüber reden – aber eine solche Norm gibt es nicht.

Sie könnte etwa lauten:

»Zur Bekämpfung der Gefahr, daß Straftaten begangen werden, dürfen die Beamten des Polizeidienstes selbst – oder durch Beauftragung privater Personen, von denen sie vermuten, daß sie Straftaten begehen könnten – zu Straftaten anstiften. Eines Nachweises der beabsichtigten Abschreckungswirkung auf Dritte bedarf es nicht; auch ist die Zulässigkeit dieser Maßnahmen nicht davon abhängig, daß gegen den Angestifteten ein Strafverfahren durchgeführt werden kann.« Eine in der politischen Landschaft der Bundesrepublik maßgebende Partei, die einen solchen Gesetzentwurf anregen könnte, gibt es nicht. Warum ist man dann aber bereit, sich mit diesem Zustand abzufinden, bloß weil er nicht geregelt ist?

Es gibt eine Erklärung – aber sie erscheint zu aberwitzig, als daß man auch sie noch unserer loyalen Öffentlichkeit zumuten könnte. Wäre es nicht ganz praktisch, über den Bestand vorzuzeigender Kriminalität ein wenig disponieren zu dürfen? Schon Emile Durkheim (1858–1917) hat dem abweichenden Verhalten, wenn es ein bestimmtes Maß nicht überschreitet, eine positive Funktion zugemessen. Eine bestimmte Rate des abweichenden Verhaltens sei normal, die Erregung über den Verbrecher und seine Bestrafung stärke die Gruppenmoral. Später ist die psychoanalytische Theorie der Schattenprojektion dazugetreten: Die Mitglieder einer Gesellschaft wollen das eigene Asoziale oder Unsoziale, das sie hassen und unterdrücken, mit der Bestrafung dessen stellvertretend tref-

fen, der sich die Anpassung an die sozialen und rechtlichen Normen, bei deren Verletzung man mit Sanktionen rechnen muß, offenbar leichtfertig erspart und daher Aggressionen der anderen auf sich zieht. Der Straftäter gewinnt so den Charakter eines Sündenbocks, den man (so das aus dem Alten Testament stammende Bild) buchstäblich belädt. Da dieser Vorgang, wenn er seine Eindruckskraft behalten soll, nicht zur Alltäglichkeit werden darf, muß die Bestrafung Ausnahme bleiben; sind die Normübertretungen demgegenüber viel zahlreicher, so muß ausgewählt werden. Wie, wenn man da ein wenig nachhülfe – je nachdem wie die Bedarfslage ist? Man könnte obendrein versuchen, ganz bestimmte Personen zu treffen. Sagt nicht eine bemerkenswerte moderne kriminalsoziologische Richtung, Kriminalisierung sei ohnehin – z. B. schichtspezifische – »Selektion« aus der Masse überall vorhandener Kriminalität? Die Leichtigkeit, mit der Provokationen zu gelingen pflegen, könnte eine Bestätigung dieser Theorie sein. Aber auch die Fälle, in denen die Verführung großen Aufwand erfordert[93a], sind insofern signifikant; die »Selektion« ist dann gleichbedeutend mit (künstlicher) Herstellung von Kriminalität – ein besonders krasser Fall von »Kriminalisierung« im Sinne der Theorie des »labeling approach«.[93b] Die Sache ist also weniger abenteuerlich, als sie zunächst klingt. Daß die Gerichte wiederum die Entwicklung zu korrigieren beginnen, wäre ein anschauliches Beispiel dafür, wie sehr man sich davor hüten muß, die kritischen Analysen der Soziologen mit einem endgültigen Legitimationsverlust gleichzusetzen.

Auch ungeschriebene Grundsätze der Strafprozeßordnung helfen hier nicht weiter. Es könnte sich nur um Grundsätze handeln, die gestatten, unter gewissen Voraussetzungen ein großes Gefälle zwischen polizeilicher und gerichtlicher Überführung von Verdächtigen durch Lockerung rechtsstaatlicher *Maßstäbe* zugunsten der Bestätigung *polizeilicher* »Überführungen« aufzulösen. Es fällt schwer, sich vorzustellen, woher solche Grundsätze kommen könnten; ganz sicher nicht aus der Verfassung.

Außerhalb des Aufgabenbereichs der Strafprozeßordnung liegt allerdings die unmittelbar präventive Kriminalitätsbekämpfung. Für diese Gefahrenabwehr gelten, wie bereits betont, die landespolizeilichen Vorschriften. Daher könnte sich die auskunftverweigernde Behörde, weist sie darauf hin, daß der V-Mann zu weiterer Arbeit in *diesem* Bereich gebraucht werde, vielleicht auf jene Regel, daß das Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes zu

berücksichtigen sei, berufen. Wenn etwa V-Leute ausgesandt würden, um *bevorstehende* Verbrechen der Polizei rechtzeitig zu melden, so daß es möglich wäre, sie durch entsprechende Sicherheitsmaßnahmen zu verhindern, könnte ihre Abschirmung wichtiger sein als die Durchführung eines Strafprozesses. Von solchen Fällen hört man indessen nichts; eher ist, wie bereits angedeutet, das Gegenteil der Fall.

Eine andere Frage ist, ob die Polizei bei ihren Aktionen daran gedacht hat, im einzelnen noch im Ungewissen liegende, in irgendeiner Form aber mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwartende Straftaten zu verhindern. Man kann das getrost unterstellen. Der Weg, an dessen Ende die Ausschaltung für gefährlich gehaltener potentieller Täter[94] stehen soll, könnte aber nur über die Verurteilung der Täter, also durch das Nadelöhr der rechtsstaatlichen Strafprozeßordnung führen. Es konkurrieren also auch hier nicht präventive und repressive Verbrechensbekämpfung; vielmehr bedient sich die präventive Verbechensbekämpfung der repressiven und unterwirft sich damit deren Bedingungen.[95]

Das Gericht darf daher nicht akzeptieren[96], daß es gerade aufgrund desjenigen Materials zu entscheiden aufgefordert wird, das die Behörden, welche die Ermittlungen einleiten und im einzelnen gestalten, zurückhalten.[97] Scheitert das Gericht mit seinem Bemühen um weitere Informationen, so haben wir ein Beweis*mittel*verbot – zunächst in Gestalt des *Erhebungs*verbots[97a], dann (wenn das Erhebungsverbot mißachtet worden ist) in Gestalt des *Verwertungs*verbots.[97b]

3) Insgesamt ergibt sich demnach für den Umgang mit V-Leuten während des gerichtlichen Hauptverfahrens:

Ist der V-Mann das einzige Beweismittel für die angeklagte Tat und kommt er nicht zur Hauptverhandlung oder nur unter nicht annehmbaren Bedingungen, so bleibt das Ergebnis der Beweisaufnahme negativ, und das Gericht muß freisprechen.

Kommt der V-Mann, und zwar auch zu annehmbaren Bedingungen, so kann es zur Verurteilung kommen. Gewinnt das Gericht allerdings die Überzeugung, daß der V-Mann sich an dem angeklagten Delikt beteiligt hat oder seine Aktivität, ohne die Grenze zur Strafbarkeit zu überschreiten, das Maß unzulässiger Täuschung erreicht hat, und sieht es darin etwas Unzulässiges, so daß es eine Verwertung dieses Vorganges zu Lasten des Angeklagten ablehnen muß, so ist der Freispruch geboten.

Ist der V-Mann das einzige Beweismittel für die Behauptung des Angeklagten, er habe mit der Tat nichts zu tun, der V-Mann habe – absichtlich oder nicht – der Polizei eine falsche Information gegeben, und kommt dieser V-Mann *nicht* oder nur unter unannehmbaren Bedingungen zur Hauptverhandlung, so muß das Gericht die Behauptung des Angeklagten, da diesem die Möglichkeit fehlt, sie zu widerlegen, als wahr unterstellen – nach dem Motto: im Zweifel für den Angeklagten.[98] Die Folge ist wiederum Freispruch. *Kommt* in diesem Falle der V-Mann, und zwar unter annehmbaren Bedingungen, so hängt der weitere Verlauf davon ab, was er sagt und ob das Gericht ihn glaubwürdig findet. Widerlegt er die Behauptung des Angeklagten, so ist – wenn kein Beweisverbot eingreift – die Verurteilung möglich.

C

Das Fazit unserer Überlegungen wird den Ermittlungsbehörden nicht gefallen. Und so erhebt sich am Schluß die Frage, ob es nicht vielleicht ungerecht ist, wenn jemand gleichsam von außen, ohne Anschauung des täglichen kriminalistischen Grabenkrieges, so spricht. Ganz so ist es aber nicht. Die kritische Distanz zum V-Leute-Einsatz der Polizei beruht ja gerade auch darauf, daß man als Außenstehender nichts erfährt und doch alles hinnehmen soll. Wie liegt es denn? Wohin man auch blickt im polizeilichen Schrifttum – eine konkrete Analyse der Situation, die dazu zwingt, V-Leute mit dem Mittel der Beteiligung an Straftaten arbeiten zu lassen, fehlt. Wenn man sich schon darüber hinwegsetzt, daß Generalklauseln für die Regelung hoheitlicher Eingriffsbefugnisse nicht geeignet sind, so muß man sich wenigstens dazu bequemen, ihre Anwendbarkeit so konkret wie möglich zu begründen. Solange das nicht geschieht, kann es dem Bürger nicht verwehrt sein, dem sogenannten Ermittlungsnotstand ungerührt die kalte Schulter zu zeigen. Der *Staat* muß sich darum bemühen, daß die Bürger seine Handlungen verstehen. Gelingt ihm das nicht, so geht das Risiko der mangelnden Aufklärung zu seinen Lasten. In einer komplexen Welt, in der die verschiedensten Stellen ihre Kompetenz behaupten und von Sachzwängen sprechen, kann nur Erfolg haben, wer sich dem einzelnen Bürger verständlich macht. Wer – als Träger hoheitlicher Funktionen – von dieser Ma-

xime abgeht, fordert *blindes* Vertrauen. Wo ist der Staat, der es verdient?

Anmerkungen

1 Alfred Stümper, *Überholte Polarisationen*, in: *Kriminalistik* 1983, S. 350ff.; s. ferner Heinz Hertlein, *Erfordernis und Grenze polizeilicher Maßnahmen*, in: *Die Polizei* 1984, S. 322ff.

2 Harald Hans Körner, *Verteufelt und verherrlicht: Der V-Mann*, in: *Kriminalistik* 1983, S. 290ff. (Siehe in diesem Band S. 91ff.)

3 Hans-Georg Behr, *Das Rätsel des roten Libanon*, in: *TransAtlantik* 1982.

4 Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. 2. 1981, in: *Strafverteidiger* 1981, S. 392. (Siehe in diesem Band S. 180ff.)

4a Von erschütternder Deutlichkeit sind insofern jetzt die Sachverhalte, die den jüngsten Entscheidungen der Landgerichte Frankfurt, Berlin und Stuttgart (in diesem Band jeweils S. 200–216, 217–227, 315–327) 7a, 8 zugrunde liegen (vgl. unten Anm. 40a und 47a). Hier ist nichts Vergangenes aufgeklärt und auch keine zukünftige Gefahr gebannt, sondern es sind Krminalität und Kriminelle künstlich und völlig überflüssigerweise hergestellt worden. Daß hier eine vordergründige Vorstellung »erfolgreicher« kriminalistischer Arbeit bestimmend ist (vgl. dazu auch Anm. 12a), kann auch der Gutwilligste nicht mehr übersehen. Darüber, welche weitreichenden Vermutungen sich an diesen Tatbestand knüpfen, vgl. unten bei Anm. 93a und b.

5 Diese – mit Recht – zugespitzte Formulierung stammt von Friedrich Denker, *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung*, in: *Festschrift für Hans Dünnebier*, Berlin/New York 1982, S. 447ff. (Siehe in diesem Band S. 238ff.)

6 Bundesgerichtshof: Urteil v. 22. 3. 1983, in: *Strafverteidiger* 1983, S. 232ff. (Siehe in diesem Band S. 514ff.)

6a Die größte Wirkung hat auch hier das Fernsehen; vgl. den Bericht in der *Frankfurter Rundschau* vom 18. 8. 1984 über die lebhaften Reaktionen hoher politischer Instanzen über eine »Under-cover-agents«-Sendung des Hessischen Rundfunks, s. auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 28. 7. 1984 über die Reaktionen auf eine Sendung des Fernsehmagazins »Monitor«.

7 Arthur Kreuzer, *Zeuge im Zwielicht, Jugendliche als Lockspitzel – wie lange noch?*, in: *Die Zeit*, 24. 9. 1982. (Siehe in diesem Band S. 59ff.)

8 12. 3. 1982.

9 *Frankfurter Allgemeine Zeitung* a. a. O.

10 *Frankfurter Rundschau*, 5. 1. 1983; vgl. auch den ausführlichen Bericht von Peter Münder, *Verführbar in der Welt der Dealer*, in: *Sozialmagazin* 1983, S. 54ff.

11 *Frankfurter Rundschau*, 14. 10. 1982.

12 *Frankfurter Rundschau* a. a. O.

12a Hierher gehören auch die Mitteilungen darüber, daß die V-Leute (und mit ihnen vielleicht auch die Polizei) die »Erfolgsquote« künstlich steigern (vgl. Sachverhalt der Entscheidung des LG Berlin a. a. O. (unter Anm. 47a) S. 458 linke Spalte).

13 Karl Heinz Krumm, *Polizeiagenten sollen in den Untergrund*, in: *Frankfurter Rundschau*, 11. 10. 1983; ein Auszug des Protokolls der entscheidenden Sitzung des Arbeitskreises ist jetzt veröffentlicht (unter dem Titel *Materialien zum »under-cover-agent«*) in: *Strafverteidiger* 1984, S. 350ff.

14 *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1. 12. 1983; scharfe Kritik findet sich in einer Stellungnahme des Justizministers von Nordrhein-Westfalen (abgedruckt in: *Strafverteidiger* 1984, S. 354ff.), vgl. ferner: Jürgen Seifert, *Memorandum der Humanistischen Union zum under-cover-agent*, in: *Vorgänge* 1983, Heft 4/5, S. 1ff. Bei Jürgen Meyer, *Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für Jescheck*, Bd. 2, 1985 findet sich der Hinweis, daß vergleichbaren ausländischen Rechtsordnungen keine Stützung zu entnehmen ist für die deutschen Reformüberlegungen, spezielle gesetzliche Regelungen und Ermächtigungen für die Untergrundfahndung einzuführen. Zur Rechtslage in den USA vgl. jetzt den Überblick bei Hans Michael Mache, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß*, Frankfurter Diss. 1983, S. 233ff., mit vielen aktuellen Belegen aus Rechtsprechung und Literatur, s. ferner: Gary T. Marx, *Ironies of social control: Authorities as contributors to deviance through escalation, nonenforcement and covered facilitation*, in: *Social problems*, Vol. 28 (1981), S. 221ff.

15 Vgl. die Berichte von Uwe Maeffert, *Licht und Schatten*, in: *Strafverteidiger* 1982, S. 386; *Nürnberg 2*, *Strafverteidiger* 1982, S. 486.

16 *Frankfurter Rundschau*, 7. 10. 1982.

17 *Frankfurter Rundschau*, a. a. O.

18 *Frankfurter Rundschau*, 17. 4. 1982; s. ferner die bei Fritz Sack, *Die Reaktion von Gesellschaft, Politik und Staat auf die Studentenbewegung*, in: Fritz Sack, Heinz Steinert, *Protest und Reaktion* (Analysen zum Terrorismus 4/2), 1984, S. 305ff. berichteten Fälle.

19 *Frankfurter Rundschau* a. a. O.

19a VG Wiesbaden, *Strafverteidiger* 1982, S. 230ff.

20 *Frankfurter Rundschau*, 4. 3. 1982.

20a Die Frage, vor welchem Gericht der Angeklagte die Verweigerung der

Aktenvorlage anfechten kann, wird von H. Hilger, *Zum Rechtsweg gegen Sperrerklärung und Verweigern der Aussagegenehmigung in V-Mann-Prozessen*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1984, S. 145 ff. und demnächst Jürgen Taschke, a. a. O., behandelt.

20b Mittlerweile hat das Verfahren einen wenigstens vorläufigen Abschluß gefunden. Auf die Berufung des Hessischen Ministers des Innern hin hat der Verwaltungsgerichtshof Kassel (*Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S. 1253) die Klage auf Aktenvorlage aus Zulässigkeitsgründen abgewiesen und das Urteil des Verwaltungsgerichts Wiesbaden (a. a. O.) aufgehoben. Die dagegen eingelegte Revision war erfolgreich. Das Bundesverwaltungsgericht (*Strafverteidiger* 1984, S. 278 = *Neue Juristische Wochenschrit* 1984, S. 2233) hat das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Kassel aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückgewiesen. Am 27. 9. 1984 hat der 9. Senat des Verwaltungsgerichtshofs entschieden, der Hessische Inneminister sei nicht verpflichtet, die Geheimakte des Landeskriminalamtes vorzulegen (*Frankfurter Rundschau*, 28. September 1984). Die Revision ist nicht zugelassen worden (*Frankfurter Rundschau*, a. a. O.), und dagegen ist Beschwerde eingelegt worden.

21 *Frankfurter Rundschau*, 12. 3. 1982.

22 *Frankfurter Rundschau*, 2. 11. 1982.

23 Hans Christoph Schaefer, *Der Einsatz von V-Personen aus der Sicht der Staatsanwaltschaft*, in: *Hessische Polizei-Rundschau* 1983, S. 12 ff. (Siehe in diesem Band S. 102 ff.)

24 Körner a. a. O. S. 293.

25 So offenbar Hans-Heiner Kühne, *Strafprozeßlehre*, Kiel/Straßburg 2. Aufl. 1982, Rdziff. 148.

26 Martin Fincke, *Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 95. Bd. (1983) S. 918 ff. (937).

27 Fincke a. a. O., S. 918–920.

28 Dazu Fincke a. a. O., S. 935.

29 Karlheinz Meyer, in: Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Groß-Kommentar, 23. Auflage, Berlin/New York 1976, Rdziff. 3 zu § 102.

30 Peter Rieß, in: Löwe-Rosenberg a. a. O. 1979, Rdziff. 15 zu § 163b.

31 Vgl. dazu Arbeitskreis Strafprozeßreform, *Die Untersuchungshaft*, Heidelberg 1983, S. 28 ff.; ferner Fincke a. a. O. S. 935; zum ganzen auch Kristian Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Köln/Berlin/Bonn/München 1983.

32 Das scheint auch Fincke (a. a. O. S. 928) zu meinen, wenn er sagt, »daß die Verfolgung bereits Inkulpation ist und daß die Pflicht zur Verfolgung die Unter- und Obergrenze vorheriger Ermittlungen zusammenfallen läßt«.

33 Fincke a. a. O., S. 928.

33a Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 1914.

34 A. a. O.

35 A. a. O. S. 12; wertvolle Literaturhinweise auf S. 27; s. ferner Spiros Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung – Grundlegung einer verfassungskonformen Informationsordnung*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S. 398 ff.

36 Peter Rieß, *Anmerkung zur Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 13. 4. 1982*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1982, S. 434 ff. (435 f.).

37 P. Bringewat, *Der »Verdächtige« als schweigeberechtigte Auskunftsperson?*, in: *Juristenzeitung* 1981, S. 289 ff. (294).

38 Ausführlicher dazu und mit Belegen Klaus Lüderssen, *Rollenkonflikte im Verfahren: Zeuge oder Beschuldigter*, in: *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht* 1983, S. 231 ff.; dort auch die Auseinandersetzung mit den seltsamen Beschränkungen der Belehrungspflicht durch die Verweisung in § 163 b Abs. 1 Satz 1 (lediglich) auf § 163 a Abs. 4 Satz 1 – also unter Aussparung des viel wichtigeren Satzes 2 des § 163 a Abs. 4, in dem auf die Vorschriften des § 163 Abs. 1 Satz 2–4, Abs. 2, 3 und § 136 a verwiesen wird.

39 Ein Fall aus der Verteidigungspraxis des Verfassers.

40 Johannes Feest, *Die Situation des Verdachtes*, in: Johannes Feest/Rüdiger Lautmann (Hg.), *Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Opladen 1971, S. 11 ff.; Johannes Feest/Erhard Blankenburg, *Die Definitionsmacht der Polizei*, Düsseldorf 1972. Günther Kaiser, *Stand und Entwicklung der kriminologischen Forschung in Deutschland*, Berlin/New York 1975, S. 47 ff.; Wiebke Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, Wiesbaden 1976; Erhard Blankenburg/Klaus Sessar und Wiebke Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin 1978, S. 166 ff.; weitere Belege, kritische Stellungnahme und Vertiefung der Erörterungen bei Wolfgang Naucke, *Der Tatverdacht*, in: *Festschrift der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main*, Wiesbaden 1981, S. 293 ff.; s. ferner Klaus Lüderssen, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack, *Abweichendes Verhalten III*, Frankfurt am Main 1977, S. 83 ff. Erschwert wird die Lösung des Problems durch das Erfordernis, »daß der geforderte Verdacht sich nicht etwa nur auf eine objektiv verstandene Täterschaft des Beschuldigten, sondern auf alle Strafbarkeitsvoraussetzungen in gleicher Weise beziehen muß.« (Arbeitskreis Strafprozeßreform a. a. O. S. 61.) (Das ist zwar nur für den dringenden Tatverdacht formuliert, gilt aber für alle Verdachtsgrade. Leider wird dies gelegentlich noch verkannt, s. Peter Rieß, in: Löwe-Rosenberg a. a. O., Rdziff. 15 zu § 163 b.)

40a Vgl. dazu auch die insofern einschlägigen, sehr ausführlichen Sachverhalte, die das LG Frankfurt in seiner Entscheidung v. 2. 7. 1984 (in: *Strafverteidiger* 1984, S. 415 ff.) und das LG Stuttgart in seiner Entscheidung vom 30. 11. 1983 (in: *Strafverteidiger* 1984, S. 197 ff.) festgestellt haben.

40b Vgl. auch oben Anm. 12a.

40c Das verkennt Hans Geißer, *Das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und die Gewährsperson als Aufklärungsmittel im Ermittlungsverfahren und als Beweismittel im Strafverfahren*, in: *Goltdammer's Archiv* 1983, S. 785 ff. (787). (Siehe in diesem Band S. 141.)

40d Anderer Ansicht – ohne Begründung – Krüger a. a. O., S. 327.

40e Das gilt auch für die – in letzter Zeit öfter mitgeteilte – kriminalistische Zielsetzung, man wolle (durch die Anstiftung zum Verkauf von Betäubungsmitteln) nur möglichst viel »Stoff aus dem Verkehr ziehen«, daß es dann eventuell kein Verfahren gegen den Verkäufer geben könne, nehme man in Kauf.

41 21. 7. 1983.

42 5. 9. 1983.

43 Nr. 15/1984, S. 113.

44 Am 26. 4. 1984 war die Verhandlung vor dem Schöffengericht (vgl. dazu *Der Spiegel* Nr. 15/1984, S. 113). Der Angeklagte wurde wegen Landfriedensbruchs und Widerstands gegen die Staatsgewalt verurteilt. In der Rechtsmittelinstanz erfolgte ein rechtskräftiger Freispruch (Mitteilung der Staatsanwaltschaft Krefeld).

45 Bundesgerichtshof, Beschluß v. 13. 11. 1981, in: *Strafverteidiger* 1982, S. 53 f. (Siehe in diesem Band S. 192 ff.)

46 Gesetzliche Grundlage ist § 163 Strafprozeßordnung.

47 Fehlen Spezialregelungen, so beruft man sich gern auf Generalklauseln. § 163 Strafprozeßordnung ist zwar eine Generalklausel, doch hat diese Vorschrift nur die Funktion der Aufgabenzuweisung. Sie gewährt – unstreitig – keine Eingriffsrechte.

47a Reichhaltige Anschauung vermittelt insoweit der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des LG Berlin vom 23. 2. 1984 zugrunde liegt (ausführliche Mitteilung in: *Strafverteidiger* 1984, S. 457 f.).

48 In dem Streit darüber, ob der materielle oder der formelle Beschuldigtenbegriff richtig ist, wird hier also zugunsten des materiellen Beschuldigtenbegriffs Stellung genommen. Daß die formale Inkulpation darüber nicht ganz bedeutungslos ist, zeigen die Fälle des Rollentausches bei mehreren Beschuldigten. Siehe dazu Klaus Lüderssen, *Rollenkonflikte* a. a. O. S. 232 unter Bezugnahme auf Cornelius Prittwitz, *Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß* Frankfurt 1984, S. 178 ff. Bei der Erörterung der Frage, ob eine noch unverdächtige Person der Belastung durch einen – provozierenden – V-Mann ausgesetzt werden darf, konnte diese Stellungnahme noch dahingestellt bleiben, weil es nicht

um die Anwendung speziell für den Schutz des Beschuldigten geschaffener Normen ging. Bei § 136a Strafprozeßordnung liegt das anders. Allerdings könnte man auf der Basis eines formellen Beschuldigtenbegriffs zu gleichen Ergebnissen kommen. Jeder, der wegen einer strafbaren Tat verdächtigt und deshalb in das Netz eines Ermittlungsverfahrens gezogen wird, bedarf des Schutzes – auch wenn man ihn (formell) noch nicht als Beschuldigten bezeichnen darf. Das zur Schutzbedürftigkeit noch unverdächtiger Personen Gesagte (s. oben) gilt entsprechend. Freilich wäre § 136a dann wohl nicht direkt, sondern (nur) analog anwendbar. Darauf, daß die Bespitzelung keine Vernehmung ist (woraus gefolgert wird, daß die Anwendbarkeit des § 136a abzulehnen sei, vgl. die Belege bei Jürgen Meyer, *Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 95. Band [1983], S. 834ff. (848) (s. in diesem Band S. 403ff.); s. auch die Mitteilung bei Walter Gropp, *Tagungsberichte, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1983 in Bern*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* a.a.O., S. 993ff. [1005]), kommt es also gar nicht an. (Im Ergebnis ebenso: Hans Michael Mache, a.a.O., S. 52ff.; Thomas Voller, *Der Staat als Urheber von Straftaten. Zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise*, Tübinger Dissertation 1983, S. 73ff. s. ferner die sorgfältig abwägenden Ausführungen bei Ulrich Berz, *Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung*, in: *Juristische Schulung* 1981, S. 416ff.).

49 Karlheinz Meyer, in: Löwe-Rosenberg a.a.O. 1978, Rdziff. 4 zu § 136a.

50 Karlheinz Meyer a.a.O.; s. auch Voller a.a.O. S. 71; zum ganzen auch Klaus Lüderssen, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* in: *Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, S. 349ff. (362); über die – mit Blick auf die Anwendbarkeit des § 136a StPO zu ziehende – Parallele zwischen einer durch *technische* Mittel in unzulässiger Weise erlangten Selbstbelastung und der Selbstbelastung, die von einem agent provocateur gezielt herbeigeführt wird, vgl. Karl Heinz Gössel, *Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren*, in: *Juristenzeitung* 1984, S. 361ff. (364).

51 Vgl. hierzu auch die Erläuterungen in Anm. 48. Eine Arbeitsgruppe des 8. Strafverteidigertages in München 1984 hat daher zur Klarstellung die Aufnahme einer entsprechenden, dem § 136a nachgebildeten Vorschrift in die Strafprozeßordnung gefordert.

52 Genauer Klaus Lüderssen, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* A.a.O. S. 358f.

53 Ebenfalls unbedeutend ist, welchen Weg die Bestimmung zur Tat im einzelnen genommen hat. Es genügt die schlichte Kausalität im Sinne der conditio sine qua non-Formel. Das war lange nahezu allgemeine

Meinung. Daß neuerdings dagegen wieder Front gemacht wird (Ingeborg Puppe, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, in: *Goltdammer's Archiv 1984*, S. 101 f.), mag freilich nachdenklich stimmen.

54 Dies ist die Problematik des Strafgrundes der Teilnahme. Sie ist viel komplexer, als das hier angedeutet werden kann. Die beste Übersicht jetzt bei Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/New York 1983, S. 543 ff.; Günter Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil* I, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1981, Rdziff. 849 ff. und Erich Samson, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1983, Rdziff. 4 ff vor § 26.

55 Anders liegt es in den Fällen, in denen der V-Mann es nicht zur Vollendung der Tat kommen lassen will. Auch als Teilnehmer ist nur strafbar, wer den Vorsatz hat, daß die Haupttat vollendet werde. Das ist lange kontrovers gewesen; vgl. jetzt aber Hartwig Plate, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 85. Band (1972) S. 294 ff.; Wilfried Küper, *Der »agent provocateur« im Strafrecht*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1974, S. 321 ff. Prozessual zulässig wird ein solches Verhalten deshalb aber nicht, vielmehr bleibt es bei dem Verstoß gegen § 136 a Strafprozeßordnung (s. oben).

56 Abzulehnen sind auch alle Versuche, diesen Grundsatz durch die Einführung der Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendung (gelegentlich auch »materielle Vollendung« genannt) der Tat zu umgehen. Diese Unterscheidung hat Bedeutung für die Entscheidung einer Reihe praktischer Fragen (z. B. der Verjährung; vgl. dazu im einzelnen die Übersicht bei Albin Eser, in: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21. Aufl. München 1982, Rdziff. 4 vor § 22); sie rechtfertigt aber nicht die Relativierung des auf (formelle) Vollendung gerichteten Vorsatzes. Überzeugend jetzt Jürgen Seier/Horst Schlehofer, *Juristische Schulung* 1983, S. 50 ff. (53 mit Belegen aus der älteren Literatur). Nicht uninteressant allerdings ist die Kritik von Rolf-Dietrich Herzberg, *Der agent provocateur und die »besonderen persönlichen Merkmale«* (§ 28 StGB) in: *Juristische Schulung 1983*, S. 737 ff. (745). Freilich ist sein Argument, es handele sich bei der Forderung nach einem über die Vollendung hinausgehenden Vorsatz um eine – auch in anderen Konstellationen eingeräumte – »Akzessorietätslockerung« sowohl konstruktiv wie unter Wertgesichtspunkten verfehlt. Die gründlichste und durchweg überzeugende Erörterung des Problems findet sich jetzt bei Kurt Seelmann, *Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes. Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 95. Bd. (1983), S. 802–808.

57 Knut Amelung, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, S. 833 ff. (835 und 837); diese

Rechtsauffassung ist allerdings umstritten, vgl. zunächst weitere Argumente dafür bei Erhard Denninger/Klaus Lüderssen, *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1978, S. 96, 97 und 273–276; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S. 1881 ff.; Seelmann a. a. O., S. 810 mit weiteren Belegen und einer zusätzlichen wichtigen Differenzierung: Selbst wenn man grundsätzlich § 34 StGB auf hoheitliches Handeln anwenden wollte, gilt der »Grundsatz vom Vorbehalt konkreter gesetzlicher Konfliktlösungen« (S. 811), wie sie das öffentliche Recht vorsieht: »Angesichts des Gesetzesvorbehalts spricht wohl im Zweifel eine Vermutung für die Existenz einer als abgeschlossen gedachten gesetzlichen Regelung, sofern die Materie generell regelungsfähig, ein Eingriffsrecht jedoch nicht eingeräumt ist.« Ebenso die Stellungnahme des Justizministers von Nordrhein-Westfalen a. a. O., S. 355 f.; Ralf Krüger, *Rechtsfragen bei verdeckten Ermittlungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in: *Die Polizei* 1984, S. 325 ff. (327). Anderer Ansicht ist Karl-Heinz Gössel, *Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen*, in: *Juristische Schulung 1979*, S. 163 ff.; Richard Lange, *Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S. 784 ff.

58 Ausführlicher dazu Erhard Denninger/Klaus Lüderssen a. a. O., S. 270 f. mit Belegen.

59 S. oben.

60 Zutreffend Voller a. a. O., S. 64.

61 Günter Less, *Der Unrechtscharakter der Anstiftung*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 69 (1957), S. 43 ff. (54).

62 Stefan Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Bern 1967, S. 12.

63 Less a. a. O., S. 52; zum Ganzen sehr eingehend und differenzierend Voller a. a. O., S. 64–89.

64 Einzelheiten bei Klaus Lüderssen, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation*, a. a. O., S. 365 ff.

65 So richtig Dietmar Krause, *Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren*, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 169 ff. (170); zum ganzen Winfried Hassemer, *Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« – ein neuer Rechtsbegriff?*, in: *Strafverteidiger* 1982, S. 275 ff. (Siehe in diesem Band S. 71 ff.) Klaus Miebach, *Der Ausschluß des anonymen Zeugen aus dem Strafprozeß*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1984, S. 81 ff. (83) sieht hier lediglich ein Kollisionsproblem, verkennt also den absoluten Charakter der zum Schutze des Beschuldigten geschaffenen Normen.

66 Dazu Wilfried Küper, *Das »Wesentliche« am wesentlich überwiegenden Interesse*, in: *Goltdammer's Archiv* 1983, S. 289 ff.

67 Zum Ganzen (Subsumtion der Fälle unter den § 34 StGB, unter der Vor-

aussetzung seiner generellen Anwendbarkeit) differenzierend und in jeder Hinsicht überzeugend Seelmann a. a. O., S. 811–813.

68 Vgl. den bei Erhard Denninger/Klaus Lüderssen a. a. O., S. 266ff. geschilderten Fall.

68a Spätestens hier ist der Berührungspunkt mit einer – im Rahmen kriminologischer Forschungen angestellten – »teilnehmenden Beobachtung« erreicht. Forscher verlangen Straffreiheit dessen, der die Straftat, die er beobachtet, geschehen läßt. Darüber hinaus könne sogar eine gewisse – straffrei bleibende – aktive Mitwirkung angezeigt sein (vgl. dazu Albin Eser/Karl F. Schumann (Hg.), *Forschung im Konflikt mit Recht und Ethik*, Stuttgart 1976, S. 254ff.). Es ist nicht zu leugnen, daß dabei stark widersprüchliche Konzeptionen sichtbar werden. Die Vermutung ist nicht unbegründet, daß das soziologische Interesse, das zu Forderung nach Straffreiheit des »im Feld« teilnehmenden Beobachters führt, mit eben den justizkritischen Impulsen zu tun hat, in deren Konsequenz es liegt, die Bestrafung von an Straftaten teilnehmenden V-Leuten zu verlangen (ein Anknüpfungspunkt für diese Überlegung findet sich bereits bei Eser/Schumann a. a. O., S. 250, 251).

69 Hierzu schon Hans O. Sieg, *Die staatlich provozierte Straftat*, in: *Strafverteidiger* 1981, S. 636ff. (s. in diesem Band S. 228ff.) und Friedrich Dencker a. a. O., S. 447ff. (vor allem 460).

70 Risiken, die vom polizeilichen »V-Mann-Führer« nicht mehr beherrscht werden, können mannigfache Gestalt annehmen. Oft etwa wird er durch den V-Mann getäuscht (vgl. den Sachverhalt der Entscheidung des LG Berlin a. a. O., S. 459 linke Spalte) oder dieser bedroht den Provozierten sogar (vgl. den Sachverhalt der Entscheidung des LG Frankfurt a. a. O., S. 417 rechte Spalte). Diese Fälle machen im übrigen deutlich, daß man wohl mit einem erheblichen Dunkelfeld von Provokationen rechnen muß.

71 Keineswegs darf mit dem »Inbegriff« der Hauptverhandlung die Vorstellung verknüpft werden, es gäbe noch eine zusätzliche, nicht an die Regeln über die Beweisaufnahme gebundene Erkenntnisquelle für die Beweiswürdigung (s. dazu Cornelius Prittwitz a. a. O., S. 177).

72 Darüber, daß mit dem Beschluß zur Eröffnung der Hauptverhandlung keine Präklusion für das Verbot eintritt, rechtswidrig gefundene Ermittlungsergebnisse des Vorverfahrens für die Beweiserhebung im Hauptverfahren zu verwerten, vgl. Erhard Denninger/Klaus Lüderssen a. a. O., S. 280 mit Belegen.

73 Sie gilt auch, wenn man der Auffassung folgt, die Verwertung von Beweisergebnissen sei nur unzulässig, wenn sie unter Verletzung von Vorschriften gewonnen sind, die dem Schutze des Angeklagten dienen. (Vgl. die Nachweise bei Bernhard Haffke, *Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1973, S. 65ff. (78). Die enge Begrenzung und genaue Fixierung der

Eingriffsermächtigungen, die in der Strafprozeßordnung vorgesehen sind, dienen dem Schutze der jeweils Betroffenen, also auch des Beschuldigten. Wenn der Einsatz von sich an den »aufzuklärenden« Taten beteiligenden V-Leuten mit den Normen der Strafprozeßordnung, die zu Eingriffen ermächtigen, nicht übereinstimmen, ist also auch nach der »Rechtskreistheorie« ein Verwertungsverbot anzunehmen; s. dazu auch Berz a. a. O., S. 419, generell zum »Fernwirkungsverbot« vgl. jetzt den – mit vielen Belegen aus Rechtsprechung und Literatur ausgestatteten – Überblick bei Jürgen Wolter, *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24. 8. 1983*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1984, S. 276ff.

74 Vgl. hierzu Ulrich Klug, *Beweisverbote im Strafprozeß*, in: *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, Bd. II (Sitzungsberichte), Teil F, München und Berlin 1967, S. 30ff. (32).

74a Allgemein zu den Verwertungsverboten, die sich aus dem Verstoß gegen ein Erhebungsverbot ergeben: Friedrich Dencker, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 13–97; Klaus Rogall, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1979, S. 1ff.; Karl-Heinz Gössel, *Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, S. 2217ff.

75 Diese Rechtsfolge (§ 267 Abs. V Satz 1, erste Alternative StPO) geht über die bloße Einstellung des Verfahrens (§ 260 Abs. III StPO; vgl. dazu LG Stuttgart a. a. O., S. 199) hinaus. Wenn Hagen Gülzow, *Die Verwertung verdeckt erlangter Erkenntnisse im Strafprozeß*, in: *Die Polizei* 1984, S. 331ff. (334) meint, »damit wäre (...) nur das rechtswidrige Beweismittel selbst, nicht aber das ganze Strafverfahren ausgeschlossen«, ist das zwar im Prinzip richtig. Jedoch ist in den Fällen der Provokation des angeklagten Verhaltens schwer vorstellbar, daß der Fortgang des Verfahrens auf »andere Beweismittel« gestützt werden könnte.

75a Siehe die Übersicht bei Hans-Jürgen Bruns, *Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verhaltenshindernis insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1983, S. 49ff. (54) (s. in diesem Band S. 259ff.). Selbst diesen Weg versperrt neuerdings der 1. Strafsenat des BGH (Entscheidung vom 23. 5. 1984, in: *Strafverteidiger* 1984 S. 321ff. (322 rechte Spalte unten) (s. in diesem Band S. 328); dagegen überzeugend Hans-Jürgen Bruns, *Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel*, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 388ff. (392/393) (s. in diesem Band S. 339).

75b So z. B. der 5. Strafsenat des BGH in seinem Beschluß vom 20. 12. 1983, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 58; hierher gehört – inhaltlich – auch

der neuerdings geäußerte Gedanke, man könne entsprechend dem Grundgedanken des § 154c StPO von Strafverfolgung absehen (vgl. 4. Strafsenat des BGH, Urteil vom 9. 8. 1984, in: Strafverteidiger 1984, S. 406f. (407).

76 Löst man diesen Vorgang aus seinem kriminalistischen Zusammenhang, so scheint sich in der Tat der Gedanke aufzudrängen, daß eine Entlastung des Täters, der von einer staatlichen Stelle angestiftet worden ist, ja sogar in gravierenden Fällen (wie die Prozesse, in denen es um die Aburteilung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen ging, gezeigt haben) nicht ohne weiteres stattfindet, s. Eberhardt Foth, *Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S. 221f. (s. in diesem Band S. 301 ff.); 1. Strafsenat des BGH a. a. O. S. 323. Der Fehler dieser Parallele liegt aber gerade in der Isolierung der Provokation von ihrer Zielsetzung (so zutreffend Jürgen Taschke, *Strafverteidiger* 1984, S. 178 (s. in diesem Band S. 305 ff.); ihm folgend Hans-Jürgen Bruns a. a. O., S. 392; Kurt Seelmann, *Der anonyme Zeuge – ein erstrebenswertes Ziel der Gesetzgebung?* in: *Strafverteidiger* 1984, S. 477ff. (480 rechte Spalte).

77 Ganz restriktiv jetzt der 1. Strafsenat a. a. O., S. 323 linke Spalte unten: »Die äußerste Grenze für die Berücksichtigung tatprovozierenden Verhaltens staatlicher ›Repräsentanten‹ im Bereich der Strafbarkeit liegt... in der Möglichkeit eines Absehens von Strafe bei Vergehen wie sie § 5 Abs. 2 WStG für besondere Situationen der Befolgung eines militärischen Befehls vorsieht«; kritisch dazu Bruns a. a. O., S. 392 rechte Spalte. Vorsichtige Vermeidung einer Festlegung jetzt in dem Urteil des 4. Strafsenats des BGH vom 9. 8. 1984, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 406f.

77a So der 4. Strafsenat des BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1981, S. 70.

77b Vergleiche die nach allen Seiten hin bemühte Durchmusterung denkbarer Modelle bei Seelmann, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* a. a. O., S. 820–831 (s. in diesem Band S. 379 ff.); zurückhaltende Würdigung bei Bruns a. a. O., S. 391.

78 Siehe Klaus Lüderssen, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hg.), *Abweichendes Verhalten II,* Frankfurt am Main 1975, S. 220ff.; anders im Ergebnis Seelmann, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* a. a. O., S. 831.

79 Vgl. die Kritik der entsprechenden Versuche bei Seelmann, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* a. a. O., vor allem S. 824, 826, 830; vgl. aber auch die Mitteilungen bei Walter Gropp a. a. O., S. 995f.

79a So mit aller wünschenswerten Klarheit jetzt: Strafgericht Basel-Stadt, in: Urteil vom 30. 11. 1983, bislang nur in diesem Band veröffentlicht, S. 358–376; ferner Berz a. a. O., S. 419.

80 A. a. O., S. 322 rechte Spalte unten.

80a Insofern ist also der Kampf des 1. Strafsenats a. a. O. (S. 323 linke und rechte Spalte) gegen die Annahme eines – von Amts wegen zu beachtenden – Verfahrenshindernisses überflüssig.

80b Was also auch denjenigen Strafsenaten zu empfehlen wäre, die für ein Verfahrenshindernis eintreten, zuletzt der 2. Strafsenat des BGH in seinem Beschluß vom 13. 10. 1984, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 407; s. ferner: Landgericht Stuttgart vom 30. 11. 1983, in: Strafverteidiger 1984, S. 197ff.; Landgericht Berlin vom 23. 2. 1984, in: Strafverteidiger 1984, S. 457ff. (459 rechte Spalte); Landgericht Frankfurt vom 2. 7. 1984, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 415ff. (418 rechte Spalte).

80c Siehe hierzu Lüderssen, *Peters-Festschrift* a. a. O., S. 370.

80d Das verkennt Foth a. a. O. vollständig, während der 1. Strafsenat des BGH diese Genese wenigstens zu ahnen scheint (a. a. O., S. 323 rechte Spalte).

80e A. a. o., S. 323 linke Spalte.

81 Vgl. im einzelnen Klaus Lüderssen, *Zur »Unerreichbarkeit« des V-Mannes*, in: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln 1983, S. 527, s. ferner H. Hilger, a. a. O., S. 165.

82 Vgl. dazu die Nachweise bei Lüderssen, *Peters-Festschrift* a. a. O., S. 356 (Anm. 14).

83 Kurt Rebmann, *Der Zeuge vom Hörensagen, Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Aufklärungspflicht, Belang der Exekutive und Verteidigungsinteressen*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1982, S. 315ff. (Siehe in diesem Band S. 403ff.)

84 Vgl. auch die Zusammenstellung bei Miebach a. a. O., S. 82.

85 S. dazu Hans-Jürgen Bruns, *Präjudizierende Randbemerkungen zum »Vorlage«-Beschluß des BGH 2 STtR 792/82 vom 4. 5. 1983*, in: *Strafverteidiger 1983, S. 382ff.* (s. in diesem Band S. 531ff.); Hans-Ludwig Günther, *Anmerkung zu dem »Vorlagebeschluß«*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1984, S. 33ff.

86 Bundesgerichtshof Großer Senat: Beschluß vom 17. 10. 1983 (BGHSt Bd. 32, S. 115ff.) (in diesem Band S. 551–561).

87 BGHSt 32, S. 115.

88 Was man schon daran sehen kann, daß die Entscheidung bereits erheblich über eine von der SPD-Fraktion des Bundestages vorgeschlagene Gesetzesänderung (BT-Dr. 9/2089; dazu Miebach a. a. O., S. 85) hinausgeht. Zustimmend: Hans Jürgen Bruns, *Der Beschluß des Großen Senates zum strafprozessualen V-Mann-Problem. Anfang oder Ende einer notwendigen Neuorientierung der Rechtsprechung?*, in: *Monatsschrift für deutsches Recht* 1984, S. 177ff. (s. in diesem Band S. 603ff.); Gerald Grünwald, *Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senates*, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 56ff. (s. in diesem Band S. 562ff.), der besonders auf die nicht ausgesprochenen Folgen hinweist: »Wenn schon

die geringeren Abweichungen von der normalen Zeugenvernehmung – Versagung des Anwesenheitsrechts oder Wahrung der Anonymität des Zeugen bei einer richterlichen Vernehmung – unzulässig sind, dann erst recht diejenigen, die noch abnormer, noch gefährlicher für die Wahrheitsfindung sind und die Verteidigungsrechte noch mehr einschränken« (58); im gleichen Sinne Klaus Tiedemann/Ulrich Sieber, *Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, Analyse und Konsequenzen der Entscheidung des Großen Senates BGH*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S. 754ff. (760ff.) (s. in diesem Band S. 571ff.). Ablehnend oder vorsichtig distanzierend: Miebach a. a. O. (mit einem Vorschlag zur Änderung des § 68 Strafprozeßordnung – dem Zeugen soll unter gewissen Voraussetzungen gestattet werden, seinen Vor- und Zunamen sowie sein Alter nicht anzugeben, S. 84) (dagegen wiederum mit Nachdruck: Hans Lisken, *Zeitschrift für Rechtspolitik* – Rubrik: Echo – 1984, S. 192) und Gerhard Herdegen, *Bemerkungen zum Beweisantragsrecht*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1984, S. 99ff., 200, der den zweiten Leitsatz des Beschlusses des Großen Senats (»Die Vorschrift des § 68 StPO gilt auch bei der kommissarischen Zeugenvernehmung«) für nicht bindend hält, da dieser nach seiner Auffassung über die von dem 2. Strafsenat vorgelegte Frage hinausgeht.

88a In diesem Sinn auch Gerhard Fezer in einer Anmerkung zum Beschluß, Juristenzeitung 1984, S. 433ff.

89 Siehe S. 12f.

89a Aus der folgenden Äußerung wird zum Teil der Schluß gezogen, der Bundesgerichtshof halte eine Beschlagnahme der Behördenakten durch den Strafrichter für unzulässig (Klaus Tiedemann/Ulrich Sieber a. a. O., S. 757 mit weiteren Belegen). Der Formulierung des Großen Senats ist ein abschließendes Urteil über die Zulässigkeit der Beschlagnahme jedoch nicht zu entnehmen, vgl. dazu Jürgen Taschke, a. a. O.

90 126f.

91 Über das Verhältnis zu § 54 Strafprozeßordnung vgl. Klaus Lüderssen, *Zur »Unerreichbarkeit« des V-Mannes*, a. a. O., S. 529f.

92 BVerfG *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, S. 1719ff. (1713) (s. in diesem Band S. 457–482).

93 Hierzu Jürgen Meyer a. a. O., S. 839. Zur besonderen Problematik der »Lebensgefahr« für den V-Mann, vgl. Seelmann, in: *Strafverteidiger* a. a. O., S. 482; Hinweise darauf, daß der V-Mann leicht in die Lage eines Opfers kommt, jetzt mit anschaulichen Beispielen bei: Harald Hans Körner, *V-Leute: verbrannt und verblüht*, in: *Kriminalistik* 1984, S. 270ff.; *Der Grundsatz des fair play für den V-Mann und für den Zeugen*, in: Kriminalistik 1984, S. 328ff.

93a Detailliert und anschaulich beschrieben vor allem in den Sachverhalten der Entscheidung der Landgerichte Berlin, Frankfurt und Stuttgart a. a. O.

93 b Zu den hier nötigen Differenzierungen: Klaus Lüderssen, *Kriminologie*, Baden-Baden 1984, S. 32 ff.

94 Hierzu instruktiv Friedrich Dencker a. a. O., S. 459 ff.

95 Im Ergebnis wohl ebenso Hans O. Sieg a. a. O., S. 638.

96 Darüber, was das Gericht statt dessen tun muß, im einzelnen Klaus Lüderssen, *Zur »Unerreichbarkeit« des V-Mannes* a. a. O., S. 534 ff.

97 Zu den Folgerungen, die sich daraus für die »Unerreichbarkeit« des Beweismittels im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 Strafprozeßordnung ergeben (beziehungsweise die vergleichbaren Wendungen in §§ 223, 251 Abs. 1 Nr. 2, 251 Abs. 2) vgl. Lüderssen a. a. O., S. 528 f.; nicht überzeugend Herdegen a. a. O.

97 a Tiedemann/Sieber a. a. O., S. 761 ff.

97 b Seelmann, Strafverteidiger a. a. O., S. 483.

98 Genauer Lüderssen a. a. O., S. 538.

Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme

Staatsanwalt Dr. Thomas Fischer, Lehrbeauftragter, undRichter am BGH Dr. Heinrich Maul, Karlsruhe

I. Problemstellung

Nach § 163 I StPO haben die Behörden und Beamten des Polizeidienstes Straftaten zu erforschen. Zu dieser Sachverhaltsaufklärung zählt auch der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten, Kontaktpersonen und Lockspitzeln [1] . In seiner grundlegenden Entscheidung vom 23. 5. 1984 [2] hat der BGH die Ansicht vertreten, daß selbst in Fällen einer Überschreitung der Grenzen zulässigen Lockspitzeleinsatzes sich daraus für den Angeklagten nur ein wesentlicher Strafmilderungsgrund ergeben könne. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses, eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs oder ein Beweisverbot wurden verworfen. In der Folge hat sich die Rechtsprechung dieser Beurteilung uneingeschränkt angeschlossen; in der Mitwirkung von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten oder V-Leuten bei Straftaten, insbesondere bei Betäubungsmitteldelikten, wird auch in den Fällen nur ein Strafmilderungsgrund gesehen, in denen Zweifel daran bestehen könnten, ob der Einsatz solcher Ermittlungshelfer rechtlich vertretbar erscheint, wobei auf die Voraussetzungen und Grenzen solcher Einsätze vielfach nicht eingegangen wird [3] .

Der BGH meint in seiner Entscheidung vom 23. 5. 1984 [4] , mit der Ablehnung einer Verwirkung des Strafanspruchs wegen widersprüchlichen Verhaltens des Staats entfielen auch wesentliche Argumente für die in der Literatur befürwortete [5] Annahme eines Beweisverbots [6] . Es könne daher offenbleiben, ob etwa eine Analogie zu § 136a StPO dogmatisch überhaupt vertretbar und in ihrer praktischen Ausgestaltung geeignet wäre, befriedigende Ergebnisse herbeizuführen.

Diese Erwägungen erscheinen nach dem heutigen Stand der Diskussion nicht mehr ausreichend. Die Rechtsprechung bedarf, soweit ein Beweisverbot ausgeschlossen wird, kritischer Überprüfung. Es wird in der bisherigen Diskussion nicht hinreichend zwischen Fällen, in denen der Einsatz von verdeckt arbeitenden Ermittlungsbeamten und -helfern sich gegen eine Person richtet, gegen die bereits ein konkreter Tatverdacht i. S. des § 152 II StPO besteht [7] , und solchen Fällen unterschieden, in denen das nicht der Fall ist. Damit bleibt sowohl die Frage nach dem Eingriffscharakter wie die nach der möglichen Rechtsgrundlage der Maßnahme unklar.

II. Eingriffscharakter der Tatprovokation

Handelt es sich bei dem Einsatz von Lockspitzeln - als Unterfall des V-Mann-Einsatzes - um einen staatlichen Eingriff in den rechtlich geschützten Freiheitsbereich des Bürgers, so ist im Rechtsstaat hierfür eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Zwar ergibt sich aus der Gemeinschaftsgebundenheit der Person, daß der einzelne Einschränkungen seiner Rechte im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen

muß. Diese Beschränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus welcher sich ihre Voraussetzungen und ihr Umfang klar und für den Bürger erkennbar ergeben; dies folgt aus dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit [8] .

Der im einzelnen beinahe unübersehbar gewordene Meinungsstand zum Problem des Lockspitzel-Einsatzes [9] ist hier im einzelnen nicht nachzuzeichnen; über den Eingriffscharakter jedenfalls solcher Maßnahmen, welche gezielt auf Willensbildung und Tatentschluß des Provozierten ausgerichtet sind, besteht weitgehend Einigkeit [10] . Es handelt sich um staatliche Eingriffe in das

durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, soweit bislang nicht konkret Verdächtige zu Straftaten angehalten werden, wegen derer sie anschließend bestraft werden (sollen), und um Eingriffe in den von Art. 1 I geschützten Bereich, soweit es sich um Ermittlungsmaßnahmen gegen Verdächtige/Beschuldigte handelt [11] . Die "Geringfügigkeitsgrenze", bis zu welcher polizeiliche Tätigkeit unproblematisch von allgemeinen Aufgabenzuweisungsnormen gedeckt sein kann, ist jedenfalls dann zweifelsfrei überschritten, wenn der polizeiliche Lockspitzel aktiv auf den späteren Täter einwirkt. Im Bereich strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen liegt hier der Vergleich mit Telefonüberwachung, Postkontrolle oder längerfristiger, gezielter Observation, insbesondere unter Einsatz technischer Einrichtungen, nahe [12] .

III. Tatprovokation als Maßnahme der Strafverfolgung

Nicht erst bei der Frage möglicher Folgen unzulässiger Maßnahmen, sondern bereits bei der nach der Zulässigkeit von Lockspitzel-Einsätzen wird in Rechtsprechung und Literatur häufig nicht hinreichend zwischen repressiver Strafverfolgungstätigkeit und präventiver Gefahrenabwehr unterschieden. Der Hinweis, daß sich beide Bereiche bei der Tatprovokation durch die Polizei (oder ihr zuzurechnende Personen) "vermischen" [13] , hilft insoweit nicht weiter. Diese "Vermischung" ist es andererseits, so ist zu vermuten, welche die Suche nach einer tragfähigen Rechtsgrundlage häufig allzusehr auf die Darlegung (angeblich) unabdingbarer praktischer Notwendigkeit [14] und rechtsstaatlicher Verhältnismäßigkeit beschränkt [15] . Dies kann eine rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechende Befugnisnorm hingegen nicht ersetzen.

Der vorschnelle Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und nicht der Charakter der Maßnahme selbst ist es, der in der Tat die Grenzen zwischen präventivem und repressivem Lockspitzeleinsatz verwischt. Diese ganz überwiegend an materiellen Kriterien orientierte Argumentation suggeriert einen tatsächlichen und rechtlichen Sonderbereich, in welchem es, quasi in Analogie zum Zwielicht der "Szene" selbst, nicht mehr um genaue Abgrenzungen und formalrechtsstaatliche Anforderungen, sondern allein um "Notwendigkeiten" geht [16] .

Hierbei ist zu berücksichtigen, daß das hier behandelte Problem in die Diskussion um tiefgreifende Veränderungen und Verschiebungen der Abgrenzung zwischen Kriminalitätsprävention und Strafverfolgung eingebettet ist [17] . Dabei erscheint das Beharren auf einer strikten Trennung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung [18] , wenn auch als Grundsatz vielfach bekräftigt, aus neuerer polizeirechtlicher Sicht häufig nurmehr als praxisferne Besitzstandswahrung der Justiz, welche der Orientierung der "kriminalstrategischen Zielsetzung" [19] auf eine umfassende Sozialhygiene im Wege steht. Die mit erheblicher Schärfe geführte Diskussion [20] entzündet sich insbesondere an dem unklaren Begriff der "vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten", der bedauerlicherweise inzwischen auch Eingang in die neue Polizeigesetzgebung gefunden hat [21] .

Hierzu ist im vorliegenden Zusammenhang nur folgendes auszuführen: Soweit dem Begriff der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung" der Bereich "Verhütung von Straftaten" unterfällt, liegt zweifellos eine präventive polizeiliche Tätigkeit vor. Andererseits kann eigentlich kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, daß die mit "Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten" umschriebene polizeiliche Tätigkeit eine solche repressiver Art ist, mithin dem Bereich der Strafverfolgung zugerechnet werden muß [22] . Dies gilt nicht nur für die vielfach diskutierte Aufgabe der Datensammlung und -auswertung, sondern in besonderem Maße für den Einsatz von V-Leuten und Lockspitzeln [23] . Bereits der Terminus "Vorsorge für die Verfolgung" läßt wenig Raum für Zweifel an der Zuordnung entsprechender Maßnahmen. Soweit auf eine angebliche präventive Wirkung solcher Vorsorge-Eingriffe hingewiesen wird [24] , so gehen solche Effekte nicht über die behaupteten allgemein präventiven Wirkungen der Strafverfolgung hinaus [25] .

In geradezu hervorstechender Weise wird dies am Beispiel des Lockspitzeleinsatzes deutlich: Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, die gezielte Provokation einer Straftat diene primär der Verhinderung von Kriminalität. Vielmehr soll sich die (general-) präventive Wirkung der Tatprovokation ja ersichtlich und erklärtermaßen gerade aus der Ergreifung und Aburteilung des provozierten Täters ergeben. Kann schon bei der Informationsgewinnung durch heimliche Datenerhebung von einer genuin präventiven Aufgabe nicht gesprochen werden, da ja die Maßnahme selbst bestimmungsgemäß nicht nach außen wirken soll, so entbehren entsprechende Behauptungen für den Bereich der Tatprovokation schlechthin der Grundlage. Wäre die Provokation von Straftaten durch die Polizei eine Maßnahme der polizeirechtlich zu beurteilenden Prävention, so würde das für Eingriffe wie Post- und Telefonkontrolle gleichermaßen gelten; überhaupt wäre der Bereich polizeilicher Beweisgewinnung weitgehend zur präventiven "Verdachtsgewinnung" umfunktioniert.

Auf der Basis der herkömmlichen rechtsstaatsorientierten Begrifflichkeit ist die skizzierte Zuordnung offenkundig. Die besondere Problematik und zugleich die ernsthafte, bislang zuwenig gesehene Gefahr der gegenwärtigen Präventions-Diskussion liegt aber darin, daß von einer im Vordringen befindlichen, polizeirechtlich orientierten Sichtweise diese "klassische" Begrifflichkeit als weitgehend überholt angesehen wird 26 . Die Begriffsverwirrung, welche die Diskussion zunehmend erschwert, hat insofern durchaus Methode: Anknüpfend an Konzeptionen, wie sie von Herold und anderen bereits in den 70er Jahren vertreten wurden 27 , wird zunehmend eine "sozialhygienische", wohlfahrtsstaatliche, umfassend präventive Aufgabenstellung der Polizei propagiert. Strafverfolgung erscheint so nurmehr als "in das Gesamtkonzept Gefahrenabwehr eingebettet"(!) 28 ; es geht um einen "strategischen Neuansatz der Polizei" 29 . Dabei werden einerseits neue Formen der Kriminalität, über deren Bedrohungspotential von polizeilichen Kriminalisten und empirischen Kriminologen freilich unterschiedliche Ansichten vertreten werden 30 , andererseits sozialwissenschaftliche und kriminologische Erkenntnisse über die Gesellschaftsbedingtheit und die soziale Verflochtenheit von Kriminalität als Argumente dafür herangezogen, daß es der "neuen Kriminalstrategie" um die "Beseitigung der Kriminalität schlechthin" 31 gehen müsse. Unter diesem - freilich alles andere als neuen! - Sichtwinkel ist die Polizei in der Tat "gezwungen, über die ihr gesetzten klassischen Barrieren der konkreten Gefahr einerseits und des konkreten Tatverdachts andererseits hinaus ... tätig zu werden" 32 . Repression und Prävention "fallen auf einer höheren Ebene zusammen" 33 ; sie sind "irgendwie dasselbe" 34 .

Eine solche Durchdringung und Vereinnahmung des Strafrechts durch präventive Zielsetzungen und Instrumentarien birgt erhebliche Gefahren 35 . Angesichts einer rechtspolitischen Debatte, welche sich teilweise in wechselseitigen Ideologievorwürfen erschöpft, ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß "klassische" rechtsstaatliche Begrenzungen staatlicher Eingriffsbefugnisse nicht nur der Abwehr des sozialschädlichen bösen Willens, sondern gerade auch der Sicherung gegen die Verabsolutierung des guten Willens dienen. Es gibt kein "Grundrecht auf Sicherheit" um jeden Preis, wohl aber ein Grundrecht des Bürgers, "vom Staat in Ruhe gelassen zu werden", solange er sich im Rahmen der Rechtsordnung hält 36 . Allein eine strikt an rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtete Trennung zwischen polizeilich-präventivem und strafprozessual-repressivem Bereich ermöglicht systematisch und praktisch Lösungen, welche die Herausbildung von undurchsichtigen "Sonderrechtsgebieten" (etwa im Bereich der Rauschgift- und der organisierten Kriminalität) vermeiden. Unbewiesene Behauptungen über angeblich kriminalitätsverhütende (Neben-) Effekte von Strafverfolgungsmaßnahmen sind ebensowenig wie Hinweise auf allfällige "Gemengelagen" 37 geeignet, die vielfach geforderten Verschiebungen zu legitimieren. Auch die Schaffung eines

unklaren Zwischenbereichs von "Verdachtsgewinnungsmaßnahmen" im "Vorfeld" des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens mit eigenen, an operativen Zweckmäßigkeitserwägungen orientierten Regeln [38] kann unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht hingenommen werden [39] .

IV. Zulässigkeit der Tatprovokation

1. Wertungsgesichtspunkte der Rechtsprechung

In zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1980 [40] hat der BGH ausgeführt, das Rechtsstaatsprinzip verbiete es den Strafverfolgungsbehörden, auf die Verfolgung von Straftaten hinzuwirken, wenn die Gründe dafür vor diesem Prinzip nicht bestehen können. Dieser Satz enthält letztlich ein tautologisches Postulat, welches für die Lösung des Problems wenig Anhaltspunkte bietet [41] . Die an materiellen Inhalten des Rechtsstaatsprinzips orientierte Abwägung von "Wertungskriterien" [42] knüpft unmittelbar hieran an. So werden Statthaftigkeit wie Grenzen der Maßnahme letztlich im übergreifenden Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes diskutiert. Auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann jedoch ein Eingriff in den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich nicht gestützt werden; dieser Grundsatz ist vielmehr allein Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit anderweitig legitimierter Eingriffe im Einzelfall. Dies ist zuletzt für die Maßnahme langfristiger Observation und Video-Überwachung diskutiert worden [43] und weitgehend anerkannt [44] .

Die bislang herrschende Meinung in der Rechtsprechung setzt dagegen im Bereich des Lockspitzel-Einsatzes vorschnell Legitimation mit Verhältnismäßigkeit gleich. Hierbei wird jedoch, worauf Lisken zutreffend hingewiesen hat [45] , in Wahrheit Unvergleichbares einer "Abwägung" unterworfen: Aus dem Rechtsstaatsgrundsatz abgeleitete Verfahrensprinzipien werden mit gesellschaftlichen Schutzinteressen "abgewogen". Dies ist freilich nur dann möglich, wenn beides zuvor in die Münze der "Rechtsguts"-Qualität gewechselt wird. Dabei gerät indes aus dem Blick, daß solche Verfahrensprinzipien tangiert werden, die als schlechthin konstituierend für den demokratischen Rechtsstaat anzusehen sind. So steht insbesondere der Grundsatz der Unschuldsvermutung für eine "Abwägung" der genannten Art gar nicht zur Verfügung.

Dies ist weithin anerkannt. Niemand käme auf den Gedanken, der Staat dürfe, wenn es nur der Schutz wichtiger Rechtsgüter gebiete, quasi flächendeckende Brief- oder Telefonkontrollen nach dem Muster der ehemaligen DDR durchführen, um so ein präventives "Verdachtsgewinnungsinstrumentarium" zu installieren [46] . Die schlichte operative "Notwendigkeit" allein soll andererseits den Einsatz von Lockspitzeln insbesondere im Bereich der Rauschgiftkriminalität legi-

timieren. Bei der Beurteilung müssen indes drei Konstellationen des Lockspitzel-Einsatzes unterschieden werden:

a)

die Tatprovokation zur Überführung eines Serientäters, d.h. zur Erlangung von Beweisen hinsichtlich bereits begangener (gleichartiger) Taten;

b)

die Tatprovokation im Rahmen eines auf einen konkreten Verdacht gegründeten Ermittlungsverfahrens (Beispiel: Rauschgift-Aufkäufer) 47 ;

c)

die Tatprovokation gegenüber bislang nicht konkret Verdächtigen (möglicherweise "Tatgeneigten").

2. Lockspitzel-Einsatz bei Vorliegen eines Anfangsverdachts

Bei den beiden erstgenannten Fällen handelt es sich, auch nach den Kriterien des "neuen" Polizeirechts, offensichtlich um Maßnahmen der Strafverfolgung. Ihre Zulässigkeit bestimmt sich ausschließlich nach den Regeln der StPO. Gesichtspunkte der präventiven Gefahrenabwehr sind nicht einschlägig. Da eine spezielle Regelung fehlt, kommt allein § 163 StPO als Befugnisnorm in Betracht. Ob diese Vorschrift herangezogen werden kann, ist umstritten 48 . Insbesondere die Regelungssystematik der §§ 160 ff. StPO zeigt jedoch, daß gravierende Eingriffe auf die Aufgabenzuweisungsnorm des § 163 StPO nicht gestützt werden können. Angesichts des teilweise geringen Gewichts der in §§ 160 ff. im einzelnen geregelten Eingriffsmaßnahmen würde die Auffassung, § 163 enthalte eine subsidiäre Befugnis-Generalklausel, zu einer gänzlich undifferenzierten Ermächtigungsnorm führen 49 . Die Annahme, geringfügige Maßnahmen seien spezialgesetzlich geregelt, während möglicherweise schwerwiegende Eingriffe allein auf die Aufgabenzuweisung gestützt werden könnten, wäre weder systematisch nachvollziehbar noch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar. § 163 StPO scheidet daher als Ermächtigungsgrundlage ebenso aus wie eine analoge Anwendung der StPO-Vorschriften 50 . Eingriffe der vorliegenden Art können auch nicht auf § 34 StGB oder gar die Annahme eines "übergesetzlichen" Notstands gestützt werden. Selbst wenn man § 34 StGB überhaupt für auf staatliches Handeln anwendbar hält 51 , so fehlt es doch beim Lockspitzel-Einsatz als schon routinemäßiger 52 Ermittlungsmaßnahme regelmäßig an allen Voraussetzungen für eine Anwendung im Einzelfall.

Daß hinsichtlich repressiver Strafverfolgung durch Einsatz von Lockspitzeln daher ein materielles Regelungsdefizit vorliegt, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden. Auch im Bereich des - dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordneten - Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist dies, im Anschluß an das Volkszählungsurteil des BVerfG 53 , inzwischen weitgehend anerkannt und hat zu entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten geführt 54 .

Wie nicht zuletzt seit dem Urteil des BVerfG zum "besonderen Gewaltverhältnis" 55 weitgehend unbestritten ist, führt allerdings das Vorliegen eines materiellen Regelungsdefizits mit der Folge, daß rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen für Eingriffshandlungen nicht vorliegen, nicht von vornherein dazu, daß entsprechende Maßnahmen als rechtswidrig zu beurteilen sind. Vielmehr kann unter Umständen, je nach Eigenart der Regelungsmaterie, dem Gesetzgeber eine Schonfrist für die Neuregelung eingeräumt sein; während dieser Übergangsfrist ist der "rechtsfreie" Zustand im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen. Hinsichtlich des Einsatzes von Lockspitzeln - über den allgemeinen V-Mann-Einsatz hinaus - erscheint indes - unabhängig vom möglichen Regelungsinhalt - das Fortbestehen einer solchen Schonfrist angesichts der bereits seit Ende der 70er Jahre andauernden Diskussion und der seit langer Zeit erhobenen Forderungen inzwischen fraglich. Die in Anlage D zu den RiStBV aufgenommenen Richtlinien geben insoweit keine hinreichende Orientierung 56 ; es erscheint naheliegend anzunehmen, die Übergangsfrist sei abgelaufen 57 .

Bei einer somit dringend erforderlichen gesetzlichen Regelung der Materie kann es andererseits nicht darum gehen, bestehende Praxis schlicht zu "legalisieren". Vielmehr ist aus dem Blickwinkel des betroffenen Grundrechts, in welches polizeilicher Lockspitzel-Einsatz eingreift, zu differenzieren.

Hierbei ist zunächst der Grundsatz in Erinnerung zu rufen, daß § 163 StPO nicht etwa ein rechtlich selbständiges, vom staatsanwaltschaftlichen unabhängiges Ermittlungsverfahren der Polizei zuläßt. Die strafverfolgende Tätigkeit der Polizei ist stets justizielles Handeln; eine Unabhängigkeit von staatsanwaltschaftlichen Weisungen kann es auch "zunächst" oder "ansatzweise" nicht geben [58] . Das gilt auch da, wo repressive und präventive Tätigkeit scheinbar vermischt sind, denn im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Zweck des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG kann es solche Mischformen staatlichen Eingriffshandelns nicht geben [59] . Allgemein kriminalpolitische und generalpräventive Erwägungen sind nicht geeignet, das im Wesen individuelle Ermittlungsverfahren, das auf die Aufklärung einer bestimmten begangenen Tat und der persönlichen Schuld eines individuellen Täters gerichtet ist, in mehr oder minder abstrakte "Notwendigkeiten" präventiver Gefahrenabwehr aufzulösen. Schon aus diesem Grund wäre eine klare Trennlinie zwischen solchen Fällen, in denen ein Anfangsverdacht i. S. des § 152 II StPO vorliegt, und solchen, in welchen das nicht der Fall ist, zu ziehen. Das Legalitätsprinzip stellt insoweit eine für die staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Ermittlungstätigkeit nicht durchbrechbare Schranke dar. Ohne konkreten Anfangsverdacht ist ein strafprozessuales Ermittlungsverfahren schlicht unzulässig; auf Verhältnismäßigkeit und andere Wertungskriterien kann es hier (noch) gar nicht ankommen.

3. Lockspitzel-Einsatz ohne Vorliegen eines Anfangsverdachts

Das bedeutet, daß ein Lockspitzel-Einsatz "auf gut Glück", ohne Vorliegen eines auf tatsächliche Grundlagen gestützten Anfangsverdachts, strafprozessual keinesfalls zulässig ist; auch auf neu zu schaffende Ermächtigungsnormen der StPO, welche den Einsatz von agents provocateurs in bestimmten anderen Fällen für zulässig erklären mögen, könnte er nicht gestützt werden. Der Grundgedanke des rechtsstaatlichen Strafprozesses steht der Zulässigkeit einer "repressiven" Ermittlungstätigkeit entgegen, welche ihren Ausgang nicht vom konkreten Verdacht bestimmter begangener Straftaten nimmt, sondern quasi ins Blaue hinein forscht, ob irgendwelche Straftaten möglicherweise - auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden! - begangen werden könnten.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß derzeit noch § 163 StPO i. V. mit §§ 161, 244 StPO und dem verfassungs-

rechtlichen Gebot strafprozessualer Sachverhaltsaufklärung eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten und V-Leuten bilden könnte [60] , dürften die genannten Ermittlungsmaßnahmen somit nur gegen Personen eingesetzt werden, gegen die jedenfalls schon ein Verdacht i. S. des § 160 I StPO besteht, entsprechende Straftaten zu planen oder darin verwickelt zu sein. Das ergibt sich aus den Vorschriften der Strafprozeßordnung (§§ 152, 160, 161 StPO), nach denen Polizei und Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei Verdacht strafbarer Handlungen zu Ermittlungen befugt und verpflichtet sind [61] . Hieraus folgt, daß der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten und V-Leuten gegen Personen, gegen die kein Anfangsverdacht i. S. des § 160 I StPO besteht, schlechthin unzulässig ist.

Typische Fälle einer Lockspitzel-Tätigkeit ohne Anfangsverdacht liegen vor, wenn Tatprovokationen aufgrund des allgemeinen Eindrucks vorgenommen werden, eine Person sei möglicherweise "straftatgeneigt". Solche Personen für "Beschuldigte" i. S. des § 160 ff. StPO zu halten, erscheint fernliegend. Ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren, welches ja erst die Grundlage von Eingriffshandlungen sein könnte, kann sich gegen sie daher nicht richten. Praktisch sollte gerade im Bereich der teilweise unter erheblichem Erfolgsdruck stehenden V-Leute der Polizei der Umfang

gezielter, quasi "professioneller" Ausspähung und Verstrickung unverdächtiger, jedoch labiler und in sozialen Grenzsituationen lebender Personen als "potentielle Täter" 62 nicht unterschätzt werden.

Liegt ein Strafverfahren zum Zeitpunkt einer Tatprovokation ohne konkreten Anfangsverdacht nicht vor, so könnte ein solcher Eingriff somit allenfalls auf neu zu schaffende oder bereits geschaffene Rechtsnormen gestützt werden, welche die präventive Tätigkeit der Polizei regeln. Gerade hier, im Bereich der verdeckten Ermittler und Lockspitzel, so wird häufig hervorgehoben 63 , "vermischen" sich angeblich Repression und Prävention, liegt ein Kernbereich der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung". Es ist daher auf das oben Ausgeführte zu verweisen.

Darüberhinaus ist zu fragen, welcher Art die Prävention ist, die hier betrieben werden soll. Verhütung von Straftaten, insbesondere auch solcher im Bereich der Drogen- und organisierten Kriminalität, kann ja auf vielerlei Weise geschehen. Der Lockspitzel-Einsatz hat ein konkretes Ziel: Eine Straftat soll begangen werden; hierfür soll der Täter sodann bestraft werden. Es findet unmittelbar also gerade das Gegenteil von Prävention statt. Erst auf dem Umweg über die Aburteilung und Bestrafung des provozierten Täters könnten möglicherweise präventive Effekte eintreten: Der Täter wird auf den rechten Weg zurückgeführt, von dem ihn die Polizei abgebracht hat; Dritte werden abgeschreckt; der Bevölkerungsmehrheit erscheint die Rechtsordnung gefestigt.

Von den genannten präventiven Aspekten tritt derjenige der Spezialprävention sicher zurück. Besteht wirklich konkreter Anlaß, eine Person als "straftatgeneigt" anzusehen, weil sie häufig an kriminogenen Orten verkehrt und/oder einen charakterlich ungefestigten und labilen Eindruck vermittelt, so gibt es, um diese Person auf den rechten Weg zu weisen, keinerlei Veranlassung, sie zunächst einmal zu Straftaten anzuhalten. Die Vorstellung, Erziehung und Besserung labiler, in gesellschaftlichen und persönlichen Grenzsituationen lebender Menschen dadurch betreiben zu wollen, daß man sie von Staats wegen zu Taten veranlaßt, die ihre Bestrafung nach sich ziehen sollen, ist so fernliegend, daß sie nicht ernsthaft diskutiert werden muß. Überdies wären entsprechende Konzepte weder mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit noch dem der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu vereinbaren.

Abwegig erscheint auch die Vorstellung, durch Einsatz von Lockspitzeln könne beispielsweise der Rauschgiftmarkt "ausgetrocknet" werden, die Tatprovokation diene dem Abschöpfen von Rauschgift. Zunächst wäre hierzu die Anstiftung Dritter gar nicht erforderlich: Polizeiliche Aufkäufer könnten, offen oder getarnt, mit Steuergeldern Rauschgift erwerben, um es der Vernichtung zuzuführen. Es liegt auf der Hand, daß dies eine kuriose Vorstellung von "Prävention" wäre. Tatsächlich gehört es zu den gesicherten Erkenntnissen der Kriminologie, daß Ausbreitung und Gefährlichkeit des Rauschgiftmarkts unmittelbar von Umfang und Struktur der Nachfrage abhängen. Ein "Abschöpfen" von Rauschgift führt unter den Strukturbedingungen des illegalen Marktes zwangsläufig zur Erhöhung des Angebots; es wäre in geradezu absurder Weise kontraproduktiv.

Als Ansatzpunkt präventiver Polizeitätigkeit bleibt somit nur der Gesichtspunkt der (negativen oder positiven) Generalprävention: Durch Aburteilung und Bestrafung dieses einen sollen mögliche weitere Täter von ähnlichen Taten abgeschreckt, insgesamt soll das "Rechtsklima" gefördert werden. Eine solche Begründung des Lockspitzel-Einsatzes gegen Nichtverdächtige greift in den Kern des von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Bereichs ein. Vielfach hat das BVerfG darauf hingewiesen, daß die Achtung vor der Menschenwürde es schlechthin verbietet, das Individuum zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung zu machen 64 . Auch der einer Straftat Angeklagte ist nicht bereits wegen dieses Verdachts des Schutzes seiner Menschenwürde beraubt 65 ; erst recht gilt das für einen Nichtbeschuldigten, der nur für "tatgeneigt" gehalten wird. Das Grundgesetz garantiert dem Bürger einen unantastbaren Bereich der Privatheit 66 , es gibt ihm das Recht, "vom

Staat in Ruhe gelassen zu werden"; es verbürgt ein Recht auf Freiheit von Furcht vor allumfassender Kontrolle; dem Legalitätsprinzip des Strafprozeßrechts schließlich korrespondiert die verfassungsrechtlich garantierte Unschuldsvermutung.

Im Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes ist für eine Abwägung zwischen diesen rechtsstaatlichen Garantien und dem Gewicht allgemein gefährdeter Rechtsgüter nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kein Raum. Der Rechtsstaat ist per definitionem gehindert, einzelne Bürger - mögen sie auch aus irgendwelchen Gründen suspekt erscheinen - zum bloßen Objekt und Instrument kriminalpolitischer und generalpräventiver Maßnahmen zu machen.

Dies alles ist im Grundsatz nicht streitig. Es ist auch nicht ersichtlich, daß in speziellen Deliktsbereichen, etwa auf dem Gebiet der Rauschgift-Kriminalität, diese Grundsätze außer Kraft gesetzt oder durch vorgezogene materielle Abwägungen verdrängt sein könnten. Wer in "Szene"-Lokalen verkehrt, über Erfahrungen als Rauschgiftkonsument verfügt, einschlägig vorbestraft ist, labil und "tatgeneigt" erscheint, begibt sich dadurch nicht des Schutzes seiner Grundrechte. Er darf ebensowenig wie etwa ein Alkoholkranker zum bloßen Objekt staatlicher Sozialpolitik und Prävention gemacht werden. Zweifellos stellt die organisierte Rauschgift-Kriminalität eine erhebliche Gefährdung hochwertiger individueller und

Rechtsgüter der Allgemeinheit dar. Verfehlt wäre es indes, aus speziellen Strukturen der Rauschgift-Szene, insbesondere der hier symptomatischen Vermischung von Täter- und Opferrolle und den damit einhergehenden erheblichen Ermittlungsschwierigkeiten, eine einzigartige Bedrohungsqualität abzuleiten. Der Schaden und die Bedrohung für das Gemeinwesen, welche etwa durch Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung 66a oder Trunkenheit im Verkehr entstehen, dürften schwerlich geringer einzuschätzen sein. Gleichwohl wird nicht nur der Einsatz "neuer Kriminalstrategien", sondern bereits die Ausschöpfung der vorhandenen in diesen Bereichen für verfassungsrechtlich bedenklich oder unzulässig gehalten. Würden Polizeibeamte sich gezielt in Gaststätten begeben, wo sie nach alkoholgefährdeten Personen Ausschau hielten, um diese zuerst zum Trinken und sodann zum Autofahren zu animieren und sie den wartenden Kollegen in die Hände zu spielen, so wären solche Maßnahmen nach wohl allgemeinem Konsens selbst dann unzulässig, wenn gewisse generalpräventive Effekte wahrscheinlich wären. Und auch der hohe Wert des Rechtsguts "Leben" rechtfertigt es nach allgemeiner Ansicht keinesfalls, daß sich etwa V-Leute der Polizei ohne konkreten Anfangsverdacht an labile Personen wenden und sie durch Versprechen hoher Geldsummen zum Begehen von Morden bestimmen. Schließlich wird auch eine Telefonüberwachung "kriminogener" Wirtschaftsbranchen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit nicht gefordert, und niemand käme auf den Gedanken, man müsse, um den Therapiewillen alkoholkranker Straftäter zu stärken, durch Lockspitzel Schnaps in Entziehungsanstalten schmuggeln lassen, um "abschreckende" Rückfälle zu provozieren 67 .

Generalpräventive Gesichtspunkte lassen sich daher allenfalls als postulierter Nebeneffekt, keinesfalls aber als Legitimationsgrundlage eines Lockspitzel-Einsatzes gegen Unverdächtige heranziehen. Unter keinem denkbaren Aspekt lassen sich entsprechende Maßnahmen als solche präventivpolizeilicher Gefahrenabwehr einordnen. Es gilt somit das oben allgemein Ausgeführte.

Die Tatprovokation ohne Anfangsverdacht durch die Polizei stellt, ebenso wie die gegen Verdächtige, eine Maßnahme der Strafverfolgung dar. Es handelt sich um eine repressive Ermittlungs-, nicht aber um eine präventive Vorbeugungsmaßnahme. Konkrete Straftaten werden durch sie nicht verhindert, sondern im Gegenteil gerade - zum Zweck ihrer Verfolgung - veranlaßt. Eine präventive Wirkung, welche bislang allein behauptet, jedoch empirisch in keiner Weise belegt

ist [68] , ist ausschließlich im Zusammenhang mit dieser beabsichtigten Verfolgung und Aburteilung der provozierten Tat denkbar.

Der Lockspitzel-Einsatz gegen Unverdächtige zeigt daher in besonders hervorstechender Weise die im Zusammenhang mit dem Begriff der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung" entstandenen Probleme auf. Eine Rechtsgrundlage für diese Maßnahme ist nicht ersichtlich. Weder könnte sie auf die strafprozessuale Aufgabenzuweisungsnorm (§ 163 StPO) gestützt werden, noch läßt sich ihre Legalität aus präventiven, notstandsähnlich begründeten Gesichtspunkten ableiten.

Im Gegensatz zu Ermittlungsverfahren gegen Verdächtige, d. h. gegen solche Personen, gegen die ein Anfangsverdacht vorliegt, könnte ein derartiger Eingriff in die Rechte Unverdächtiger auch nicht auf neu zu schaffende gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden: Der Anfangsverdacht stellt eine nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke repressiver Ermittlungstätigkeit dar. Eine Strafverfolgung zur Verdachtsgewinnung kann es nicht geben [69] .

V. Rechtsfolgen unzulässigen Lockspitzel-Einsatzes

Auch die bislang herrschende Meinung in der Rechtsprechung gelangt zur Annahme der Unzulässigkeit des Lockspitzel-Einsatzes dann, wenn "die durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen" zulässiger Tatprovokation überschritten seien [70] ; dies wird bei Provokationen ohne Anfangsverdacht vermutlich näherliegen als in anderen Fällen, jedoch kommt es nach Ansicht des BGH auch hier vor allem auf das Gewicht der Einwirkung an [71] . Zur Annahme der Rechtswidrigkeit der Tatprovokation gelangt die Rechtsprechung somit im Wege der bereits oben kritisierten vorgezogenen Abwägung zwischen Verfahrensprinzipien und Rechtsgutsinteressen, wobei sich der Ort der Abwägung konsequent vom Maß des bestehenden Verdachts (also der Betrachtung des Täters) auf das Maß des provozierenden Einflusses (also die Betrachtung des Lockspitzels) verschoben hat [72] .

Hierbei gerät die systematische Einordnung der Gründe für die mögliche Unzulässigkeit aus dem Blick. Nur wenn es von vornherein, ohne Rücksicht auf den Charakter der Maßnahme und ihre Einordnung in das rechtsstaatliche System der Strafverfolgung, allein um "Abwägung" zwischen Werten, um die Zumessung von "Gewichten" und um das Verhältnis von Verfahrensprinzipien zu Rechtsgütern geht, können Überlegungen zur "Verwirkung" des staatlichen Strafanspruchs einerseits, zum Vergleich mit dem rechtswidrigen Befehl andererseits [73] Bedeutung erlangen. Gerade der Vergleich der Tatprovokation durch einen polizeilichen Lockspitzel mit dem rechtswidrigen Befehl (§ 11 II SoldG, § 5 WStG) macht dies deutlich. Das soldatische Disziplinarverhältnis kann nicht mit dem Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgungsbehörde gleichgesetzt werden; die Besonderheit der Tatprovokation durch Lockspitzel liegt nicht in der "irgendwie" dem Staat zuzurechnenden Veranlassung einer Straftat - was den Vorwurf der Widersprüchlichkeit nach sich ziehen muß -, sondern in der Tatsache, daß es sich hier um eine strafprozessuale Ermittlungshandlung handelt. Der Vergleich mit dem rechtswidrigen Befehl einer Straftat gibt zur Beurteilung dieses Sachverhalts nicht mehr her als beispielsweise zur Bestimmung der Rechtsfolgen einer unzulässigen Telefonüberwachung. Für die Beurteilung von Rechtmäßigkeit und Rechtsfolgen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen gelten die Regeln der StPO, nicht aber allgemeine Analogien und Verhältnismäßigkeitserwägungen. Das verfassungsrechtlich begründete Verbot von Ausforschungsermittlungen gegen Unverdächtige schließlich kann nicht mit dem Hinweis auf kriminaltaktische Notwendigkeiten aufgehoben werden [74] .

Zutreffend sind die Erwägungen, welche in der Rechtsprechung des BGH zur Ablehnung einer "Verwirkung" des Strafanspruchs, eines Strafausschließungsgrundes oder eines Verfahrenshindernisses geführt haben 75 . Nicht gefolgt wer-

den kann aber, im Lichte der Ergebnisse des Volkszählungsurteils des BVerfG und nach dem heutigen Erkenntnisstand zum Eingriffscharakter polizeilicher Maßnahmen, der Auffassung, mit der Ablehnung einer "Verwirkung" des Strafanspruchs seien auch die Gründe für die Annahme eines Beweisverbots entfallen 76 .

Fehlt es für die belastende Ermittlungsmaßnahme an einer tragfähigen Rechtsgrundlage, so ergibt sich hieraus ein Beweiserhebungsverbot. Dieses rechtsstaatliche Verbot der Beweiserhebung ist es, was den Lockspitzel-Einsatz unzulässig macht; weitergehende Prinzipien und Abwägungen müssen hierzu nicht herangezogen werden. Die Folgen einer ohne Rechtsgrundlage, unter Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot durchgeführten Ermittlungsmaßnahme bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln. Zwar hat die fehlerhafte Beweiserhebung nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot zur Folge 77 ; bei einem schwerwiegenden Eingriff in den durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, wie ihn der Lockspitzel-Einsatz gegen Unverdächtige fraglos darstellt, ergibt sich jedoch, nicht anders als in Fällen heimlicher Tonbandaufnahmen, des Einsatzes von Beobachtungs- und Abhörgeräten in der Wohnung durch die Polizei oder des Zugriffs auf intime Aufzeichnungen, ein Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus dem Grundgesetz 78 . Dies gilt schon für den unzulässigen Einsatz solcher Ermittlungsmethoden gegen Verdächtige; um so mehr gilt es bei Einsätzen gegen Unverdächtige. Auch hier kommt es auf die "Abwägung" zwischen Unschuldsvermutung und Rechtsgutsgefährdung überhaupt nicht an: Würde etwa die Polizei ohne konkreten Verdacht in den Wohnungen irgendwelcher "suspekter" Bürger Abhörgeräte oder Videokameras anbringen, so wären auf diese Weise heimlich gewonnene Erkenntnisse über eventuelle Straftaten der Betroffenen sicher unverwertbar, und zwar unabhängig vom Gewicht des verletzten Rechtsguts. Nichts anderes gilt für den unzulässigen Eingriff durch Tatprovokation Unverdächtiger.

Die bisherige Behandlung des Problembereichs zeigt, daß die Rechtsprechung sich vorschnell auf eine Diskussionsebene begeben hat, welche vorwiegend von präventivem, polizeilichen Gedankengut geprägt ist 79 . Nicht bei der Abwägung von kriminaltaktischen Notwendigkeiten und generalpräventiven Postulaten ist jedoch bei der Beurteilung anzusetzen, sondern am Rechtsstaatsgrundsatz und am Legalitätsprinzip 80 . Die Rechtsprechung darf nicht die Schaffung von "Sonderrechtsgebieten" zulassen und muß einem kaum noch kontrollierbaren Vordringen präventiv-polizeilicher Tätigkeit in den Bereich der Strafverfolgung mit Nachdruck entgegentreten. Diese Forderung ist nicht, wie bisweilen unterstellt wird, Ausdruck prinzipiellen Mißtrauens gegen die Rechtsstaatlichkeit der Polizeitätigkeit, sondern das von Verfassungs wegen gebotene Beharren auf rechtsstaatlichen Grundsätzen und Begrenzungen als Sicherung der Freiheit gerade auch vor allumfassender Fürsorge und Prävention durch den Staat 81 . Würde - unter der Flagge der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung" - das strafprozessuale Ermittlungsverfahren auch nur in manchen Deliktsbereichen ersetzt durch ein "präventives Gesamtkonzept" zur Bekämpfung der Kriminalität schlechthin, so hätten diese Sicherungen versagt.

VI. Fazit

1.

Bei dem Einsatz von polizeilichen Lockspitzeln zur Tatprovokation handelt es sich um staatliche Eingriffe in den durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Persönlichkeitsbereich; sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.

2.

Tatprovokationen durch Lockspitzel sind nicht dem Bereich polizeilicher Prävention, sondern dem Bereich repressiver Strafverfolgung zuzurechnen. Der in der neuen Polizeirechtsdiskussion sowie in neuen Polizeigesetzen verwendete Begriff der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung" ist unklar, verschiebt die Grenzen polizeilicher Prävention unzulässig und ist zur rechtsstaatlichen Problemlösung ungeeignet.

3.

Weder der Lockspitzel-Einsatz bei Vorliegen eines Anfangsverdachts noch die Tatprovokation bislang Unverdächtiger finden im Gesetz eine Grundlage. Auf die Aufgabenzuweisungsnorm des § 163 StPO können sie nicht gestützt werden. Eine eventuelle "Übergangsfrist" zur Schaffung einer Rechtsgrundlage ist abgelaufen.

4.

In jedem Fall unzulässig und auch durch Einfügung einer Ermächtigungsnorm in die StPO nicht zu legitimieren ist die Tatprovokation allgemein "Tatgeneigter" ohne Anfangsverdacht i. S. des § 152 II StPO. Eine solche Maßnahme degradiert den Bürger zum Objekt staatlicher Kriminalpolitik; sie ist verfassungswidrig.

5.

Aus der Unzulässigkeit der polizeilichen Tatprovokation folgt ein umfassendes Beweisverwertungsverbot; dieses ergibt sich unmittelbar aus Art. 2 I, 1 I GG.

---

1 KK-R. Müller § 163 Rn 18; Kleinknecht/Meyer § 163 Rn 34; vgl. auch RiStBV Anl. D, I 1, II 1.

2 BGHSt 32, 345.

3 Vgl. u. a. BGH NStZ 1986, 162; NJW 1986, 75; StV 1987, 435; BGHRStGBB § 46 I V-Mann Nrn. 1, 2, 4, 7.

4 BGHSt 32, 345, 355.

5 Lüderssen in FS Peters, 1974, S. 349, 363; Franzheim NJW 1979, 2014; Berz JuS 1982, 416.

6 Seelmann ZStW 95 (1983), 797,825.

7 Hierzu Kühne NJW 1979, 617 ff.

8 BVerfGE 65, 1, 44.

9 Vgl. z. B. die Hinweise bei Körner BtMG, § 31 Rn 112 ff.; Voller Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 33 ff.

10 Anders aber Steinke MDR 1980, 465.

11 Umfassend zur Eingriffsqualität operativer Methoden Weßlau Vorfeldermittlungen, 1989, S. 160 ff.

12 Vgl. dazu LR-Rieß § 163 Rn 45, 51; Rogall GA 1985, 1, 25 f.; Wolter GA 1988, 129, 139; H.-J. Meyer Rechtsfragen im Zusammenhang mit polizeilichen Beobachtungsmaßnahmen, 1982, passim; Vahle Polizeiliche Aufklärungs- und Observationsmaßnahmen, 1983.

13 So Körner (o. Fn 9); ebenso LR-Rieß § 163 Rn 64.

14 Vgl. auch die Nachw. bei Lüderssen (o. Fn 5), S. 349, 352 Fn 7.

15 Vgl. BGHSt 32, 345; BVerfG NJW 1985, 1767; Rebmann NJW 1985, 1.

16 Vgl. dagegen bereits Karge Der agent provocateur, 1969, S. 58: Der Lockspitzel ist "nicht ein mythisches Sonderproblem, sondern ein nach allgemeinen Regeln des Strafrechts zu behandelndes Phänomen".

17 Vgl. auch Füllkrug ZRP 1984, 193 ff.

18 Vgl. BVerfGE 44, 353 - Suchtberatungsstelle.

19 Vgl. etwa Kniesel ZRP 1989, 329 f.

20 Vgl. z. B. Schoreit KritV 1989, 201; 1988, 157 ff.; CuR 1986, 224; Sydow ZRP 1977, 119; Backes KritV 1986, 315; Denninger CR 1988, 51; Lisken ZRP 1990, 15 einerseits, Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 251; Kniesel ZRP 1989, 329; Tegtmeier KritV 1989, 213 ff.; Behrendes Die Polizei 1988, 220; Braun Die Polizei 1989, 213 andererseits - jew. mwN. Überblick über den Diskussionsstand insb. bei Weßlau (o. Fn 11), S. 15 ff., 42 ff.; Hassemer ZRP 1991, 121; Keller/Griesbaum NStZ 1990, 416; Merten/Merten ZRP 1991, 213.

21 § 1 I PolG NRW v. 24. 2. 1990, GVBl 70; §§ 27, 28 BremPolG v. 21. 3. 1983; vgl. auch Entwurf des Hbg. SOG, Bürgerschaftsdrs. 13/5422, S. 6; zum Ursprung des Begriffs in Erlassen des Reichssicherheitshauptamts s. die Nachw. bei Merten/Merten ZRP 1991, 213, 218 Rn 84.

22 Vgl. auch Merten/Merten ZRP 1991, 213, 219; Hassemer ZRP 1991, 121 f.; Merten NStZ 1987, 11, 12 f.; Geißer GA 1983, 385, 386 f.; Schoreit KritV 1989, 201, 203 - jew. mwN.

23 Zum Einsatzbereich und -umfang vgl. Weßlau (o. Fn 11), S. 86 ff. mit zahlr. Nachw.

24 Tegtmeier KritV 1989, 213, 223; Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 251.

25 Vgl. auch Ringwald ZRP 1988, 178, 180 ff.; Bauer Prävention durch Repression? - aus der Sicht eines Kriminalisten, in: Polizei und Prävention, BKA-Vortragsreihe, 1976, S. 119 ff.; Sack Aus der Sicht eines Kriminologen, ebda., S. 129 ff.

26 Vgl. auch Schäfer GA 1986, 39 ff.; Stümper Kriminalistik 1975, 49 ff.

27 Vgl. Herold Die Polizei 1972, 133; Kriminalistik 1974, 385 ff.; RuP 1974, 24 ff.; Polizeiliche Informationsverarbeitung als Basis der Prävention, in: Prävention und StrafR, 1977, 23 ff.; RuP 1980, 79 ff.

28 Braun (o. Fn 20).

29 Kniesel ZRP 1989, 329.

30 Vgl. zur organisierten Kriminalität neuerdings Ostendorf JZ 1991, 62, 65.

31 Kritisch dazu Lisken ZRP 1990, 15, 17.

32 Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 251, 252.

33 Weßlau (o. Fn 11), S. 335.

34 Hassemer ZRP 1991, 121, 122.

35 Vgl. auch Fischer Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 609 ff., 628 f.; Amelung ZRP 1991, 143, 146 f.

36 Vgl. BVerfGE 27, 1.

37 Vgl. z. B. Behrendes Die Polizei 1988, 220, 226; kritisch zur Behauptung von "Gemengelagen" aber Merten/Merten ZRP 1991, 213, 216.

38 In diese Richtung Mache Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß, 1984, S. 78: Der Lockspitzel-Einsatz sei "eine Maßnahme ... eigener Art"; er sei weder nach Polizeirecht noch nach Strafprozeßrecht zu beurteilen.

39 Vgl. dazu zutr. Weßlau (o. Fn 11), S. 105 ff., 116 ff.

40 NJW 1981, 1761; StV 1981, 163.

41 Krit. auch Schumann JZ 1986, 66, 68 Fn 28. Ähnlich unklar aber BVerfG (Kammer) NStZ 1987, 276.

42 Vgl. BGH GA 1975, 333; JZ 1980, 536 = NJW 1981, 1761; NJW 1981, 1626; StV 1981, 163; 1981, 276; NStZ 1982, 126; 182,156, ; weitere Nachw. bei Bruns NStZ 1982, 49, 54 ff.; Körner BtMG § 31 Rn 118; Voller (o. Fn 9), S. 44 ff.; Schumann JZ 1986, 66 Fn 2.

43 Vgl. o. Fn 12 sowie Tätigkeitsberichte des Bundesbeauftragten für Datenschutz, BT-Dr 10/6816, S. 19 f.; 11/1693, S. 22; BVerwG NJW 1990, 2765; LR-Rieß § 163 Rn 40 ff.; Riegel JZ 1980, 224, 225; Vogel NJW 1979, 1217, 1225.

44 Vgl. BGH Urt. v. 17. 5. 1991 - 1 StR 699/90; sowie die neuen polizeirechtlichen Regelungen in § 28 Gesetz Nr. 1252 zur Neuordnung des Saarl. Polizeirechts, ABl 1989, 1750; § 15 Hess. Gesetz über die Öffentliche Sicherheit und Ordnung v. 26. 6. 1990, GVBl I, 197; §§ 16, 17 PolizeiG NRW v. 24. 2. 1990, GVBl 70; Bay. PAG v. 14. 9. 1990, GVBl 397.

45 Lisken ZRP 1990, 15.

46 Merten/Merten ZRP 1991, 213, 216.

47 A. A. LR-Rieß § 163 Rn 66.

48 Vgl. - jeweils mwN - zust. Kleinknecht/Meyer § 163 Rn 34; LR-Rieß § 163 Rn 68 f.; abl. Körner § 31 Rn 116; Dencker in FS Dünnebier, 1982, S. 447, 461 ff.; Franzheim NJW 1979, 2014; Mache StV 1981, 599; Sieg StV 1981, 636; Voller (o. Fn 9), S. 90; D. Fischer Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels, 1982, S. 108 ff.; Berz JuS 1982, 416; Rogall JZ 1987, 847, 850; Weßlau (o. Fn 11), S. 151 ff.

49 Vgl. auch H.-J. Meyer (o. Fn 12), S. 80.

50 Körner BtMG, § 31 Rn 117; vgl. auch BGHSt 31, 304; 34, 39, 51 zur Zulässigkeit einer Telefonüberwachung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 100a StPO.

51 BGHSt 34, 39, 51.

52 Vgl. die Nachw. bei Körner BtMG, § 31 Rn 111.

53 BVerfGE 65, 1.

54 Vgl. § 484 StVÄG 1989 sowie o. Fn 44.

55 BVerfG NJW 1976, 37.

56 Dies zeigt auch Nr. 3.2. der Richtlinien, wonach verdeckten Ermittlern Eingriff in Rechte Dritter "nur im Rahmen der geltenden Gesetze" gestattet sind: Dritter ist natürlich zuerst der Betroffene.

57 So zur "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung Behrendes Die Polizei 1988, 220, 224.

58 Vgl. LR-Rieß § 163 Rn 3, 8.

59 Vgl. auch Merten/Merten ZRP 1991, 213 ff., 216; Geißer GA 1983, 385, 389.

60 So auch KK-R. Müller § 163 Rn 18; Rebmann NJW 1985, 1 ff.; BVerfG NStZ 1987, 276.

61 BGHRStGBB § 46 I V-Mann 6; vgl. Kleinknecht/Meyer § 152 Rn 3, 4.

62 Unter dieser Bezeichnung firmiert der (unverdächtige) Bürger aus dem Sichtwinkel der "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung"; vgl. Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 2.

63 Vgl. z. B. Körner BtMG, § 31 Rn 112 f.

64 Vgl. BVerfGE 45, 187, 228; BGHSt 14, 358, 364.

65 Vgl. KK-Pfeiffer Einl. Rn 91 mwN.

66 Vgl. etwa den besonders krassen Fall AG Heidenheim NJW 1981, 1628: Schein-Liebesbeziehung durch Lockspitzel, um die Frau zu Drogengeschäften anzustiften.

66a Vgl. auch Lisken ZRP 1990, 15, 20: Die Annahme, Polizei und Justiz könnten die (Rauschgift-) Kriminalität insgesamt senken, ist unbelegt. Andererseits wird eine "verdeckte Steuerfahndung" trotz des immensen Schadens ausgeschlossen; die "Quellensteuer"-Diskussion zeigt, daß schon auf eine normale Erhebung der Einkommensteuer von Staats wegen verzichtet wird.

67 Vgl. den Sachverhalt der Entsch. BGH StV 1982, 53, 54: Dort wurden Rauschgiftabhängige durch Versprechen von Drogen zu Straftaten animiert.

68 Allgemein zur empirischen Ungesichertheit präventiver Wirkungen Hassemer JuS 1987, 257 ff.; Berlitz/Guth/Kaulitzki/Schumann KrimJ 1987, 13.

69 Weitergehend BGHZ 8, 83: Danach ist die Tatprovokation auch zur Überführung Verdächtiger sittenwidrig und verpflichtet zum Schadensersatz (!).

70 BGHSt 32, 345, 348 f.; vgl. auch BGH JZ 1980, 530; GA 1975, 333; StV 1981, 163; 1981, 276; NStZ 1981, 70; 1981, 104.

71 Vgl. BGH NStZ 1981, 104; OLG Stuttgart MDR 1980, 1038; KG NJW 1982, 838.

72 Erstmals mit der Entsch. BGH NJW 1981, 1626; vgl. dazu Voller (o. Fn 9), S. 15 ff., 20 f.

73 BGHSt 32, 345, 354; Foth NJW 1984, 221 f.

74 Vgl. auch Weßlau (o. Fn 11), S. 333 f.

75 Vgl. BGHSt 32, 345, 350 ff.

76 BGHSt 32, 345, 355.

77 BGHSt 31, 304, 380; 33, 83; 34, 39, 52.

78 So i. E. auch Weßlau (o. Fn 11), S. 204 ff., 337 ff. Vgl. auch die Beispiele bei Voller (o. Fn 9), S. 102 f.; Amelung ZRP 1991, 143, 147; Kleinknecht/Meyer Einl. Rn 55 ff.; KK-Pfeiffer Einl. Rn 120 ff.; KK-Pelchen vor § 48 Rn 27 ff., 37 ff. - jew. m. zahlr. Nachw.

79 Zur "Selbstentmachtung der Justiz" auch Steinke Kriminalistik 1976, 395 ff.; vgl. auch Albrecht KritV 1986, 55, 60 ff.

80 Hierzu Weßlau (o. Fn 11), S. 230 ff.

81 Vgl. auch Rogall GA 1985, 1 ff.; NStZ 1986, 385 ff.; Lisken ZRP 1980, 145 ff.; Ostendorf JZ 1991, 62, 68; Hassemer StV 1982, 275, 279 f.

Staatliche Selbstbelastungs-, Fremdbelastungs- und Tatprovokationen*

Von Richter am BGH Dr. Ralf Eschelbach, Heidesheim

Die StPO von 1877 kannte keine heimlichen Ermittlungen. Erst recht war es nach Abschaffung des Vigilantenwesens im 19. Jahrhundert nicht mehr vorstellbar, dass der Staat Beschuldigte oder ihre zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen durch Täuschungsmanöver zu Selbst- oder Fremdbelastungen bewegen, informelle Kronzeugen gegen Beschuldigte in Stellung bringen oder Verdächtige zur Begehung von Straftaten provozieren könnte. Der Rechtsstaat hat nach Kriegsende durch Verfassungsgarantien unter Hervorhebung des Achtungsanspruchs aus der Menschenwürde und durch § 136a StPO Lehren aus dem Unrecht im Dritten Reich gezogen. Diese sind in der Praxis in Vergessenheit geraten. § 136a StPO wird selten angewendet, ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung fast immer verneint. Die Frage, ob aufgrund staatlicher Täuschungsmanöver unbewusst selbstbelastende oder enge Angehörige fremdbelastende, durch vom Staat bestochene Zeugen wiedergegebene Aussagen oder eine staatliche Tatprovokation legitim sein können, bleibt im Streit. Nach überkommenem Verfassungsverständnis sind diese Maßnahmen rechtswidrig und bedürfen einer Kompensation. Die Diskussion um die staatliche Tatprovokation lenkt den Blick – erneut – darauf, dass auch andere Provokationen fragwürdig bleiben. Der Beitrag unternimmt den Versuch eines Vergleichs, wobei zahlreiche Anregungen den Beiträgen von Hans-Ullrich Paeffgen zum Straf- und Strafverfahrensrecht ebenso wie zur EMRK entnommen sind und in aller Freundschaft retourniert werden.

Die deutsche Rechtsprechung stand zu Fragen der Selbstbelastungsprovokation und der Tatprovokation mehrfach am Scheideweg. Sie hat wiederholt versucht, dieses Dilemma zugunsten der Ermittlungspraxis zu umgehen. Mehrfach wurde sie durch den *EGMR* korrigiert. Das Recht auf ein faires Verfahren wird dabei als Prüfungsmaßstab verwendet; dessen Unschärfe trägt jedoch zur Verwirrung bei. Die Frage, ob in Fällen staatlicher Provokationshandlungen zugleich materielle Grund- und Menschenrechte eine Rolle spielen, wird meist nicht gestellt. Sie müssen aber beachtet werden und haben Einfluss auf die Rechtsanwendungsergebnisse.

---

* Der Beitrag entstammt einem »Vortrag, der nie gehalten wurde«. Er sollte am 24.7.2015 – im Rahmen der Feier zur Übergabe der Festschrift für *Hans-Ullrich Paeffgen* zum 70. Geburtstag in Bonn – als Festrede dargeboten werden. Dies wurde durch unfallbedingte Autobahnsperrung verhindert. Umso mehr ist die nun nicht mehr zu verhindernde Aufsatzversion *Hans-Ullrich Paeffgen* in herzlicher Verbundenheit gewidmet. – Dabei nehmen auch die anderen Herausgeber von Goltdammer's Archiv für Strafrecht gern die Gelegenheit wahr, dem *Jubilar* auf diese Weise eine Ergänzung des Geburtstagsheftes GA 7/2015 zu bieten.

A. Selbstbelastungsprovokationen

I. Zurechnung der informellen Ausforschung zum staatlichen Verfahren

Das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, gehört »zu den heiligsten Rechten« des Beschuldigten.[1] Deshalb ist es überraschend, dass es nicht wie ein absolutes Recht behandelt wird. Praxisüblich ist der Einsatz von Verdeckten Ermittlern oder V-Leuten, um einem Beschuldigten unter Verwendung einer »Legende« selbstbelastende Äußerungen zu entlocken. Dabei kommt es zur Herstellung einer Vertrauensbeziehung und zur subtilen Ausübung psychischen Äußerungsdrucks (meist) unterhalb der Schwelle zu nötigendem Zwang sowie zu einem konfirmatorischen Hypothesentesten anhand eines bestehenden Vorurteils, das einer strukturellen Verleitung zur Falschaussage nahe kommt.[2] Solche Handlungen sind dem Staat zuzurechnen, wenn sie zur Strafverfolgung oder zur Gefahrenabwehr mit direkt anschließendem Informationstransfer in das Strafverfahren erfolgen. Der Hinweis des *BGH* im Fall *Sedlmayr*[3], dass V-Leute[4] nur Zeugen seien und wie diese behandelt werden müssten, war nicht ausreichend.[5] Die Zurechnung der Maßnahmen eines V-Manns zum staatlichen Handeln macht aus dem scheinbaren Privatgespräch ein hoheitliches Handeln mit Eingriffscharakter.[6] Die spätere Reproduktion der Informationen durch Zeugnis vom Hörensagen steht auf einem anderen Blatt. Das *BVerfG* hat den Eingriffsakt im Vorverfahren und die Frage der Verwertbarkeit der Informationen bei der Urteilsfindung separiert, dabei allerdings die Verwertbarkeitsfrage unnötig[7] marginalisiert.[8] Selbstverständlich ist Eingriffshandeln der V-Leute im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit dem Staat zuzurechnen, sodass eine rechtswidrige Informationsgewinnung des Staates vorliegt, wenn die Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten verletzt wird. Aus der Perspektive des Betroffenen ist es unerheblich, ob er für Zwecke der Strafverfolgung durch einen Beamten oder einen V-Mann ausgeforscht wird, wenn nur ein »Agent des Staates« handelt.[9] Er spricht dann nicht nur mit einer »Privatperson«.[10] Eine andere Frage ist diejenige, ob die dem Staat zuzurechnende informelle Ausforschung in eine Grundrechtsposition

---

1 SK/*Paeffgen*, StPO, Bd. X, 4. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn 80.
2 Beispiel bei *Sickor* StV 2015, 516 ff.
3 BGHSt 40, 211, 215 ff.
4 Die nachträglich »offiziell« eingesetzten V-Leute – neben einem stets geheim gehaltenen Zellenspitzel, auf den unten noch einzugehen ist – waren beruflich gescheiterte und mehrfach bestrafte »Kaufleute«, die als Belohnung für das im Wiederaufnahmeverfahren bestrittene Ergebnis ihrer Ausforschung eine Belohnung von 500.000 DM aus dem Nachlass des Mordopfers und 5.000 DM vom Freistaat Bayern erhielten. Ob und wie sie bei ihrem lang andauernden Einsatz vom Staat alimentiert wurden, ist nicht bekannt.
5 LR/*Hauck*, StPO, 26. Aufl. 2014, § 110a Rn 15; *Heghmanns* in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, Die Entformalisierung des Strafrechts, 2011, S. 33, 36; *Weiler* GA 1996, 101, 103.
6 *Dencker* StV 1994, 667, 671; *Mahlstedt*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei. Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, 2011, S. 189.
7 Vorher war eine »große Zustellung« erfolgt, die als Hinweis auf eine Senatsentscheidung gilt. Danach wurde der Berichterstatter lange krank und kehrte nicht zurück. In dieser Phase erfolgte die Nichtannahme durch Kammerbeschluss, der ein neues Gebot der Substantiierung des Zusammenhangs von Eingriffstatbestand im Vorverfahren und Rechtsfolge für das Strafurteil postulierte. Daraus ist der Eindruck entstanden, dass eine Sachentscheidung vermieden werden sollte; *Mahlstedt* (Fn 6), S. 108.
8 BVerfG NStZ 2000, 489, 490 mit Anm. *Rogall* = StV 2000, 233, 234 mit Anm. *Weßlau* StV 2000, 468 ff.
9 EGMR StV 2003, 257, 259 f.
10 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 80 f.; a.A. BGHSt 39, 335, 347.

eingreift, ferner, ob dafür eine Ermächtigung besteht, und schließlich, welche Folge sich ergibt, wenn ein rechtswidriger Eingriff vorliegt. Bei Rechtswidrigkeit der Informationsgewinnung liegt es nahe, dass auch die Informationsverwertung im Urteil legitimationsbedürftig ist. Die aktuelle Beurteilung der Beweisverwertungsverbote, dass diese besonders begründungsbedürftige Ausnahmen von einer generellen Verwertbarkeit der Informationen seien,[11] kehrt die Verhältnisse um. Diese bedenkliche Rechtsprechung wirkt sich aber nicht mehr aus, wenn der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung betroffen ist. Daraus folgt ein absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot.[12]

II. Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung

Der *Große Senat* des *BGH* für Strafsachen hat in seinem Hörfallen-Beschluss einen Grundrechtseingriff verneint, aber aus der angeblich nur beinahe vorliegenden Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit bestimmte Erfordernisse für eine Ausforschung aufgestellt.[13] Das wirkt widersprüchlich[14] und ist im Gefolge der Rechtsprechung des *EGMR* überholt.[15] Weil eine Zuständigkeit fehlt, die wegen Art. 101 I 2 GG nicht durch Richterrecht begründet werden kann, konnte der *Große Senat* einen Richtervorbehalt nicht installieren, der sonst als Feigenblatt[16] zur Legitimierung erheblicher Grundrechtseingriffe herhalten muss. Dieser wird für alle vergleichbaren heimlichen Ermittlungsmethoden als Mittel des präventiven Rechtsschutzes vorausgesetzt. An diesem Defizit bei der informellen Ausforschung zeigt sich, dass eine Lücke im Eingriffsrecht besteht, die nicht durch Richterrecht überwunden werden kann. Wieder eine andere Frage ist die, ob der Gesetzgeber eine Regelung treffen könnte. Das wäre nicht der Fall, wenn es um Unverfügbares geht (Art. 1 I, 20 III, 79 III GG). Die Annahme, dass selbst der Achtungsanspruch aus der Menschenwürdegarantie keine abwägungsfreie Rechtsposition darstelle,[17] geht daran vorbei, dass nach der Sphärentheorie die Existenz eines – gleichwertigen – absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung anerkannt ist.

1. Defizit einer positiven Umschreibung des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung

Worin der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung besteht, ist unklar.[18] Er wird regelmäßig durch Negativabgrenzung geprüft. Eingriffe werden selten bejaht. Der *1. Strafsenat* des *BGH* hat in seiner Selbstgesprächsentscheidung einen Eingriff in den Kernbereich aus Art. 13 I i. V. m. Art. 1 I und 2 I GG abgeleitet.[19] Der

11 BVerfGE 130, 1, 27 ff.; s. auch schon BGHSt 40, 211, 217.
12 BVerfGE 130, 1, 22.
13 BGHSt 42, 139, 154 ff.
14 *Engländer* ZIS 2008, 163, 164; *Kühne* in: Festschrift für Wolter, 2013, S. 1009, 1011 ff.
15 *Sowada* in: Festschrift für Geppert, 2011, S. 689, 701.
16 *Paeffgen* in: Festschrift für Seebode, 2008, S. 245, 247 ff.
17 Krit. LR/*Hauck*, § 100a Rn 137 ff.; *Mahlstedt* (Fn 6), S. 120, jew. m. w. N.; zu Recht krit. auch *Wolter* in: Festschrift für Kühne, 2013, S. 379, 382.
18 Annäherungsversuche bei *C. Roxin* in: Festschrift für Wolter, S. 1057, 1059 ff.
19 BGHSt 50, 206, 210; s. auch schon BGHSt 31, 296, 300; zur Unabhängigkeit von der räumlich geschützten Sphäre aber *C. Roxin* in: Festschrift für Wolter, S. 1057, 1072.

2. *Strafsenat*[20] hat den Versuch unternommen, in einem Fall des Lauschangriffs auf ein Selbstgespräch eine Komponente des Kernbereichs (Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG) positiv zu umschreiben.[21] Es ging um den Lauschangriff im Auto auf die Gedanken desjenigen, der sich mit sich selbst unterhielt. Die Forderung, dass die Gedanken frei sind, ist eine Mindestbedingung des Menschseins.[22] Das Selbstgespräch wurde als Teil des Denkprozesses bewertet und deshalb dem staatlichen Zugriff entzogen.[23] Auf den Sozialbezug des Gedankeninhalts kommt es wegen des absoluten Schutzes der betroffenen Sphäre nicht an.[24] Andere Mindestbedingungen für die Achtung der Menschenwürde können aber nach dem Kriterium der Höchstpersönlichkeit auch in speziellen Kommunikationssphären gefunden werden,[25] wiederum ohne dass es auf einen inhaltlichen Sozialbezug des belauschten Gesprächs ankommt. Dazu gehören das Beichtgespräch, das Verteidigergespräch und die Kommunikation des Beschuldigten mit engsten Angehörigen.[26] Über die kommunikativen Konstellationen hinaus kann ein Kernbereichsaspekt ferner im Recht jedes Beschuldigten auf Verteidigung im Strafverfahren durch Äußerungen über eigene Wahrnehmungen gesehen werden, also in seiner »kommunikativen Autonomie«.[27]

Die Äußerungsfreiheit des Beschuldigten ist – von Art. 14 III g IPBPR[28] abgesehen – nicht positivrechtlich geregelt, auch nicht in den §§ 136 I 2, 136a StPO, weshalb sich nicht die Frage nach der Auslegung jener Prozessrechtsnormen stellt, sondern die Frage, wann der übergeordnete Grundsatz »nemo tenetur se ipsum accusare« verletzt wird. Unstreitig ist dieser von überragender Bedeutung.[29] Das entspricht einer Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung.

Die informelle Ausforschung des Beschuldigten unterscheidet sich von den im Gesetz vorgesehenen heimlichen Ermittlungsmethoden, wie der meist authentisch aufgezeichneten Überwachung der Telekommunikation oder den Lauschangriffen. Hier werden nicht lediglich passiv Informationen abgeschöpft, sondern es wird durch Herstellung einer Vertrauensbeziehung und Lenkung der Gesprächsführung in zurechenbarer Weise[30] auf das Äußerungsverhalten Einfluss genommen. In Fällen eines konfirmatorischen Hypothesentestens hat dies strukturell eine beweisverfälschende Wirkung.[31] Ein Vergleich der informellen Ausfor-

20 BGHSt 57, 71, 74 ff.

21 Dass durch Formulierungskompromisse bei der Fassung der Urteilsbegründung und Versuche der Vermeidung von Divergenzen gegenüber der Tagebuchrechtsprechung einige Unklarheiten entstanden sein mögen, vgl. *C. Roxin* in: Festschrift für Wolter, S. 1057, 1058 f., 1071 f., steht auf einem anderen Blatt.

22 BGHSt 57, 71, 75.

23 Im Ergebnis zustimmend *C. Roxin* in: Festschrift für Wolter, S. 1057, 1074 ff.

24 *Wolter* in: Festschrift für Kühne, S. 379, 381; zur Untauglichkeit des Kriteriums LR/*Hauck*, § 100a Rn 149.

25 LR/*Hauck*, § 100a Rn 135.

26 BVerfGE 109, 279, 322; s. auch BGHSt 31, 296, 300.

27 *Engländer* ZIS 2008, 163, 165 f.

28 Art. 14 III g IPBPR lautet in deutscher Übersetzung: »Jeder wegen einer strafrechtlichen Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: ... er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.« Dabei ist die Übersetzung des Wortes »compelled« mit »gezwungen« streitbar. Zudem zeigt Art. 14 III g IPBPR nur einen völkerrechtlichen Minimalbestand der prozessualen Rechtsposition auf; *Mahlstedt* (Fn 6), S. 63.

29 BGHSt 58, 301, 304.

30 Zur Kritik an der Schutzbereichsbeschränkung auf aktive Provokationshandlungen *Mahlstedt* (Fn 6), S. 99 f.

31 Vgl. *Sickor* StV 2015, 516, 519 f.

schung durch eine »verdrahtete« V-Person mit einem Lauschangriff nach § 100f StPO greift deshalb noch zu kurz, weil die informelle Ausforschung durch die dem Staat zuzurechnende Steuerung der Gesprächsführung über eine reine Informationsabschöpfung hinausgeht.[32] Daraus folgt ein Gefahrenpotenzial für die Wahrheitserforschung. Der Beschuldigte wird auch für Zwecke der Strafverfolgung so instrumentalisiert, dass er sich im Ergebnis[33] selbst belastet.[34] Wollte ein Beschuldigter – sei er mehr oder weniger schuldig oder unschuldig – sich gegen Ausspähung schützen, müsste er stets wachsam sein, oft lügen und andauernd alle kritischen Informationen und Unterlagen verbergen. Liefert das spezielle Eingriffsrecht einen Schutz vor latenter Überwachungsangst, so ist die informelle Ausforschung wegen Unzumutbarkeit der Folgen zu untersagen. Sie greift sonst wie eine Totalüberwachung mit technischen Mitteln[35] in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung ein.[36] Mit der Annahme einer eigenverantwortlichen Ausübung dieses Selbstbestimmungsrechts kann ein Grundrechtseingriff nicht dementiert werden,[37] weil ein täuschungsbedingter Willensmangel vorliegt.[38]

Bei dem Grundsatz »nemo tenetur se ipsum accusare« geht es um das aus der Menschenwürde abgeleitete[39] Selbstbestimmungsrecht eines vom Staat verfolgten Bürgers darüber, ob und unter welchen Umständen er sich – neben sonstigen aktiven Mitwirkungshandlungen[40] – durch Preisgabe seines Wissens verteidigen und zugleich selbst belasten oder lieber schweigen will.[41] Kein Beschuldigter hat eine Pflicht zur Äußerung zur Sache; jeder Beschuldigte darf darüber frei disponieren.[42] Die Bedeutung dieses Selbstbestimmungsrechts wird daran deutlich, dass der Beschuldigte nach der Ursprungsidee des Gesetzes kein Beweismittel gegen sich selbst sein sollte. Erst nach seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung beginnt die Beweisaufnahme (§ 244 I StPO). Auch im Vorverfahren war seine Vernehmung nur als Mittel zur Gewährung rechtlichen Gehörs vorgesehen (vgl. § 136 II StPO).[43] Die Erkenntnisse des Vorverfahrens sollten nicht Grundlage des Urteils werden. Das würde andernfalls eine präzise Dokumentation erfordern, welche in der Praxis nicht besteht.[44] Daher sollte nur die originäre Beweiserhebung in der Hauptverhandlung für die Überzeugung der erkennenden Richter maßgebend sein (§ 261 StPO). Die Praxis hat sich sukzessive angewöhnt, nahezu alle Informationen, die im Vorverfahren erlangt wurden, in der in den Akten niedergelegten Version in die Hauptverhandlung zu transportieren. Zuletzt hat sie sogar die Übung entwickelt, die Glaubhaftigkeit von Aussagen in der Hauptver-

32 *Kühne* in: Festschrift für Wolter, S. 1009, 1015.
33 Die Äußerungen können auch entlastenden Inhalt haben, was aber in Zeiten ubiquitärer Dissonanzreduktionen nicht wahrgenommen wird; vgl. *Sickor* StV 2015, 516, 519.
34 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 102.
35 Zur Unzulässigkeit der Rundumüberwachung BVerfGE 112, 304, 319.
36 SK/*Wolter*, StPO, Bd. II, 4. Aufl. 2010, § 110a Rn 3 a.
37 BGH NStZ 1996, 200, 201 (Vorlagebeschluss); *Mahlstedt* (Fn 6), S. 219.
38 *Wang*, Einsatz Verdeckter Ermittler zum Entlocken eines Geständnisses eines Beschuldigten, 2015, S. 150 ff.
39 BVerfGE 56, 37, 43.
40 SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 81.
41 *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 169.
42 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 62 ff.
43 *Dencker* StV 1994, 667, 675.
44 *Sickor* StV 2015, 516, 520.

handlung an deren Vereinbarkeit mit dem Akteninhalt zu messen. Nach dieser Verdrehung des gesetzlichen Prozesskonzepts musste das *BVerfG* in seinem Urteil zum Verständigungsgesetz darauf hinweisen, dass auch eine Geständnisüberprüfung anhand des Akteninhalts unzureichend ist.[45] Es geht nicht darum, die Richtigkeit der Beweisergebnisse der Hauptverhandlung am Akteninhalt zu messen, sondern die vorläufigen Ergebnisse der einseitigen Ermittlungen im Vorverfahren durch Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung zu kontrollieren und ggf. zu korrigieren. Die Praxis hat diesen Ablauf auf den Kopf gestellt. Auch Angaben des Beschuldigten im Vorverfahren werden nur im Verständnis des Rezipienten in die Hauptverhandlung eingeführt und gegen ihn verwendet; das ist bei in im Einzelnen nicht rekonstruierbaren heimlichen Ermittlungen besonders fragwürdig. Daraus ergibt sich eine »qualifizierte Heimlichkeit«.[46]

2. Kernbereich des Fairnessgebots

Die prinzipielle Möglichkeit der Verteidigung gegen den strafrechtlichen Vorwurf des Staates, die der Beschuldigte in eigener Person führen kann (Art. 6 III c EMRK), besitzt auch besondere Bedeutung. Deshalb werden etwa sogar Verteidigungsunterlagen, die der Beschuldigte nur für sich selbst sammelt, gegen Beschlagnahme geschützt.[47] Das Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten, frei darüber entscheiden zu können, ob er sich durch Schweigen verteidigt oder zu einem Vorwurf äußern will, muss auch als zentrale Frage der Verteidigung zum Unverfügbaren gezählt werden. Es gehört zum Kernbereich eines fairen Verfahrens[48] und wird – methodologisch falsch[49] – in einen Ableitungszusammenhang mit der Unschuldsvermutung gestellt, hat aber »genetisch« einen Bezug zur Menschenwürdegarantie und zum Rechtsstaatsprinzip.[50] Darin wird eingegriffen, wenn Verdeckte Ermittler oder V-Leute den Beschuldigten unter Verwendung einer Legende gezielt dazu veranlassen, Äußerungen zu machen, die – regelhaft unter Dissonanzreduktion (dazu unter B.II.) – anschließend als Selbstbelastung verstanden werden.

Eine über das bloße Verschweigen der amtlichen Tätigkeit hinausgehende Irreführung des Ausgeforschten und vorurteilsbelastete Gesprächssteuerung hin zu dem zentralen Thema des vernehmungsersetzenden Gesprächs kann nur als finale Täuschung angesehen werden.[51] Auf einen Vergleich mit der Ausübung von Zwang[52] kommt es aus der Perspektive der betroffenen Sphäre nicht an.

Das entspricht im Ergebnis den Wertungen des *EGMR* in der Sache *Allan* gegen Vereinigtes Königreich.[53] Dabei war der Hinweis auf eine vorherige Aussageverweigerung des Beschuldigten nicht essenziell für die Annahme eines Verstoßes gegen den Fairness-

45 BVerfGE 133, 168, 209 f.
46 Im Ergebnis anders bewerteter Begriff von *Verrel* in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 1629, 1635.
47 BGHSt 44, 46, 47 ff.
48 *Sowada* in: Festschrift für Geppert, S. 689, 698; *Wang* (Fn 38), S. 158 ff.
49 SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 81.
50 SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 81.
51 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 176 ff.; *Verrel* in: Festschrift für Puppe, S. 1629, 1639; *Wang* (Fn 38), S. 146.
52 BGHSt 55, 138, 146.
53 EGMR StV 2003, 257, 259 mit Anm. *Gaede*; dazu auch *Mahlstedt* (Fn 6), S. 104 ff.; SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 85; *Wang* (Fn 38), S. 178 ff.

grundsatz.[54] Entscheidend war die Tatsache, dass das Handeln des Informanten dem Staat zuzurechnen ist und dieser dem Beschuldigten die selbstbelastende Äußerung »entlockt« hat. Dieses Kriterium hat auch der *BGH* unter Korrektur seines bisherigen Kurses übernommen,[55] ohne freilich den Ansatz des Hörfallen-Beschlusses des *Großen Senats* ausdrücklich aufzugeben. Anschließend hat die *Große Kammer* des *EGMR* in ihrem Urteil vom 21.1.2009 in der Sache *Bykov* gegen Russland[56] einen Schritt zurück gemacht,[57] und danach hat auch der *BGH* seinen Schlingerkurs fortgesetzt.[58]

Bykov wurde in Russland wegen versuchter Anstiftung zum Mord an S verurteilt. Sein angeblich mit dem Mord beauftragter Mitarbeiter V hatte ihn bei der Polizei angezeigt und dort eine ihm angeblich von *Bykov* zur Verfügung gestellte Waffe vorgezeigt. Daraufhin war V von der Polizei instruiert und mit einem Funksender ausgestattet worden. Die Polizei inszenierte Medienberichte, wonach S und eine weitere Person ermordet worden seien. V verwickelte *Bykov* in ein überwachtes Gespräch, bei dem er angab, er habe das Attentat ausgeführt. Zum Beweis händigte er *Bykov* Gegenstände des S aus, die später bei *Bykov* gefunden und gegen ihn verwendet wurden. Aussagekräftige Angaben des *Bykov* zu seiner Anstiftungshandlung ergaben sich aus dem polizeilich überwachten Gespräch nicht. Der Gesprächsinhalt wurde nur im Rahmen eines Sachverständigengutachtens[59] zur Bewertung der Beziehungen zwischen *Bykov* und V verwertet. Bei einer anschließenden Vernehmung bestritt *Bykov* den Mordauftrag. V verließ das Land und widerrief beim russischen Konsulat in Zypern seine Aussage gegen *Bykov*. Er erklärte, er sei von S unter Druck gesetzt worden. Gleichwohl wurde *Bykov* verurteilt. Seine Menschenrechtsbeschwerde führte zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 8 EMRK, aber nicht gegen Art. 6 EMRK.

Es liegt nicht fern anzunehmen, dass deutsche Gerichte im Hinblick auf die Täuschungsaktion der Polizei zur Annahme eines Verwertungsverbots für die Anknüpfungstatsachen des Gutachtens gelangt wären. Bei einer neutralen Beweiswürdigung wäre zudem die Tatsache, dass trotz der Täuschungsmaßnahmen kein Geständnis zu gewinnen war und der Kronzeuge V später seine belastenden Aussagen substantiiert widerrufen hat, als Entlastungsbeweis zu bewerten. Ob nach den Maßstäben des deutschen Rechts eine rechtsfehlerfreie Verurteilung möglich gewesen wäre, erscheint jedenfalls zweifelhaft.

Bemerkenswert an der Entscheidung der *Großen Kammer* ist die Tatsache, dass sie sich auch mit der Konventionsgarantie aus Art. 8 EMRK beschäftigt und insoweit einen Konventionsverstoß bejaht hat. Die Konzentrierung der deutschen Rechtsprechung allein auf den Fairnessgrundsatz wirkt im Vergleich damit defizitär. Wenn der *EGMR* aber die Verletzung materieller Garantien nicht bei der Gesamtbewertung der Fairness des Verfahrens[60] dahin gewertet hat, dass u. a. auch hieraus in der Gesamtschau ein Verstoß gegen Art. 6 I EMRK zu folgern sei, so ist dies zu bedauern.

---

54 *Gaede* StV 2003, 260; *Wang* (Fn 38), S. 186 ff.; krit. *Esser* JR 2004, 98, 106.

55 BGHSt 52, 11, 15; *Mahlstedt* (Fn 6), S. 109; *Sowada* in: Festschrift für Geppert, S. 689, 706; *Wang* (Fn 38), S. 217 ff.

56 EGMR JR 2009, 514 ff. mit Anm. *Gaede*; dazu auch *Jung* GA 2013, 90, 94 f.; SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 86a f.

57 Zum weiteren Schlingerkurs des EGMR beim nemo-tenetur-Grundsatz SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn 84 a.

58 LR/*Hauck*, § 110a Rn 77; *Verrel* in: Festschrift für Puppe, S. 1629, 1631 ff.

59 Welchen Wert dies als Belastungsbeweis besitzen soll, wenn das überwachte Gespräch keine unmittelbar selbstbelastenden Äußerungen des Beschuldigten hervorgebracht hatte, erschließt sich nicht.

60 Zur Rechtsprechung, dass aus der Verletzung des Rechts auf Privatheit nicht automatisch eine Verletzung des Fairnessgrundsatzes folgt, *Esser* JR 2004, 98, 104.

III. Umgehung der Umgehung einer Beschuldigtenvernehmung

Wenn der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung betroffen ist, muss über Art. 1 I GG zumindest eine Rechtsfolge entsprechend § 136a III StPO[61] gefordert werden.[62] Informelle Ausforschungen wurden bisher meist nicht so behandelt, weil sie angeblich keine Vernehmungsqualität haben.[63] Das ist richtig und falsch zugleich, denn die Form ist anders, aber der Zweck derselbe.[64] Inzwischen ist die Figur des verdeckten Verhörs anerkannt.[65] Die weitere Annahme, Vernehmungsregeln könnten nur entsprechend angewendet werden, wenn eine stattgefundene Vernehmung durch anschließende informelle Ausforschungen umgangen wird, greift zu kurz.[66] Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Subsidiarität der heimlichen Ermittlungsmethoden (vgl. §§ 100a I Nr. 3, 100c I Nr. 4, 100f I, 110a I 3 StPO). Werden heimliche Methoden angewendet, bevor offen gegen einen Beschuldigten vorgegangen wird, liegt oft eine Umgehung dieses Subsidiaritätsgrundsatzes vor. Letztlich handelt es sich bei der informellen Ausforschung vor einer Aussageverweigerung des Beschuldigten in einer Vernehmung um eine Umgehung der Umgehung der Beschuldigtenvernehmung.

IV. Absolute und relative Beweisverbote

Die informelle Ausforschung führt als Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zu einem absoluten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot,[67] wie es in § 136a III StPO geregelt ist. § 136a StPO ist nur eine Ausprägung der Menschenwürdegarantie. Seine Bestimmungen sind nicht abschließend, und sie enthalten keine Definition des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung, sondern nur einzelne Handlungsverbote. Die Orientierung der Rechtsprechung bei der Prüfung der Rechtsfolgen einer Verletzung von § 136 I 2 StPO oder des Fairnessgrundsatzes daran, ob die Handlung ähnliches Gewicht hat wie in Fällen des § 136a I StPO, geht fehl. Sie übersieht erstens, dass § 136a I, II StPO mehrere Varianten der Rechtsverletzung und auch dabei keine abschließende Regelung enthält, zweitens, dass er eine Ausprägung des Kernbereichsschutzes aus Art. 1 I GG ist, drittens, dass es verschiedene Kategorien von Beweisverboten gibt, von denen § 136a III StPO die Version eines qualifizierten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots regelt.[68]

Absolute Beweisverwertungsverbote sind abwägungsfest, unabhängig von einem Widerspruch der Verteidigung gegen die Beweisverwertung zulasten des Angeklagten, entfalten eine Drittwirkung[69] zugunsten anderer Angeklagter und können Vor-, Folge- und Fernwirkungen haben. Relative Beweisverwertungsverbote[70] sind nach der Rechtsprechung von einem Widerspruch der Verteidigung gegen die Beweisverwertung in der

61 *Wang* (Fn 38), S. 85 ff.
62 S. schon *Lüderssen* in: Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 349, 363 ff.
63 BGHSt 42, 139, 145 ff.
64 *Sowada* in: Festschrift für Geppert, S. 689, 706 f.
65 BGHSt 55, 138, 142.
66 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 227.
67 SK/*Wolter*, StPO, § 110a Rn 3a, 4.
68 *Wolter* ZIS 2012, 238, 241.
69 BGHSt 57, 71, 78 f.
70 Nach *Wolter* ZIS 2012, 238, 242 »einfache Beweisverwertungsverbote«.

Hauptverhandlung abhängig und haben nicht die Vorwirkung eines Beweiserhebungsverbots, sie sind aber auch noch einer Abwägung mit dem Aufklärungsinteresse des Staates ausgesetzt und entfalten weder eine Drittwirkung zugunsten anderer Angeklagter noch haben sie Fernwirkungen. Besteht eine mindere Rechtsfolgenbedeutung, können an den Eingriffstatbestand geringere Anforderungen gestellt werden. Die Rechtsprechung nivelliert alles dadurch, dass eine Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung fast immer verneint und alle verbleibenden Beweisverbotsfragen mit der Abwägungsdoktrin in einen Topf geworfen werden. Die Selbstgesprächsentscheidungen des *BGH* waren der einzige Anwendungsfall eines Eingriffs in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung. Die Selbstbelastungsfreiheit wird vor diesem Hintergrund einerseits als Kernbestandteil der prozessualen Rechtspositionen des Beschuldigten gefeiert, andererseits bei der Rechtsfolgenbewertung nur im Bereich der relativen Beweisverwertungsverbote angesiedelt; das wird ihrem Bedeutungsgehalt nicht gerecht.

V. Unterbewertung des Täuschungsverbots

Die informelle Ausforschung von Zielpersonen durch Verdeckte Ermittler oder V-Leute greift mit dem Mittel der konkludenten Täuschung[71] in den Kernbereich des Selbstbestimmungsrechts des Beschuldigten ein.[72] Es geht nicht nur um das Verschweigen einer Tatsache, die mangels Offenbarungspflicht keine Täuschung sein soll. Die informelle Ausforschung ist vielmehr ein komplexes Handlungsgebilde. Sie wirkt infamer als eine punktuelle Täuschung im Rahmen einer Vernehmung[73] und kann beweisverfälschende Wirkung entfalten.[74] Es wird systematisch eine Vertrauensbeziehung mithilfe einer »Legende« aufgebaut und zur Herbeiführung einer unbewussten Selbstbelastung unter anhaltender Dissonanzreduktion ausgenutzt.

Das Recht des Beschuldigten, dem Staat ein Geständnis vorzuenthalten, umfasst das Recht zu entscheiden, unter welchen Bedingungen es preisgegeben werden soll.[75] Die Zurechnung der informellen Ausführung des Beschuldigten durch V-Leute zum staatlichen Strafverfahren führt dazu, dass eine verbotene Täuschung und nicht nur erlaubte List vorliegt,[76] mit welcher die Entscheidungsautonomie des Beschuldigten unterlaufen wird.[77]

Bei der informellen Ausforschung fehlt auch eine rechtsstaatliche Kontrolle. Die Einzelhandlungen und ihr Gesamtbild werden wegen der Komplexität und Heimlichkeit des Vorgehens nicht ebenso dokumentiert wie eine Vernehmung. Die Maßnahmen sind danach im Detail nicht rekonstruierbar und Dissonanzreduktionen bleiben bei der Bewertung unbeachtet, weshalb die Praxis der Äußerungsprovokationen tatsächlich eine Gefährdung der Wahrheitserforschung darstellt.

Ihre Ergebnisse müssen aus aussagepsychologischer Perspektive zweifelhaft erscheinen, wenn nach der Zielrichtung der Operation damit zu rechnen ist, dass entlastende

---

71 *Dencker* StV 1994, 667, 672; *Kühl* StV 1986, 187, 188 ff.; *Wang* (Fn 38), S. 110; *Weiler* GA 1996, 101, 114; s. auch *Lüderssen* in: Festschrift für Karl Peters, S. 349, 362.

72 *Ellbogen*, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 94 f.

73 *C. Roxin* StV 2012, 131, 132.

74 *Sickor* StV 2015, 515, 519 f.

75 *Puppe* GA 1978, 289, 305.

76 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 192; *Wang* (Fn 38), S. 111 ff.

77 *C. Roxin* StV 2012, 131, 132.

Informationen in der Wahrnehmung des »Agenten des Staates« untergehen und nur selektiv gesammelte belastende Informationen aufgenommen und später durch Zeugnis vom Hörensagen reproduziert werden.[78] Auch dies ist eine Lehre aus der Entscheidung *Bykov* gegen Russland. Dort war mit großem Aufwand ein falsches Szenario geschaffen worden, um dem V-Mann für seine überwachte Ausforschung des Beschuldigten einen plausiblen Hintergrund zu schaffen, der tatsächlich aus einem vorgetäuschten Mordfall bestand. Gleichwohl war es in dem überwachten Gespräch nicht zu unmittelbar selbstbelastenden Äußerungen gekommen. Vielmehr wurden die Gesprächssituation und der Äußerungsinhalt nur als Anknüpfungstatsachen für eine fragwürdige Begutachtung genutzt. Auch dieses Resultat ist mit einer Dissonanzreduktion zu erklären. Das Phänomen ist aus deutschen Strafverfahren in Form von Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekten bekannt.[79]

Die Tatsache der Beweismanipulation bei informellen Ausforschungen durch die Art der Gesprächslenkung und die selektive Wahrnehmung von Informationen ohne Dokumentation der vernehmungsähnlichen Gespräche kann ein Faktor bei der normativen Gleichsetzung[80] von täuschungsbedingtem Irrtum und Aussagezwang sein. Sind falsche Geständnisse schon als Produkt einer Vernehmung durch einseitige Versuche der Rekonstruktion von Wahrheit möglich,[81] so gilt dies erst recht für die informelle Ausforschung.

Eine Selbstbelastungsprovokation wird beim Einsatz Verdeckter Ermittler nicht durch § 110c StPO legitimiert, der einem Ermittler schließlich, von der Zulassung des Betretens einer Wohnung unter Verwendung der Legende abgesehen, keine Sonderrechte einräumt.[82] Eine gesetzliche Ausnahme vom Täuschungsverbot liegt darin folglich nicht.[83] Für den Einsatz polizeilicher Vertrauensleute fehlt ohnehin jede gesetzliche Regelung. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes[84] wird in der Praxis ignoriert.[85] Der Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel reicht nicht aus,[86] weil diese im Vergleich mit den Voraussetzungen anderer heimlicher Ermittlungsmethoden keine adäquaten Voraussetzungen formuliert.[87] Täuschungen über den Zweck der Ausforschung sind gebräuchlich und gelten als erlaubt, weil sie angeblich notwendig sind. Ein empirisch-wissenschaftlicher Beweis dafür ist jedoch nie geführt worden. Er müsste eine Fehlerquellen-[88] und Fehlurteilsforschung einschließen, die bisher nicht betrieben wird.[89]

B. Fremdbelastungsprovokationen

Fremdbelastungen stehen den Selbstbelastungen bei einer informellen Ausforschung nicht gleich.[90] Hier bedarf es ergänzender Überlegungen, um einen Rechtseingriff auch

78 Zur Glaubhaftigkeitsproblematik *Eisenberg* GA 2014, 404, 418 ff.
79 *Schünemann* StV 2000, 159 ff.
80 *Sowada* in: Festschrift für Geppert, S. 689, 708.
81 *Sickor*, Das Geständnis, 2014, S. 297 ff.
82 *C. Roxin* NStZ 1995, 465, 468; *Weiler* GA 1996, 101, 106.
83 *Dencker* StV 1994, 667, 683; *Wang* (Fn 38), S. 136 ff.
84 LR/*Erb*, StPO § 163 Rn 65; *Mahlstedt* (Fn 6), S. 231 ff.
85 BGHSt 40, 211, 218: »Die Zulässigkeit des Beweises ergibt sich aus der Berechtigung des Einsatzes von V-Leuten ...;« a.A. BGH NStZ 1996, 200, 201 (Vorlagebeschluss).
86 Zweifelnd BGHSt 55, 138, 143.
87 *Mahlstedt* (Fn 6), S. 179.
88 *Velten* GA 2015, 387, 397 ff.
89 *Jehle* FPPK 2013, 220 ff.
90 *Paeffgen* in: Wolter/Schenke (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 215, 237.

zum Nachteil des Beschuldigten anzunehmen. Im Ergebnis sind erneut unwägbare Gefahren für die Wahrheitserforschung zu verzeichnen, die das Vorgehen delegitimieren.

I. Informelle Ausforschung zeugnisverweigerungsberechtigter Angehöriger

Angehörige eines Beschuldigten sind ebenfalls im Kernbereich ihrer Persönlichkeitsentfaltung betroffen, wenn sie mit Mitteln der Täuschung veranlasst werden, im Strafverfahren belastend wirkende Angaben in Bezug auf ihren Angehörigen zu machen. Die Selbstbelastung und die Fremdbelastung naher Angehöriger wiegen meist psychologisch und rechtlich gleich. Durch informelle Ausforschung naher Angehöriger wird deren Entschließungsfreiheit aus §§ 52, 252 StPO umgangen,[91] und zwar wiederum nicht nur dann, wenn das Aussageverweigerungsrecht zuvor bereits ausgeübt, sondern auch dann, wenn unter Verletzung des Grundsatzes der Subsidiarität heimlicher Ermittlungsmaßnahmen auf einen Versuch der Vernehmung verzichtet wurde.

Eingegriffen wird in eine Kernbereichssphäre. Dies wird deutlich, wenn auch die Kommunikationsbeziehung zwischen Beschuldigten und ihren engen Angehörigen einem Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zugeordnet wird, wie es in der Entscheidung des *BVerfG* zum Großen Lauschangriff angenommen wurde. Aus dem Kernbereich ausgeklammert wird sonst fast immer die Kommunikation über Straftaten, weil dieses Thema einen Sozialbezug aufweise.[92] Jedoch gibt es Kommunikationsbeziehungen, die als solche Kernbereichsrelevanz besitzen. Dies ist etwa für den Fall des Beichtgesprächs mit einem Priester anerkannt. Auch wenn der Beschuldigte diesem seine Schuld beichtet, bleibt dieses Gespräch für den Staat tabu. Das wäre unverständlich, wenn schon das Gesprächsthema einen derartigen Sozialbezug aufweisen würde, dass die Kernbereichssphäre verlassen würde. Ähnliches gilt für den Fall der Kommunikation des Beschuldigten mit seinem Strafverteidiger. Auch hier ist der Gesprächsinhalt die Straftat. Gleichwohl ist die Kommunikationssphäre absolut geschützt. Ist der Kommunikationsinhalt danach allein kein ausreichender Grund zu der allgemeinen Annahme, der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung werde beim Gespräch über die Tat verlassen, so kann auch die Kommunikation des Beschuldigten mit einem nahen Angehörigen der Kernbereichssphäre zugeordnet werden. Ist dies der Fall, darf der Staat nicht in dieses Gespräch eindringen. Greift er dennoch ein, sind die erlangten Informationen unverwertbar (Art. 1 I GG, §§ 136a I, III, 69 III StPO). Umgeht der Staat den Eingriff in ein solches Zwiegespräch dadurch, dass er sich mit dem Mittel der Täuschung an die Position eines scheinbar vertrauenswürdigen Kommunikationspartners setzt, um einen nahen Angehörigen des Beschuldigten zu einer unbewusst den Beschuldigten belastenden Aussage zu provozieren, kann die Rechtsfolge dieselbe sein. Die Risiken für die Wahrheitserforschung durch Dissonanzreduktionen und Dokumentationsmängel sind bei der informellen Ausforschung von Angehörigen ebenso groß wie bei der informellen Ausforschung von Beschuldigten.

---

91 *Weiler* GA 1996, 101, 109. Das wird auch deutlich, wenn der BGH nunmehr zum Schutz der Entschließungsfreiheit des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen in der Situation des § 252 StPO vor einem Rückgriff auf die Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeuge vom Hörensagen eine »qualifizierte Belehrung« des Primärzeugen fordert; BGH StV 2014, 717 ff.

92 BVerfGE 130, 1, 22.

II. Provokation zur Fremdbelastung durch Kronzeugen

Ein weiteres Problemfeld staatlicher Provokationshandlungen betrifft die Gewinnung informeller Kronzeugen in der Rolle als V-Leute oder Mitbeschuldigte, denen für die Belastung anderer Personen ein Strafrabatt in eigener Sache oder eine Geldzahlung gewährt wird. War diese Form der Provokation einer Denunziation früher indiskutabel,[93] hat man sich heute daran gewöhnt. § 46b StGB hat die Belohnung des Denunzianten institutionalisiert und damit einen Fall des § 136a I 3 StPO »legalisiert«,[94] soweit dadurch nicht gegen Art. 1 I, 20 III, 79 III GG verstoßen wird. Zwar hat der Gesetzgeber diese Regelung inzwischen partiell zurückgenommen. Er gestattet die Honorierung einer Fremdbelastung nicht mehr, soweit es um Taten geht, die nicht in einem Zusammenhang mit den eigenen Taten des Kronzeugen stehen. Es stellt sich aber die Frage, ob vom Staat bezahlte Zeugen überhaupt als Belastungsbeweis gegen einen Beschuldigten in Stellung gebracht werden dürfen. Die Honorierung der drittbelastenden Aussage birgt schließlich ein unbeherrschbares Risiko für die Wahrheitserforschung.[95]

So wurde nach der Rechtskraft der Verurteilung[96] des früheren Privatsekretärs W.W. des Mordopfers *Sedlmayr* der Verteidigung bekannt, dass der Zellengenosse M.W., der angeblich ein Geständnis des W.W. in der Haftzelle entgegengenommen hatte, ein Spitzel der Polizei war. Dieser hatte für seine durch Zeugnis vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführte fremdbelastende Aussage in einer eigenen Strafsache wegen Betrugs vor Einführung des § 46b einen Strafrabatt und eine Geldzahlung des Staates in Höhe von 40.000 DM erhalten. Ein auf den Urkundenbeweis dieser Tatsachen gestützter Wiederaufnahmeantrag wurde als unzulässig verworfen. Die Verfassungsbeschwerde hiergegen wurde nicht zur Entscheidung angenommen.[97] Die staatliche Bestechung eines Hauptbelastungszeugen, die im Strafverfahren wegen Mordes geheim gehalten wurde, verstieß aber gegen Art. 1 I, 19 IV, 2 II 2 i. V. m. 20 III GG. Das Zeugnis vom Hörensagen der staatlich bestochenen V-Leute über angebliche Äußerungen informell ausgeforschter Personen ist durch die geheim gehaltene Belohnung des informellen Kronzeu-

---

93 Nach Art. 64 der Constitutio Criminalis Carolina galt: »Item belonte Zeugen sein auch verworffen vnd nit zulessig, sondern peinlich zu bestraffen.« Später schrieb *Bismarck*: »Die Polizeiagenten lügen und übertreiben wegen Mangel an Stoff ganz unverantwortlich. Da kommen schlechte Subjekte unter ihnen, denn gute übernehmen solche Posten nicht, leicht auf den Gedanken: machen andere Leute keine Attentate, so müssen wir nachhelfen. Denn können sie nicht melden, dass etwas geschieht, so werden sie überflüssig und das wollen sie natürlich nicht«, zit. nach *Schwarzburg* CILIP 17 (1984), 35, 44.

94 Zu Recht krit. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn 942.

95 Beispiele für Defizite in Urteilsgründen bei *Eschelbach* StV 2000, 390, 391.

96 Erstverfahren: LG München I, Urt. v. 21.5.1993 – Ks 122 Js 3887/91 –; BGHSt 40, 211 ff.; BVerfG StV 2000, 233 f.; Wiederaufnahmeverfahren: LG Augsburg, Beschl. v. 14.12.1999 – 8 Ks 401 Js 136969/97 –; OLG München, Beschl. v. 10.6.1999 – 3 Ws 295/99 –; BVerfG Beschl. v. 31.1.2000 – 2 BvR 1284/99, bei BGH-*Nack*.

97 »Die frühere V-Mann-Tätigkeit des Zeugen W. und der Erhalt einer Strafmilderung in eigener Sache stellen [...] nicht derart gewichtige Indizien gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen dar, dass ihre Würdigung von Verfassungs wegen einer Hauptverhandlung hätte vorbehalten werden müssen,« BVerfG Beschl. v. 31.1.2000 – 2 BvR 1284/99. Hingewiesen wurde auf die Tatsache, dass die Strafmilderung wegen der Fremdbelastung im Vorverfahren zurzeit der Zeugenaussage des früheren V-Manns M.W. in der Hauptverhandlung gegen W.W. und M.L. bereits erfolgt gewesen sei. Dabei wurde die Geldzahlung übergangen. Ein Aussagewiderruf des M.W. hätte diesbezüglich zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen können. Abgesehen von der Nichtberücksichtigung eines Beweisverbots erscheint die Beurteilung der Unerheblichkeit des Aussagemotivs psychologisch kaum nachvollziehbar. Schließlich war der Zeuge W. nicht zum ersten Mal im V-Mann-Einsatz gewesen. Vgl. zur Verfolgung von Eigenbelangen als Falschaussagemotiv auch *Eisenberg* GA 2014, 404, 419 f.

gen entwertet und muss nach §§ 136a I 3, III, 69 III StPO unverwertbar sein.[98] Da diese Regelung eine Ausprägung von Art. 1 I, 20 III GG ist, hat sie erhöhte verfassungsrechtliche Bedeutung.

Ob die »ertragsabhängige« Honorierung[99] von informellen Kronzeugen mit einem Strafrabatt in eigener Sache oder durch Bezahlung im Rechtsstaat legitim ist, wurde in der Rechtsprechung noch nicht genauer geprüft. Diese Grundsatzfrage bedarf auch deshalb der Klärung, weil sich die Praxis der Urteilsabsprachen daran gewöhnt hat, informelle Kronzeugen dadurch zu gewinnen, dass verständigungsbereiten Angeklagten ein »kleiner Strafrahmen« nach § 257c III 2 StPO auch zugesagt wird, wenn diese Geständnisse mit drittbelastendem Inhalt ablegen. Die Praxis fühlt sich dazu durch § 46b und § 46 II StGB legitimiert. Das erscheint fragwürdig. Vor allem fehlt eine valide Prüfung, welchen Einfluss die Belohnungen für Kronzeugen auf die Richtigkeit ihrer Angaben haben.[100] Die Quote der unerkannt falschen Bezichtigungen dürfte hoch sein.[101] Die intuitive Beweiswürdigung der Tatgerichte und deren Revisionskontrolle sind mit ihren statistischen Ergebnissen angesichts der ubiquitären Dissonanzreduktionen kein geeignetes Validierungsverfahren. Derzeit kann nur die allgemeine Erfahrung zugrunde gelegt werden, dass Zeugen, die Eigeninteressen verfolgen, in einem erhöhten Maß Falschaussagen machen.[102] Zwar dienen Beweisverwertungsverbote nicht in erster Linie der Garantie der Wahrheitserforschung, jedoch ist die Legitimation informeller Zeugenbeeinflussungen mit Hinweis auf die Effektivität der Strafverfolgung infrage gestellt, wenn zweifelhafte Ergebnisse erzielt werden. Eine Bilanz der Fehlurteilsrisiken ist bisher nicht gezogen worden. Angesichts des Versagens der Filterfunktion des Zwischenverfahrens,[103] der Zurückdrängung von Verfahrensrügen als revisionsrechtliches Mittel der Kontrolle bis zur Ineffektivität[104] und der praktischen Annullierung des Wiederaufnahmerechts durch eine wiederaufnahmefeindliche Praxis[105] kann aus der Tatsache, dass auch die meisten Verurteilungen aufgrund von Kronzeugenaussagen rechtskräftig werden, kein Rückschluss auf die Quoten richtiger oder falscher Urteile gezogen werden.

Dies erklärt sich aus der Perspektive der Kognitionspsychologie.[106] Favorisiert der Entscheidungsträger eine von mehreren Alternativhypothesen, entsteht eine kognitive Dissonanz durch Hinweise darauf, dass eine andere Alternative zu bevorzugen wäre. In

98 BGHSt 34, 362, 363 f.

99 *Heghmanns* in: Festschrift für Dencker, 2012, S. 155, 163.

100 Krit. *Paeffgen* StV 1999, 625, 627.

101 *Häusler* in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), ...kein Grund zu feiern, 30 Jahre Strafverteidigertag, 2007, S. 259, 263, 265.

102 NK/*Streng*, StGB, 4. Aufl. 2013, § 46b Rn 7; zu Korruptionsgefahren im vernachrichtendienstlichten Strafprozess *Paeffgen* GA 2003, 647, 661.

103 *Vormbaum* ZIS 2015, 328, 329 ff. mit Hinweis darauf, dass eine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens in weniger als einem Prozent aller Fälle erfolgt. Zu Defiziten auch *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535, 550 f.

104 Nach *Nack* NStZ 1997, 153 ff. liegt die Erfolgsquote von Verfahrensrügen unter einem Prozent.

105 Bei einer Zahl der Verurteilungen von etwa einer dreiviertel Million Fällen pro Jahr fällt die Zahl von rund tausend Wiederaufnahmeverfahren zugunsten Verurteilter, vgl. *Jehle* FPPK 2013, 220, 227, deren Erfolgsquote auch noch minimal ist, statistisch nicht ins Gewicht; sie liegt besonders weit unter einem Prozent.

106 *Raske*, Die Dissonanzreduktion als Fehlerquelle in forensischen Glaubwürdigkeitsbeurteilungen, 2012, S. 16 ff.

Strafverfahren ergeben sich laufend Abwägungserfordernisse. Es besteht eine Tendenz dazu, die Kohärenz zwischen der vorläufigen Meinung des Beurteilers nach Aktenlage sowie divergierenden Informationen herzustellen.[107] Nach dem Eröffnungsbeschluss, der mit seiner Verurteilungsprognose den psychologischen Prototyp eines Vorurteils bildet, besteht ein Anreiz dafür, Konsonanz mit der bereits zuvor favorisierten Verdachtshypothese herzustellen. Dazu werden Situationen und Informationen vermieden, welche die Dissonanz erhöhen könnten. Die Dissonanz führt zur selektiven Suche nach neuen Informationen, welche die favorisierte Entscheidung stützen und diesbezügliche Konsonanz herstellen. Gleichzeitig werden Wahrnehmungen über Informationen vermieden, die mit dem angestrebten Prozessergebnis nicht vereinbar sind. Aus der Erwartungshaltung des Ermittlers[108] oder Entscheidungsträgers folgt eine Fehlerquelle für die Wahrnehmung und Verarbeitung von Informationen. Eine Zurücknahme der antizipierten Entscheidung wird nicht favorisiert. Informationen, welche die Alternative zur Verdachtshypothese stützen könnten, werden verdrängt oder vergessen. Soweit dies nicht möglich ist, werden Informationen, welche die Verdachtshypothese stützen, weiter verstärkt. Die Voreinstellung des Entscheidungsträgers wirkt sich auf Auskunftspersonen aus. Sind diese über den Erwartungshorizont des Entscheidungsträgers informiert, passen sie sich dem an. Dies eröffnet viele Fehlerquellen. Diese werden potenziert, wenn – heimlich – belohnte Zeugen Angaben i. S. der Verdachtshypothese machen und ihre ursprünglichen Wahrnehmungen weder vollständig noch authentisch dokumentiert sind.

Die bei Einführung von § 46b StGB verschärften[109] Straftatbestände gegen falsche Verdächtigungen oder vorsätzlich falsche Aussagen vor Gericht sind kein geeignetes Mittel, der fehlerhaften Einschätzung von Kronzeugenaussagen aufgrund einer Dissonanzreduktion ausreichend entgegenzuwirken.[110] Eine Strafverfolgung wegen solcher Delikte findet kaum statt, so dass die Aufdeckungsgefahr für Kronzeugen bei falschen Aussagen gering ist. Das Klageerzwingungsverfahren ist wegen übertriebener Anforderungen an die formellen Voraussetzungen ebenso ineffektiv, wie es mit umgekehrten Vorzeichen ein Wiederaufnahmeverfahren zugunsten eines Verurteilten ist. Der Gedanke, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Kronzeugen zuzulassen, wenn sich nachträglich ergibt, dass er einen anderen Beschuldigten zu Unrecht belastet hatte,[111] wurde fallen gelassen. Das geschah zu Recht, denn erstens wäre dies mit Art. 103 III GG unvereinbar, zweitens wäre der Behelf ineffektiv. Aus dem Fehlen eines Wiederaufnahmegrundes ergibt sich aber ein Legitimationsdefizit der Kronzeugenregelung.

Die von der Rechtsprechung geforderte vorsichtige Beweiswürdigung[112] der Aussagen derjenigen Zeugen, die im Eigeninteresse drittbelastende Aussagen machen,[113] kompensiert die Dissonanzreduktion nicht. Im Übrigen lässt sich die Unwahrhypothese (Nullhypothese) angesichts des erheblichen Falschaussagemotivs eines Kronzeugen jedenfalls in Konstellationen, in denen keine Zusatz-

107 Zum konfirmatorischen Hypothesentesten *Sickor* StV 2015, 516, 519; *Velten* GA 2015, 387, 398 ff.
108 Erst recht bei Spitzeln, *Häusler* (Fn 101), S. 259, 264.
109 BT-Drucks. 16/6268 S. 15.
110 *König* NJW 2009, 2481, 2483; *Zopfs* ZIS 2011, 669 ff.
111 BR-Drucks. 896/02; s. auch zur Idee einer »Verwirkungsstrafe« BT-Drucks. 16/6268 S. 19.
112 Nach *Fezer* JZ 1985, 496, 497; SK/*Wohlers*, StPO § 96 Rn 45 eine »Beschwichtigungsformel«.
113 Vgl. auch zu Urteilsabsprachen BGHSt 48, 161, 167 ff.; 52, 78, 82 f.; BGH Beschl. v. 6.3.2013 – 5 StR 423/12.

indizien vorliegen, kaum widerlegen. In der Mehrzahl der Fälle wird informellen Kronzeugen in der Praxis gleichwohl geglaubt, auch wenn nur »Aussage gegen Aussage« steht,[114] weil sie zugleich selbst- und drittbelastende Angaben machen. Dies folgt aus einem Vorrang der Glaubhaftigkeitsattribution bei der Verdachtshypothese und aus der verbreiteten Überzeugung davon, dass sich eine Auskunftsperson nicht ohne Not (auch) selbst belastet.[115] Wegen dieser strukturellen Fehleinschätzung fehlt eine Legitimation der Kronzeugenbegünstigung.

C. Tatprovokationen

Die staatlichen Tatprovokationen sind eine qualifizierte Form der Täuschungshandlungen mit dem Ziel der Strafverfolgung. Der gute Zweck kann die böse Handlung nicht legitimieren.[116] Zudem gibt es einen über Art. 6 EMRK erweiterten Täuschungsschutz.[117]

I. Zweck und Bedeutung

Unklar bleibt, warum Tatprovokationen im Dauer-Ausnahmezustand[118] des Kampfes gegen die Organisierte Kriminalität betrieben werden. Zur Aufklärung einer bereits begangenen Tat sind sie ungeeignet, denn eine künftige Tat unter staatlicher Aufsicht kann kaum Erkenntnisse über eine frühere Tat liefern.[119] Die strafrechtliche Verfolgung eines Bürgers ohne ausreichenden Verdacht ist aber rechtsstaatlich inakzeptabel.[120] Zur Herbeiführung und Aburteilung einer künftigen Tat ist das Strafprozessrecht nicht berufen. Auch Prävention kann durch Tatprovokationen schließlich nicht in legitimer Weise betrieben werden, indem die Realisierung einer zunächst vermuteten Gefahr[121] auf Betreiben des Staates stattfindet. Die Aufklärung der Beteiligung dritter Personen an begangenen Taten der gleichen Kategorie, wie sie bei der zu provozierenden Tat angenommen wird, soll als Fernziel im Raum stehen. Dabei wird aber die Zielperson zum »bloßen Objekt« eines Verfahrens, das sich eigentlich gegen andere richtet. Die aus einem Rückschaufehler bei der nachträglichen Beurteilung folgenden Probleme werden

---

114 *Wesemann* in: Müller/Schlothauer/Schütrumpf (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 46 Rn 228.

115 *Sickor*, Das Geständnis, S. 478.

116 SK/*Paeffgen*, StPO, Bd. IV, 5. Aufl. 2015, Anhang zu § 206a Rn 28.

117 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme. Rechtliche Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafverfahren, 2014, S. 185.

118 Zur damit angeblich legitimierten Vernachrichtendienstlichung des Strafverfahrens *Paeffgen* GA 2003, 647, 650 ff.

119 *Heghmanns* in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, S. 33, 38. So war es etwa auch im Fall *Sedlmayr*, in dem die (nachträglich bekannt gemachten) V-Leute (nicht der stets geheim gehaltene Zellenspitzel) trotz monatelanger Bemühungen keine selbstbelastenden Äußerungen der Beschuldigten herbeiführen konnten, obwohl sie zur Vertrauensbildung auch einen Einbruchsdiebstahl in einen Baumarkt anzettelten. Dieser fand weder im weiteren Verfahren eine Erwähnung noch – soweit bekannt – eigene Strafverfolgung, weil er nichts zur Unterstützung der Verdachtshypothese zum Mordfall erbracht hatte. Auch dieses Nichts hätte Indizbedeutung haben können, freilich nicht die gewünschte.

120 *Eisenberg* GA 2014, 404, 409 ff.

121 Zum polizeirechtlichen Gefahrverdacht, der unter Beweismaßreduktion für die Wahrscheinlichkeit der (vermuteten) Gefahr auch grundrechtsrelevante »Gefahrerforschungseingriffe« soll rechtfertigen können, zu Recht krit. *Paeffgen* GA 2014, 638, 643 ff.

vernebelt, weil sich die staatliche Tatprovokation auf der Grenze zwischen repressivem Strafprozessrecht und präventivem Polizeirecht bewegt.[122]

II. Richterrecht

Im Gesetz ist die staatliche Tatprovokation nicht geregelt. Die Praxis beruft sich in einer das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes übergehenden Weise[123] auf Richterrecht. Dessen Entwicklung ist in Kurven verlaufen.[124] Am Anfang stand der Gedanke einer Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs[125] oder eines Verfahrenshindernisses[126] als Rechtsfolge qualifizierter Fälle der staatlichen Tatprovokation. Dann wurde eine Einigung auf die Strafzumessungslösung getroffen.[127] Diese Lösung wurde lange praktiziert, bis der *EGMR* erstmals intervenierte.[128] Daraufhin überprüfte der *BGH* seine Strafzumessungslösung und befand, dass diese im Einklang mit der Rechtsprechung des *EGMR* stehe.[129] Es folgten weitere Entscheidungen des *EGMR*,[130] die verdeutlichten, dass die deutsche Rechtsprechung mit seinem Ansatz doch nicht übereinstimmt.[131] Erst das Urteil des *EGMR* vom 23.10.2014 führte zu einer direkten Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland.[132] Danach ergriff das *BVerfG* das Wort und verteidigte im Einzelfall die Strafzumessungslösung weiter, wozu ausdrücklich ein anderer dogmatischer Ansatz herangezogen wurde.[133] Hiernach besteht beim *BGH* eine Divergenz.[134]

III. Eingriff durch eine dem Staat zuzurechnende Verursachung der Tat

Der *BGH* hat bloße Anstiftungshandlungen bisher nicht beanstandet, soweit nicht zusätzlicher Druck ausgeübt wurde. Die bloße Anstiftung galt als zulässig.[135] Geht

---

122 *Fischer* NStZ 1992, 7, 8.
123 *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379, 381 f.
124 SK/*Paeffgen*, StPO, Anhang zu § 206a Rn 25.
125 BGH NStZ 1981, 70, 71; abl. *Zieschang* in: Festschrift für Paeffgen, 2015, S. 423, 430 ff.
126 BGH NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 126; 1982, 156; 1984, 519, 520.
127 BGHSt 32, 345, 350 ff.; BGH StV 1984, 58, 59.
128 EGMR (Teixeira de Castro gegen Portugal) NStZ 1999, 47 f. mit Anm. *Sommer* = StV 1999, 288 mit Anm. *Kinzig*. Daran versuchte sich »die deutsche Rechtsprechung geflissentlich ... vorbeizuschlängeln«, *Paeffgen* ZStW 118 (2006), 275, 329 f.
129 BGHSt 45, 321, 327 ff.; 47, 44, 47 ff.; krit. *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn 537.1: »Das ist bestenfalls listig.«
130 EGMR (Bannikova gegen Russland) Urt. v. 4.11.2000 – Nr. 18757/00; (Pyrgiotakis gegen Griechenland) Urt. v. 21.2.2008 – Nr. 15100/06 in HRRS; (Ramanauskas gegen Litauen) NJW 2009, 3565, 3566 ff. mit Anm. *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 ff. und *Greco* StraFo 2010, 52 ff.
131 *Tyszkiewicz* (Fn 117), S. 128 ff.
132 EGMR (Furcht gegen Deutschland) StV 2015, 405, 407 ff. mit Anm. *Pauly* = StraFo 2014, 504 ff. mit Anm. *Sommer* = JR 2015, 81 ff. mit Anm. *Petzsche*.
133 BVerfG StV 2015, 413, 415 mit Anm. *Eisenberg* StraFo 2015, 102 und *Jäger* JA 2015, 473 ff. Die Kammerrechtsprechung – s. auch früher BVerfG NJW 1987, 1874, 1875 – ruht hier mit Hinweis darauf, dass die Rechtsfolgenfrage einfach-rechtlicher Natur sei, seit jeher in sich; doch erscheint es fragwürdig, ob Konventionsverstöße und deren Kompensation keine verfassungsrechtliche Relevanz i. S. der Art. 1 I, 2 I, 19 IV, 20 III GG besitzen.
134 BGH Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 und Beschl. v. 9.7.2015 – 1 StR 7/15 einerseits und BGH Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14 andererseits.
135 So noch BGH Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 in einem Fall, in dem keine staatliche Anstiftung zur Tatbegehung vorlag, sondern nur der nach Tatbeginn erfolgte Einsatz eines Scheinaufkäufers; ebenso in einem Anstiftungsfall BGH Beschl. v. 9.7.2015 – 1 StR 7/15; anders etwa *Zieschang* in: Festschrift für Paeffgen, S. 423, 424.

man jedoch davon aus, dass der Bürger das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden, solange der Staat keinen konkreten Eingriffsanlass hat, und darf ohne Anfangsverdacht einer bereits begangenen, konkreten Tat[136] im Strafverfahren nichts geschehen,[137] so ist die Eingriffsschwelle überschritten, wenn ein Bürger durch »Agenten des Staates« zur Begehung einer Straftat angestiftet wird. Folgt man der Rechtsprechung des *EGMR*, so ist anzunehmen, dass staatliche Maßnahmen, die dazu führen, dass eine Tat begangen wird, die nicht begangen worden wäre, wenn die verdeckten Maßnahmen der staatlichen Tatprovokation unterblieben wären, konventionswidrig sind. Eine solche staatliche Anstiftung genügt auch dazu, dass der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung des angestifteten Bürgers betroffen ist. Dies liegt angesichts der Instrumentalisierung der Zielperson bei widersprüchlichem Verhalten des Staates[138] auf der Hand.[139] Es liegt auch bei der staatlichen Verführung einer Zielperson der heimlichen Maßnahmen zur Tatbegehung eine (qualifizierte) Täuschung vor, welche das Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten beeinträchtigt.[140]

IV. Die Rechtsfolgenfrage

Die Bedeutung dieses Eingriffs in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung gebietet eine kategorische Rechtsfolge. Ein umfassendes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot i. S. von § 136a III StPO mit Fernwirkungen[141] würde der Beweisverbotslösung des *EGMR* entsprechen.[142] Ist die staatliche Maßnahme der Tatprovokation von Anfang an unzulässig, so dass das Verfahren endgültig nicht mehr fair geführt werden kann,[143] ist daraus aber auch ein Prozesshandlungshindernis abzuleiten, das aus der Perspektive des *EGMR* eine vergleichbare Lösung darstellt,[144] während die Strafzumessungslösung mit alledem nicht kompatibel ist. Die tatprovozierenden Handlungen sind danach zu unterlassen, und ein Verstoß gegen dieses Gebot zwingt zur Einstellung des Verfahrens. Mindere Kompensationsmittel reichen nicht aus. Das gilt wegen fehlender Bestrafungsbefugnis zunächst nach der Rechtsprechung des *EGMR* für die Strafzumessungslösung,[145] die sonst auch zur Schuldunterschreitung führen würde und damit den

136 In der Praxis werden Personen angegangen, »die in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig sind, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein;« BGHSt 45, 321, 337. Mit dieser Alternativenformel werden die Begriffe des strafprozessualen Tatverdachts und der Tat im prozessualen Sinn aufgegeben.

137 *Lüderssen* in: Lüderssen (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 1, 13.

138 BGH NJW 1981, 1626, 1627; NStZ 1982, 156.

139 Für eine Verletzung der Menschenwürde *Lüderssen* in: Festschrift für Karl Peters, S. 349, 365; *Franzheim* NJW 1979, 2014, 2015; vgl. auch *Fischer* NStZ 1992, 7, 11; weit. Nachw. bei *Eschelbach* StV 2000, 390, 394.

140 *Lüderssen* (Fn 137), S. 1, 17.

141 *Fischer* NStZ 1992, 7, 12.

142 SK/*Wolter*, StPO, § 110c Rn 11.

143 *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 285.

144 *Jäger* JA 2015, 473, 475.

145 *Petzsche* JR 2015, 88, 89; *Tyszkiewicz* (Fn 117), S. 216 ff.; SK/*Wolter*, StPO, § 110c Rn 10. Für deren Erweiterung bis zur Strafreduzierung auf Null aber *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379, 382. Jedoch dürfte dies, von der fehlenden gesetzlichen Grundlage abgesehen, nicht ausreichen, da schon der Schuldspruch wegen einer Tat, die der Staat selbst herbeigeführt hat, eine konventionswidrige Beschwer darstellt und nicht mit den bemakelten Beweisen begründet werden darf; vgl. *Pauly* StV 2015, 411, 412.

angeblichen Zweck des schuldangemessenen Strafens ohnehin verfehlt. Dasselbe gilt für die Vollstreckungslösung mit Anrechnung eines Kompensationsteils als fiktiv vollstreckte Strafe auf das ausgesprochene Strafübel.[146] Hiernach verbleiben nur die prozessualen Kategorien eines umfassenden Beweisverwertungsverbots oder des im Ergebnis gleichstehenden Verfahrenshindernisses oder die materiell-rechtlichen Kategorien einer Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs[147] oder des Eingreifens eines (persönlichen) Strafausschließungsgrunds.[148]

Die Annahme eines umfassenden Prozesshandlungshindernisses erscheint auch aus Gründen einer Disziplinierungs- und Präventionswirkung angezeigt,[149] weil nicht nur ein singulärer Beweiserhebungsakt bemakelt ist, sondern das »ab initio und endgültig« unfaire Verfahren im Ganzen. Die Rechtsfolge geht deshalb über diejenige nach § 136a III StPO hinaus. In der vom *2. Strafsenat* des *BGH*[150] entschiedenen Konstellation, in der Verdeckte Ermittler ein Drogengeschäft durchgeführt haben, wozu die nachhaltig Angestifteten nur Beihilfe geleistet hatten, bliebe bei einer materiell-rechtlichen Lösung die Strafbarkeit der Verdeckten Ermittler unberührt. Eine besondere Neigung von Polizei und Justiz dazu, Verdeckte Ermittler strafrechtlich zu verfolgen, ist jedoch nicht zu befürchten. Ein Strafaufhebungsgrund ist im Gesetz nicht vorgesehen.[151] Deshalb liegt eine prozessuale Kompensationsform näher. Der *2. Strafsenat* des *BGH* hat nun wieder eine Verfahrenshindernislösung gewählt, während der *1. Strafsenat* weiter an der Strafzumessungslösung festhalten will,[152] damit aber an den Forderungen des *EGMR* vorbeigeht. Die Verfahrenshindernislösung hat gegenüber einer Beweisverbotslösung den Vorzug, dass auch ein Beschwerdeführer, der in gleicher Weise von der Provokation betroffen ist wie ein anderer, der keine Verfahrensrüge erhoben hat, von dem Ergebnis profitiert. Selbst ein Nichtrevident wird über § 357 StPO gleich behandelt. Die Gerechtigkeitserwägungen, die dabei zum Ausdruck kommen, lassen ein Verfahrenshindernis passender erscheinen als ein Beweisverbot. Zudem ist auch die Darlegungslast nicht beim Beschwerdeführer zu suchen (§ 344 II 2 StPO),[153] sondern beim Staat, den nach der Rechtsprechung des

146 *I. Roxin* in: Festschrift für Beulke, 2015, S. 987 ff.

147 Dagegen zu Recht SK/*Paeffgen*, StPO, Anhang zu § 206a Rn 29.

148 Für qualifizierte Fälle SK/*Paeffgen*, StPO, Anhang zu § 206a Rn 28; *Wolter* GA 1996, 207, 217, 218 ff. (eigenständiger »verfassungsrechtlicher Strafausschließungsgrund«); *ders.* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 963, 980 f. (Kombination eines Strafausschließungsgrunds mit einem Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot, um schon den Beginn von Ermittlungen und Grundrechtseingriffen zu verbieten).

149 *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 286; *Korn*, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren. V-Leute, Lockspitzel, Telefonüberwachung von Rechtsanwälten, 2005, S. 151 f.; *Tyszkiewicz* (Fn 117), S. 224 f.; diesem Ergebnis hilfsweise zuneigend SK/*Paeffgen*, StPO, Anhang zu § 206a Rn 29.

150 BGH Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14.

151 *Zieschang* in: Festschrift für Paeffgen, S. 423, 429.

152 BGH Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15; Beschl. v. 9.7.2015 – 1 StR 7/15, jeweils nach § 349 II StPO, was die Kenntnis des 2. Strafsenats von den später bekannt gemachten Beschlüssen zum Zeitpunkt seines Urteils faktisch verhindert hat. Jedoch gilt: »War die Interpretation der EGMR-Rechtsprechung durch den BGH bisher nur angreifbar, so ist nun klar, dass sie konventionswidrig ist;« *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379, 382. Spätestens seit 2008 war der BGH »gehalten, seine Rechtsprechung umzustellen;« SK/*Wolter*, StPO, § 110c Rn 9 b. Das lässt zumindest eine Revisionsverwerfung durch Beschluss als offensichtlich unbegründet problematisch erscheinen.

153 Zu den Substanziierungsanforderungen an eine Verfahrensrüge BGH Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15.

EGMR auch eine Beweisführungslast trifft, wenn ein Beschuldigter substanziiert eine konventionswidrige Tatprovokation behauptet.

D. Fazit

Der Rechtsstaat, der Beschuldigte oder ihre Angehörigen bei einer Informationsbeschaffung für das Strafverfahren belügt, der Zeugen besticht oder Straftaten provoziert, ist berechtigter Kritik ausgesetzt. Wer den liberalen Rechtsstaat restaurieren will, muss sich über die Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde Gedanken machen (Art. 1 I, 20 III, 79 III GG), da andere Bereiche derzeit nicht vor der Erosion des Strafverfahrensrechts zu retten sind. Die Behauptungen, dass Beweisverwertungsverbote nach rechtswidrigen Eingriffsakten besondere Ausnahmen und Verfahrenshindernisse nur extreme Ausnahmen seien, sind am Ergebnis orientiert. Werden die Fälle der Herbeiführung einer Sachaussage mit Mitteln der Täuschung oder der durch staatliche Zeugenbeeinflussung provozierten Fremdbelastung oder der staatlichen Tatprovokation als Varianten rechtswidrigen Vorgehens des Staates verglichen, ergeben sich Parallelen bei Kausalität, Zurechnung und Eingriffscharakter dem Grunde nach. Unterschiede finden sich bei der Handlungs- und Erfolgsqualität. Informelle Äußerungsprovokationen gefährden durch Informalität und Intransparenz die Wahrheitserforschung und damit die Effektivität der Strafrechtspflege. Das ist der materielle Grund für einen weiteren Schutz von Beschuldigten. Entgegen aller Abwägungseuphorie, mit der die kriminalpolitisch gewünschten Ergebnisse produziert werden können, wird Unverfügbares angetastet. Für die Rechtsfolgen lassen sich Varianten mit relativen Beweisverwertungsverboten, absoluten Beweiserhebungs- und Verwertungsverboten sowie Verfahrenshindernissen bilden. Dagegen erscheinen Beweiswürdigungs- und Strafzumessungslösungen als ungeeignet zur Kompensation der Verfahrensmängel. Erstere sind gegenüber Dissonanzreduktionen und Geheimhaltungsmaßnahmen ineffektiv, letztere sind so unpassend wie ein Vergleich von »Äpfeln mit Kaulquappen«.[154] In allen Bereichen täuschungsbedingter Reaktionen von Zielpersonen erscheint ein kategorisches Beweisverbot i. S. der §§ 136a III, 69 III StPO als das geringste Gebot; bei der Tatprovokation ist regelmäßig ein wegen Bemakelung des Gesamtverfahrens darüber hinausgehendes Verfahrenshindernis erforderlich. Richterrecht, das kasuistisch dagegen votiert, hat konstruktive Kritik verdient. Daher besitzt die Kritik durch *Hans-Ullrich Paeffgen*[155] besonderen Wert.

154 Bonmot von *Paeffgen* StV 2007, 487 in nur partiell anderem Zusammenhang.

155 Nur pars pro toto: zu ubiquitären Schulterschlusseffekten *Paeffgen* GA 2013, 253 ff.; zu Geheimnissen des Systems der Kontrolle *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535 ff.

Showdown in Karlsruhe

Im Juni sorgte eine Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH für Aufsehen, mit dem ein Urteil des LG Bonn aufgehoben und das Verfahren wegen eines auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhenden Verfahrenshindernisses eingestellt wurde (2 StR 97/14). Nicht einmal einen Monat zuvor hatte der 1. Senat noch im Sinne einer Strafzumessungslösung geurteilt (1 StR 128/15). Klaus Malek über Verfahrenseinstellung contra Strafzumessungslösung — und was die Strafverteidigung zum Sieg der Menschenrechtskonvention beitragen kann.

Eine Anmerkung zu den Entscheidungen 1 StR 128/15 und 2 StR 97/14 zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Zwei Strafsenate des Bundesgerichtshofs haben in zwei unterschiedlichen Entscheidungen zur Frage der Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs bei rechtswidrigem Lockspitzeleinsatz Stellung genommen. Während der 2. Senat - erstmals in der Geschichte dieses Gerichts - aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 23.10.2014 die Schlussfolgerung zieht, bei rechtsstaatwidriger Tatprovokation könne (und *müsse* im betreffenden Fall) ein Verfahrenshindernis angenommen werden, hält der 1. Senat an der bislang geltenden Doktrin der »Strafzumessungslösung« fest. Eine Grundsatzentscheidung des Großen Senats wird auf Dauer nicht zu umgehen sein.

Verfahrenseinstellung contra Strafzumessungslösung – einige Schlaglichter auf die Geschichte des Lockspitzeleinsatzes

Wer den anstehenden Streit in Karlsruhe verstehen will, sollte die Grundzüge der Auseinandersetzung kennen, der zwischen den menschenrechtsorientierten Stimmen aus Literatur und Praxis (darunter vornehmlich linksliberale Rechtslehrer und Strafverteidiger) und den Apologeten der »Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege« (an deren Spitze die Strafverfolger stehen) seit Jahrzehnten läuft.

Zur Einstimmung und Erinnerung: Zwei menschenfreundliche Judikate aus fernem Ort und ferner Zeit

Zur Veranschaulichung, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die bislang jede Möglichkeit der Verfahrenseinstellung wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ausgeschlossen hatte, keineswegs verfassungs- oder gottgegeben war, und gleichzeitig zur ehrenden Erinnerung an mutigere Richter, als es dem heutigen Durchschnitt entspricht, sei an dieser Stelle von der Entscheidung eines süddeutschen Schöffengerichts aus dem Jahr 1980 und von der Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. Januar 1912 (!) berichtet.

Urteil des Amtsgerichts Heidenheim vom 20. November 1980 (NJW 1981, 1628 f.)

Vor 35 Jahren, im späten November 1980, saß eine junge Frau neben ihrem Verteidiger im Verhandlungssaal des Amtsgerichts Heidenheim, angeklagt eines Vergehens der fortgesetzten Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in einem besonders schweren Fall. Sie selbst hatte bisher mit dem An- und Verkauf von Drogen nichts am Hut gehabt und auch nie mit dem Gedanken gespielt, sich im Betäubungsmittelhandel zu betätigen, bis sie sich, scheinbar durch eine freundliche Fügung des Schicksals gelenkt, in Wirklichkeit einem ziemlich fiesen Plan des Heidenheimer Rauschgiftdezernats auf den Leim gegangen, in einen sympathischen jungen Mann verliebte. Der arbeitete, was die Angeklagte nicht ahnte, als V-Mann der Polizei und nahm es mit der Liebe nicht so genau. Dem vermeintlichen Liebhaber war sie auf dessen Drängen als »Mittelsmann« behilflich, bei einem ihr bekannten Drogenlieferanten Betäubungsmittel zu erwerben. Bei Übergabe des Stoffs stellte sich der Scheinliebhaber nun auch noch als Scheinkäufer heraus. Das Amtsgericht Heidenheim stellte fest, die Angeklagte hätte die Straftat ohne dessen Einfluss nie begangen und stellte das Verfahren durch Prozessurteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO ein.

bild: istock.com

In den Gründen des Urteils ist folgendes zu lesen:

»Eine Verurteilung der Angeklagten konnte nicht erfolgen, weil der staatliche Strafanspruch durch grundrechtsverletzende rechtsstaatswidrige Strafverfolgungsmaßnahmen verwirkt worden ist… Ohne seinen Einfluss hätte sie diese Straftat nicht begangen. Unter Missachtung der Pflicht der Polizeiorgane, Straftaten zu verhüten, machte er die Angeklagte *zum bloßen Objekt staatlichen Handelns*. Dies stellt einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde dar… Dieser Verstoß wird … nicht damit gerechtfertigt, dass die Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität ein im Interesse aller Bürger liegendes vordringliches Ziel der Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden ist und dass diese Art Kriminalität besonders schwer aufklärbar ist. Angesichts der Gesamtumstände unter besonderer Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die Angeklagte ohne das grundrechtswidrige Tun des V-Mannes nicht strafbar gemacht hätte, war festzustellen, dass ihr gegenüber *der staatliche Strafanspruch verwirkt* ist. Dies stellt ein *nicht behebbares Verfahrenshindernis* dar«.[1]

Urteil des Reichsgerichts vom 20. Januar 1912

Fast 70 Jahre früher, Strauss´ »Rosenkavalier« hatte im Jahr zuvor seine Uraufführung erlebt und Kaiser Wilhelm war noch nicht ins Exil geschickt worden, hatte sich das nicht so sehr der Menschenwürde und den Bürgerrechten als vielmehr dem Ansehen des Staates verpflichtet fühlende Leipziger Reichsgericht mit der Lockspitzelproblematik befasst. Der Sachverhalt: Im Einverständnis mit ihren Vorgesetzten hatte eine Polizeibeamtin an eine wegen Abtreibung vorbestrafte Frau einen fingierten Brief geschrieben, in dem sie sich selbst als schwanger ausgab und um »Hilfe« bat. Zum Gespräch mit der Zielperson schickte die Polizeibeamtin ihr Dienstmädchen. Die zur vermeintlichen Abtreibung bereite Frau wurde festgenommen und wegen versuchten Verstoßes gegen § 218 StGB verurteilt.

Das Reichsgericht hob das Urteil mit der Begründung auf, der Lockspitzeleinsatz sei »vom allgemeinen sittlichen Standpunkt, den die Behörden der Strafrechtspflege ohne Rücksicht auf Erfolge einzunehmen haben, nicht zu billigen…« Das Urteil fährt fort:

»Unter allen Umständen verbietet sich aber die Anwendung von solchen Scheinaufforderungen im Strafverfahren, denn es ist unaufrichtig und jedenfalls *mit dem Ansehen der Behörden der Strafrechtspflege unvereinbar*, wenn deren Beamte oder Beauftragte sich dazu hergeben, in gefährlicher Weise zum Verbrechen anzulocken, und auch, wenn Sie nur den Schein erwecken, als ob sie Täuschung oder sonstige unlautere Mittel in den Dienst der Strafrechtspflege stellten«.[2]

1 : AG Heidenheim NJW 1981, 1628 f.

2 : RG, Urteil vom 20.1.1912, mitgeteilt von *Kohlrausch* in ZStW Bd. 33, S. 694, 695.

Vor dem Duell

Der Senat reitet wieder. Wird er den Rechtsstaat auch diesmal retten können?

Die 1980er Jahre: Der BGH setzt seine »Maßstäbe« – das Prinzip »Notwendigkeit ersetzt Rechtsgrundlage« oder »Catch-as-catch-can« bei der Strafverfolgung

Der Lockspitzeleinsatz war immer umstritten. Die Diskussion erreicht in den 1980er Jahren ihren Höhepunkt, nicht nur unter Strafjuristen. Der SPIEGEL fragt »Darf der Rechtsstaat Fallen stellen? Dürfen Kriminalpolizei und Justiz sich auf V-Männer und Provokateure aus der kriminellen Szene stützen, um Straftäter zu überführen?« und lässt den Frankfurter Strafverteidiger Sebastian *Cobler* in einem ausführlichen Artikel zu diesen Fragen Stellung nehmen. Der nimmt kein Blatt vor den Mund und spricht von einer »gespenstischen Annäherung von Kripo und Kriminellen« und vom »Catch-as-catch-can bei der Strafverfolgung« (Der SPIEGEL 45/1985).

Ebenfalls 1985 sammelt Klaus *Lüderssen* in seinem Werk »V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat« fast alles zum Thema, was Rang und Namen hat, Gegner und Befürworter, Liberale und Konservative. *Kreuzer*, *Hassemer*, *Hamm*, *Preuß* u.v.a. auf der einen Seite, auf der anderen Seite der »BtM-Papst« *Körner* (wenn auch mit kritischem Unterton), *Schäfer* (»Die Ausgangslage ist klar: Es geht nicht ohne V-Personen«), *Rebmann* u.a. Dazwischen die »Ja, aber«-Fraktion. Der Hamburger Strafverteidiger Gerhard *Strate* spricht 1986 deutlich aus, was er denkt: Der V-Mann-Einsatz sei ständiger Verfassungsbruch, nichts anderes.[3] Grundlegende Fragen werden diskutiert: Handelt es sich bei dem V-Mann-Einsatz um einen Grundrechtseingriff, und wenn ja, wo ist die Rechtsgrundlage? Führt der rechtswidrige Einsatz zu einem Verfahrenshindernis?

Die Strafsenate des Bundesgerichtshofs interessierten weder die Auffassung des Reichsgerichts noch die des Amtsgerichts Heidenheim noch die kritischen Stimmen in der Literatur. Die Frage nach einem Verfahrenshindernis wird in einigen Entscheidungen angerissen, aber rasch erledigt, die Frage nach der Rechtsgrundlage des V-Mann-Einsatzes wird peinlich vermieden (später wird zumindest der Einsatz des verbeamteten Verdeckten Ermittlers gesetzlich geregelt, während der »freischaffende« V-Mann bis heute gesetzesfrei ist). Grundsatzentscheidungen des BGH verkünden in einer Unbekümmertheit, die man selbst einem Rechtsstudenten im ersten Semester nicht verzeihen würde, das Postulat von der Ableitung der Zulässigkeit einer Maßnahme aus deren Notwendigkeit.[4]

Belege gefällig? Aber bitte doch:

BGH, Urteil v. 15.4.1980, NStZ 1981, 18:

> »Es ist einerseits *feststehende*, von der Wissenschaft ganz überwiegend gebilligte Rechtsprechung, dass im Rahmen der Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität, insbesondere auch der Rauschgiftkriminalität, auf den polizeilichen Lockspitzel (agent provocateur) *nicht verzichtet werden kann*… Andererseits steht außer Frage, dass es Grenzen tatprovozierenden Verhaltens des polizeilichen Lockspitzels geben muss…«

BGH, Urteil v. 6.2.1981, StV 1981, 392:

> »Nach der *inzwischen gefestigten Rechtsprechung* des Bundesgerichtshofs ist im Rahmen der Ermittlung und Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten, zu denen auch der Rauschgifthandel gehört, der Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Grundsatz *geboten und rechtmäßig*… Dies gilt aber nicht uneingeschränkt.«

BGH, Urteil v. 23.9.1983, NStZ 1984, 78:

> »Nach *gefestigter Rechtsprechung* des BGH ist der Einsatz von Lockspitzeln zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität *zulässig*. Ebenso ist anerkannt, dass tatprovozierendes Verhalten nur innerhalb der durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen zulässig ist.«

»Kann nicht verzichtet werden«, »im Grundsatz geboten und rechtmäßig«, »zulässig«. In keiner einzigen der einschlägigen Entscheidungen des BGH wird die Frage des Grundrechtseingriffs und der Rechtsgrundlage diskutiert. Zusammen mit der höchstrichterlichen Judikatur zur Sperrung von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern als Zeugen in der Hauptverhandlung ist diese Rechtsprechung die Grundlage für die Entstehung des polizeigesteuerten Strafprozesses, wie er heute jedenfalls in größeren Betäubungsmittelverfahren gang und gäbe ist.

Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs gibt es in der Rechtsprechung des BGH nicht, und zwar unabhängig davon, ob der Lockspitzeleinsatz »rechtmäßig« oder rechtswidrig ist (was immer diese Unterscheidung bei fehlender Rechtsgrundlage bedeuten mag). Hat der V-Mann die bislang unverdächtige Zielperson über lange Zeit hinweg massiv bedrängt oder gar mit dem Tode bedroht (auch das gab es schon!), dann ist dies allenfalls bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.[5] Die »Strafzumessungslösung« ist geboren und wird in der Folge von den Instanzgerichten unhinterfragt praktiziert. Und mancher Verteidiger muss resigniert feststellen: »Unrecht gewinnt oft Rechtscharakter dadurch, daß es häufig vorkommt«. (Bertold Brecht)

Querschüsse aus Straßburg – ohne Trefferwirkung in der deutschen Justiz

Nicht nur das Reichsgericht und das Heidenheimer Schöffengericht ließen die Karlsruher Revisionsrichter unbeeindruckt. Auch die Rechtsprechung des EGMR interessierte in Karlsruhe und Leipzig wenig.

Ein Beispiel für diese Haltung war die Reaktion auf die Entscheidung des EGMR vom 9.6.1998.[6] Der Gerichtshof hatte dort ausgeführt, dass die gerichtliche Verwertung von Erkenntnissen polizeilicher Scheinaufkäufer jedenfalls dann das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Nr. 1 MRK) verletze, wenn dieser vor der provozierten Tat nicht verdächtig war, die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Polizei nicht von einem Gericht kontrolliert worden sei und der Täter sich ohne Tatexzess streng an die Forderungen des Lockspitzels gehalten habe. Diese Entscheidung hatte bei allen Kritikern der Lockspitzelrechtsprechung große Hoffnungen in die zu erwartende neue Rechtsprechung in Deutschland geweckt. Allerdings nur wenige Monate, denn bereits in seiner Entscheidung vom 18.11.1999 (BGH NStZ 2000, 269) hatte der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs dem Straßburger Gerichtshof eine schallende Ohrfeige erteilt und die Strafbarkeit des Angestifteten auch bei einem rechtswidrigen Lockspitzeleinsatz bejaht. In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Angeklagte, der zuvor in keiner Verbindung zum Drogenhandel stand und gegen den auch kein entsprechender Tatverdacht vorlag, die Anfrage des V-Manns zunächst mehrfach abgelehnt, bevor er sich nach wochenlangem, wiederholten Drängen bereit erklärt hatte, über Dritte ein Kilo Kokain zu beschaffen. Er war deswegen zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt worden. Der Bundesgerichtshof hob die Entscheidung im Strafausspruch auf, lehnte jedoch die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses ab. Die auch nach Auffassung des Senats unzulässige und rechtswidrige Tatprovokation sei ausreichend bei der Strafzumessungslösung zu berücksichtigen. Und dabei blieb es für weitere 17 Jahre!

3 : *Strate*, Verdeckte Ermittlungen – auch gedeckt durch die Verfassung? AnwBl 1986, 309

4 : Der Verfasser dieser Zeilen hat sich darüber bereits vor einem knappen Vierteljahrhundert empört, Vgl. *Malek*, Staatlicher »Handlungsbedarf« als Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen?, StV 1992, 342

5 : *Sommer* hat in einem Vortrag auf dem 24. Strafverteidigertag 2001 in Würzburg darauf hingewiesen, dass ihm kein Fall bekannt sei, wo der V-Mann wegen derartiger Straftaten verfolgt worden wäre.

6 : EGMR NStZ 1999, 47

Am 23. Oktober 2014 erging nun erneut ein Urteil des EGMR zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.|[7] Selbst wenn ein nationales Gericht eine Verletzung des Art. 6 EMRK ausdrücklich anerkenne, so der EGMR, genüge dies nicht, um die Opfereigenschaft des Beschwerdeführers im Sinne des Art. 34 EMRK auszuschließen. Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Straftaten könne die Verwendung von Beweismitteln, die aus einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation stammen, nicht rechtfertigen. Ein Strafprozess könne nur fair sein, wenn alle Beweise, die durch eine unzulässige Tatprovokation gewonnen worden sind, aus diesem ausgeschlossen werden oder ein Verfahren angewendet wird, das vergleichbare Ergebnisse nach sich ziehe. Jede staatliche Reaktion, die hierhinter zurückfalle, sei keine hinreichende Kompensation der eingetretenen Verletzung des Art. 6 EMRK. Selbst eine erhebliche Milderung der gegenüber dem Beschwerdeführer verhängten Strafe könne nicht als Verfahren betrachtet werden, das zu vergleichbaren Ergebnissen führe.

Die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 19. Mai 2015 - 1 StR 128/15 -

Eine erste Reaktion der nationalen Rechtsprechung erfolgte durch den 1. Strafsenat des BGH am 19.05.2015. Die Entscheidung wäre noch ein Jahr zuvor nichts Besonderes gewesen, sie erlangte allerdings Brisanz durch die wegen ihrer Eindeutigkeit Aufsehen erregende Entscheidung des EGMR vom 23.10.2014. Ganz auf Linie der bisherigen Ignoranz gegenüber allem, was aus Straßburg gekommen war, verlässt der Beschluss des 1. Strafsenats vom 19.05.2015, am 30.07.2015 veröffentlicht und für die amtliche Sammlung vorgesehen, die seit Jahrzehnten betretenen Pfade nicht. Er bestätigt vielmehr, dass auch ein rechtsstaatwidriger Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 S.1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis begründe. Art. 6 Abs. 1 EMRK fordere auch nach der Auslegung durch den EGMR bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses. Der Gerichtshof halte selbst mehrere Wege für gangbar, um die Verfahrensfairness bei einer polizeilichen Tatprovokation zu gewährleisten. Im Übrigen müsse das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen. Ob diese Interpretation des 1. Strafsenats allerdings der Entscheidung des EGMR vom 23.10.2014 gerecht wird, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Dort heißt es recht eindeutig:

> »Under the Court›s well-established case-law, Article 6 § 1 of the Convention does not permit the use of evidence obtained as a result of police incitement… In view of this case-law, it must be concluded that any measure short of excluding such evidence at trial or leading to similar consequences must also be considered as insufficient to afford adequate redress for a breach of Article 6 § 1… the Court is not convinced that even a considerable mitigation of the applicant›s sentence can be considered as a procedure with similar consequences as an exclusion of the impugned evidence. It follows that the applicant has not been afforded sufficient redress for the breach of Article 6 § 1.«|[8]

Die Entscheidung des 1. Strafsenats ist schon deswegen als Kampfansage an alle Kritiker der »Strafzumessungslösung« zu sehen, weil der ihr zugrunde liegende Sachverhalt den Senat, jedenfalls nach bislang gängiger Rechtsprechung, nicht gezwungen hätte, eine unzulässige Tatprovokation anzunehmen und damit überhaupt Ausführungen zur Frage des Verfahrenshindernisses zu machen.
Vielleicht haben die Mitglieder des 1. Senats aber geahnt, was kommen würde. Der Vorsitzende des 2. Strafsenatssenats ist ja nicht nur den ZEIT-Lesern bestens bekannt und zusammen mit seinen Senatsmitgliedern immer für eine Überraschung gut. Vielleicht war dessen abweichende Meinung aber auch im Kollegenkreis ruchbar geworden (obwohl, wie *Fischer* selbst berichtet, nicht mehr alle Kollegen in Karlsruhe mit ihm sprechen). Man bringt also seine Truppen in Stellung.|[9]

Die Entscheidung des 2. Strafsenats vom 10. Juni 2015 - 2 StR 97/14 -

Kaum einen Monat später dann die Gegenattacke: Am 10. Juni 2015 gab die Pressestelle des Bundesgerichtshofs eine geradezu sensationelle Entscheidung bekannt, die noch am gleichen Tag die Runde unter den Strafverteidigern machte. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs habe durch Urteil vom gleichen Tag ein Urteil des Landgerichts Bonn aufgehoben, durch das zwei Beschuldigte wegen Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln zu Freiheitsstrafen verurteilt worden seien. Der Senat habe das Verfahren wegen eines auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhenden Verfahrenshindernisses eingestellt. Hintergrund des Verfahrens sei ein vager Tatverdacht gegen zwei Männer gewesen, diese könnten in Geldwäsche- und Betäubungsmittelstraftaten verstrickt sein. Nachdem eine langfristige Observation sowie umfangreiche Überwachungsmaßnahmen diesen Verdacht nicht bestätigt hätten, habe die Polizei mehrere Verdeckte Ermittler eingesetzt, die über mehreren Monate versucht hätten, die Beschuldigten dazu zu bringen, ihnen große Mengen »Ecstacy«-Tabletten aus den Niederlanden zu besorgen. Die Beschuldigten hätten sich geweigert, dies zu tun. Erst als einer der Verdeckten Ermittler drohend aufgetreten sei und ein anderer wahrheitswidrig behauptet habe, wenn er seinen Hinterleuten das Rauschgift nicht besorge, werde seine Familie mit dem Tod bedroht, hätten die Beschuldigten ohne jedes Entgelt bei der Beschaffung und Einfuhr von Extacy aus den Niederlanden geholfen.

Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts habe es in Fällen einer solchen rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch Polizeibeamte zur Kompensation des Eingriffs ausgereicht, wenn die Strafe für den Angeklagten gemildert worden sei. Der 2. Strafsenat habe nun aber vor dem Hintergrund einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 23. Oktober 2014, wonach eine solche »Strafzumessungslösung« nicht ausreiche, um die Menschenrechtsverletzung zu kompensieren, die darin liege, dass ein unschuldiger, unverdächtiger Mensch zum »Werkzeug« der Kriminalpolitik gemacht werde, seine Rechtsprechung geändert. Da der Begriff der so genannten »rechtsstaatwidrigen Tatprovokation«, wie ihn der EGMR definiere, weiter sei als der des Bundesgerichtsgerichtshofs sei – also die Voraussetzungen bereits bei geringeren aktiven Einflussnahmen erfüllt seien –, gelte der Rechtssatz des EGMR, wonach eine bloße Strafmilderung nicht ausreiche, jedenfalls auch in allen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof eine rechtsstaatswidrige Provokation als gegeben ansehe.

Auf der Rechtsfolgenseite sei der 2. Strafsenat daher nicht an die bisherige Rechtsprechung gebunden, weil diese durch die Entscheidung des EGMR überholt und der Bundesgerichtsgerichtshof gehalten sei, die europarechtliche Rechtsprechung des EGMR in nationales Recht umzusetzen, um

7 : Az. 54648/09, Furcht vs. Deutschland, veröffentlicht im Original in hrrs 2014 Nr. 1066; die Mitteilung des Urteilsinhalts lehnt sich an die Leitsätze von hrrs an.

8 : »Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs erlaubt Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht die Verwertung von Beweisen, die aus einer polizeilichen Anstiftung erlangt wurden … Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung muss jede Maßnahme, die hinter einem Beweisverwertungsverbot oder einer gleichwertigen Konsequenz zurückbleibt, als unzureichend angesehen werden, um einen angemessenen Ausgleich für die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu schaffen… Der Gerichtshof ist nicht überzeugt, dass selbst eine beträchtliche Strafmilderung als Vorgang mit ähnlicher Konsequenz wie ein Beweisverwertungsverbot angesehen werden kann … Daraus folgt, dass der Antragsteller keinen ausreichenden Ausgleich für die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK erhalten hat.« Übers.d.Verf.

9 : Kollege *Burhoff* vermutet gar, selbst die »Aufwertung« zur Veröffentlichung in BGHSt sei dadurch motiviert.

weitere Verurteilungen der Bundesrepublik wegen Menschenrechtsverletzungen zu vermeiden. Daher sei auch eine Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen nicht geboten gewesen, denn über die Rechtsfrage, die sich stellte, sei auf der Grundlage der neuen menschenrechtlichen Rechtsprechung vom Bundesgerichtshof noch nicht entschieden worden.

Der 2. Strafsenat habe es offen gelassen, ob die Rechtsfolge einer Verfahrenseinstellung in allen Fällen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation eintreten müsse, wie es die Rechtsprechung des EGMR allerdings nahe lege, oder ob eine »abgestufte« Lösung je nach der konkreten Schwere der Menschenrechtsverletzung möglich sei. Bei der Sachlage im konkreten Fall hat er auf der Basis der Feststellungen des Landgerichts jede andere Kompensation ausgeschlossen. Damit sei in Deutschland, so die Pressemitteilung, »erstmals die rechtswidrige Überredung von Bürgern zu Straftaten durch die Polizei oder von ihr gesteuerter Personen als ein Verfahrenshindernis anerkannt worden.«

Auch wenn die Entscheidung zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Anmerkung noch nicht im Wortlaut vorliegt, sei eines bereits angemerkt: Sie war überfällig, und das seit Jahrzehnten. Spätestens seit der Entscheidung des EGMR vom 9.6.1998 war die reine »Strafzumessungslösung«, die die Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht zuließ, nicht mehr nur verfassungswidrig, sondern auch europarechtswidrig. Dass sich kein einziger Strafsenat des Bundesgerichtshofs davon distanzierte, bleibt auf immer ein Makel in der Geschichte dieses Gerichts.

Einige Bemerkungen zum ungewöhnlichen Urteil des Landgerichts Bonn vom 13. Februar 2013

Es ist für den Praktiker überaus interessant, das der Entscheidung vom 10.6.2015 zugrunde liegende Urteil des Landgerichts Bonn etwas genauer anzusehen. Zwar liegt es vom Ergebnis her auf der resignativen Linie der meisten Großen Strafkammern, die aus Furcht vor einer Urteilsaufhebung in der Revision nolens volens die Strafzumessungslösung praktizieren anstatt wie jetzt der 2. Strafsenat selbst von einem Verfahrenshindernis auszugehen und das Verfahren einzustellen. Eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten ist ja nicht ganz wenig für ein Verfahren, in dem die Strafverfolger massiven rechtswidrigen Druck auf die Angeklagten ausgeübt haben. Andererseits muss man der Entscheidung aber zugutehalten, dass die Urteilsgründe eine Steilvorlage für die Revision darstellten. Als hätten *Fischer* und sein Senat auf *den* Fall gewartet.

Nicht alltäglich sind etwa die folgenden Ausführungen zur »Ermittlungstätigkeit« der Polizei:

> »Die Kammer hat sich entschlossen, die beiden Angeklagten allein auf der Grundlage ihrer Einlassungen zu verurteilen. Nach Abwägung aller Beweisumstände ist es nicht möglich, die Glaubwürdigkeit des Zeugen Nico (der VE, Anm. des Verf.) ohne dessen persönliche Anhörung in der Hauptverhandlung zuverlässig zu beurteilen…«

Für den Verfasser, der es gewohnt ist, auf seine harmlose Frage, ob es dem Verdeckten Ermittler vielleicht möglich sei, irgendetwas über seine Person zu berichten, was das Gericht in die Lage versetzen könnte, seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen, ein schroffes »Nein« als Antwort zu hören, ist eine solche Feststellung in den Urteilsgründen schon erstaunlich.

Noch erstaunlicher klingen allerdings die Feststellungen des Gerichts zur Rüge eines der Angeklagten zum Fehlen von bestimmten Vermerken in der Akte:

> »Diesen frühen Hinweis der Verteidigung haben weder Staatsanwaltschaft noch Gericht im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der polizeilichen Ermittlungen (!) ernst genommen. Da den Strafverfolgungsbehörden ein von der Polizei komplett durchfoliiertes Sonderheft »VE-Berichte« vorlag, erschien diese Behauptung eines einschlägig vorbestraften Kriminellen als absurd. Tatsächlich sollte der Angeklagte B aber Recht behalten. Die Kammer (und die Staatsanwaltschaft?) müssen sich im Nachhinein selbstkritisch fragen lassen, ob sie die Vorgänge mit der nötigen Vorurteilsfreiheit beurteilt haben.«

Das liest man nicht oft! Und es ist noch nicht alles. Die Strafkammer fährt fort:

> »Neben diesen Zweifeln an der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen Nico bestehen bei der Kammer Zweifel hinsichtlich der Stimmigkeit der von dem Zeugen geschilderten Vorgänge…« (wird im Urteil näher ausgeführt). Mit anderen Worten: Wir fürchten, der Verdeckte Ermittler hat uns angelogen.

Und noch etwas ins Stammbuch aller Strafkammern:

> »Aus leidvollen Erfahrungen mit Fehlurteilen tut die Strafjustiz gut daran, immer dann Misstrauen zu entwickeln, wenn die Vorwürfe sich – wie hier – ins Gigantische steigern. Die Kammer kann nicht ausschließen, dass die Ermittlungsbehörden in vorliegender Sache einem kollektiven Verfolgungsimpetus erlegen sind.«

Auch wenn das Landgericht Bonn zu dem Ergebnis kommt, der Einsatz Verdeckter Ermittler sei angesichts der massiven Vorstrafen der Angeklagten »gerade noch verhältnismäßig« gewesen, so kann man doch sagen: Mit diesen Urteilsfeststellungen lässt sich eine Revision führen!

Die Chancen für die Verteidigung aus der Entscheidung vom 10. Juni 2015

Dass die Revision erfolgreich geführt wurde, steht außer Zweifel. Der Kollegin *Marten* und den Kollegen *Wölky, Hakner* und *Siebert* sei gedankt und gratuliert. Aber: Der Jubel über die Entscheidung des 2. Senats vom 10.6.2015 sollte nicht grenzenlos sein. Sie war seit Jahrzehnten fällig. Sie macht weder die Verfassungsbrüche der Vergangenheit gut, noch darf sie vergessen machen, dass sie nur die Spitze des Eisberges betrifft. Zu befürchten ist, dass die Frage der fehlenden Eingriffsermächtigung beim nichtbeamteten V-Mann weiterhin ein Tabu bleibt, vermutlich auch beim 2. Senat. Was aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insgesamt wird, steht noch in den Sternen. Die Entscheidung des 2. Senats, den Großen Senat nicht anzurufen, war vermutlich ein geschickter Schachzug, den der Senatsvorsitzende Thomas *Fischer* in einem Interview vom 14.7.2015 mit der *Legal Tribune Online* (LTO) wie folgt (rein juristisch) so erklärte: »Eine Divergenzlage war offenkundig nicht gegeben, nachdem der EGMR die Rechtsprechung des BGH für obsolet erklärt hatte. Warum sollte dann ein Senat bei den anderen anfragen, ob er von einer Rechtsprechung abweichen dürfe, die rechtskräftig und mit Bindungswirkung für menschenrechtswidrig erklärt wurde?« Das liest sich nun gänzlich anders in 1 StR 128/15 ! *Fischer*s Absicht scheint eindeutig. Die Anrufung des Großen Senats soll, wenn überhaupt, die Sache eines anderen Senats sein.

Die Entscheidung des 2. Strafsenats vom 10. Juni 2015 zeigt aber auch, dass eine Änderung der strikten Strafzumessungslösung nur durch die am gleichen Ziel, nämlich der Einhaltung der Menschenrechte, orientierte Arbeit von Verteidigung, Instanzgericht und Revisionsinstanz möglich ist. Eine Verteidigung, die die entscheidenden Fragen und Beweisanträge zur Aufklärung der Lockspitzeltätigkeit stellt, eine Strafkammer, die sich bei der Beweisaufnahme nicht von Staatsanwaltschaft, Polizei und Innenministerium am Nasenring durch die Beweisaufnahme führen lässt, und dann noch der »richtige« Senat in der Revision (vielleicht bleibt der Zweite ja nicht der Einzige) – das sind wohl die notwendigen »Zutaten«, um eingefahrene Wege zu korrigieren und die Weichen bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation neu zu stellen. Immerhin: Der Anfang ist gemacht.

Dr. Klaus Malek ist Strafverteidiger und Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Straf- und Strafprozessrecht. Er ist Mitglied im Vorstand der Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V..

Zeitschrift	StV - Strafverteidiger
Autoren	Prof. Dr. Matthias Jahn/Yannic Hübner
Rubrik	Aufsätze
Referenz	StV 2020, 207 - 213 (Heft 3)
Verlag	Carl Heymanns Verlag

Jahn, Hübner, StV 2020, 207
Notwendigkeit und Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im deutschen Strafprozess

Prof. Dr. Matthias Jahn und Yannic Hübner, Frankfurt/M.[*]

Agent provocateur, Lockspitzeleinsatz oder Tatprovokation – wie man die Ermittlungstechnik auch nennen mag, sie gehört heute in bestimmten Kriminalitätsbereichen zum Alltag der Strafverfolgung. Ausgewählte Zielpersonen werden von Verdeckten Ermittlern (VE), Vertrauenspersonen (VP) oder nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP) zur Vornahme einer Straftat veranlasst, um sie dieser in der Folge *in flagrante delicto* überführen zu können. Vom politischen Strafrecht aus, wo das Phänomen seinen Ursprung nahm, hat sich der Schwerpunkt der Einsätze heute auf den Bereich der Drogenkriminalität verlagert,[1] aber auch der bizarre Fall eines minderjährigen Alkoholscheinkäufers zur Kontrolle von Jugendschutzvorschriften ist bekannt geworden.[2] Zulässigkeit und gesetzliche Zulassung von Tatprovokationen werden derzeit für die Strafverfolgung im Darknet diskutiert[3] und im Kontext des Cybergrooming hat der Bundesrat kürzlich die gesetzliche Zulassung des verwandten Phänomens der »Keuschheitsprobe« zum Eindringen in abgeschottete Foren gefordert,[4] einem Ansinnen, dem der Bundesgesetzgeber offenbar noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren kurzfristig nachkommen will.[5] Insgesamt steht derzeit eine grundsätzliche gesetzgeberische Debatte auf Bundesebene über eine strafprozessuale Ermächtigung für den Einsatz von Vertrauenspersonen ins Haus.

Die *Verfasser* sind der Auffassung, dass die gegenwärtige Praxis der Tatprovokation im deutschen Strafverfahren den verfassungsrechtlichen Mindesterfordernissen nicht gerecht wird. Ihre Forderung nach einem baldigen Tätigwerden des Gesetzgebers unterstreichen sie mit dem Vorschlag einer eng formulierten Bereichsausnahme der Tatprovokation unter qualifizierten Voraussetzungen für bestimmte Allgemeinrechtsgüter als § 110d StPO.

A. Einleitung

Die rechtlichen Grenzen verdeckter Ermittlungen sind im letzten halben Jahr wieder in das Blickfeld der Rechtspolitik gerückt.

Bereits am 07.11.2019 hat die 90. Justizministerkonferenz auf ihrer Herbsttagung rechtssichere

Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen gefordert und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) aufgefordert, auf den Abschluss des von der StPO-Expertenkommission bereits vier Jahre zuvor erteilten Prüfauftrags zur Einführung einer gesetzlichen Regelung hinzuwirken.[6] Das Ziel des JuMiKo-Vorstoßes ist ersichtlich die Vorlage eines Berliner Regelungsentwurfs zum VP-Einsatz.[7] Dieselbe StPO-Expertenkommission hatte sich 2015 ebenso für eine gesetzliche Regelung der Tatprovokation ausgesprochen. Bei jener Problematik handele es sich um eine »Kernfrage des Rechtsstaats«, die eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers erfordere.[8] Und auch im aktuellen Koalitionsvertrag vom 12.03.2018 fand das Thema in der Folge Niederschlag. Als Teil des angekündigten »Pakt[s] für Rechtsstaat« soll gesetzgeberischer Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation geprüft werden.[9] Nachdem inhaltlich lange Zeit nichts geschehen war, platzierte die Bundestagsfraktion »Die Linke« das Thema mit einer Kleinen Anfrage an die Bundesregierung (BReg)[10] im Dezember 2019 wieder höher auf der politischen Agenda des Bundestags.

Die jüngsten Entwicklungen geben uns Anlass, mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des *agent provocateur*-Einsatzes hinzuweisen und für eine Lösung der mit ihm verbundenen rechtlichen Fragen einzutreten. Nach der gegenwärtigen Rechtslage (**B.**) bedeutete die Schaf-

fung einer gesetzlichen Grundlage nicht nur einen Gewinn in puncto Rechtssicherheit und Transparenz. Sie böte darüber hinaus die Möglichkeit, den seit Jahrzehnten auf den höchsten Ebenen der Rechtsprechung und in der Literatur schwelenden Streit um die strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation unmittelbar demokratisch legitimiert zu klären. Mehr als das ist eine spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung jedoch aus Gründen des Gesetzesvorbehaltes verfassungsrechtlich notwendig (**C.**). Der hier unterbreitete Vorschlag (**D.**) will als – erneute, über die Jahrzehnte immer wieder laut gewordene[11] – Bekräftigung der Notwendigkeit eines Gesetzes zur Frage der Tatprovokation durch VPen verstanden werden. Diese Frage kann nicht mehr nur deshalb weiter an das Ende der Legislaturperiode verschoben werden, weil eine rechtspolitische Einigung schwierig ist. Zugleich soll ein Diskussionsentwurf zum »*Wie*« eines strafprozessualen VP-Gesetzes vorgelegt werden, um den Einigungsprozess auf Basis heutiger wissenschaftlicher Erkenntnisse voranzubringen.

B. Die lex lata: Fehlende parlamentsgesetzliche Grundlage, Spaltprozesse in der Rechtsprechung

I. Strafprozessuales Gesetzgebungsdefizit

Der Ausgangspunkt für den Bundesgesetzgeber ist eine *tabula rasa*. Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den *agent provocateur*-Einsatz existiert derzeit noch nicht. Zwar sieht § 110c StPO eine eng begrenzte Regelung für die Befugnisse Verdeckter Ermittler zum Betreten von Wohnungen unter ihrer Legende vor. Eine Berechtigung zur Provokation von Straftaten ist darin jedoch nicht enthalten und die Umkehrschlussfähigkeit der Vorschrift ist, ungeachtet des Generalverweises in § 110c S. 3 StPO (»Im übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften«), Gegenstand methodisch anspruchsvoller Auslegungskontroversen. Da die Interessenlage beim Einsatz Verdeckter Ermittler, die im Wesentlichen passiv tätig werden, mit dem Vorgehen des *agent provocateur* nicht vergleichbar ist, scheidet auch eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO aus.[12] Ferner enthalten für den präventiven Bereich etwa § 9b

BVerfSchG und § 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG spezielle Bestimmungen für den VP-Einsatz.[13] Sie können jedoch weder zu repressiven Zwecken der Strafverfolgung herangezogen werden[14] noch ermächtigen sie zu tatprovozierenden Handlungen.[15] Gerade umgekehrt verschärft ihre schiere Existenz die Frage danach, warum es keine vergleichbaren strafprozessualen Ermächtigungen gibt.[16] Die Rechtsprechung behilft sich heute noch immer mit einem Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO. Getrieben ist diese Auslegung des ebenso vagen wie porösen Tatbestandsmerkmals »Ermittlungen jeder Art« von der Überzeugung der kriminalistischen Notwendigkeit des Einsatzes, um dem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden zu können.[17] Zur Konkretisierung dieser Mission hat sie eine Reihe von Zulässigkeitskriterien entwickelt, die im Schrifttum vor allem wegen ihrer Unübersichtlichkeit[18] und wegen Konflikten mit den vom *EGMR* entwickelten Maßgaben[19] auf Kritik gestoßen sind.

II. Bipolare Rechtsprechung

Ferner ist die derzeitige Rechtslage entscheidend geprägt von einem inneren Zwiespalt der Rechtsprechung bei der Frage nach den speziellen strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation. Bekanntlich haben sich mit dem *2. Strafsenat* des *BGH*[20] und dem *EGMR* in der wegweisenden Entscheidung *Furcht./.Deutschland*[21] Befürworter eines Verfahrenshindernisses bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation positioniert. Die Fraktion auf der anderen Seite bilden – in der amtlichen Sammlung BGHSt einige Seiten davor abgedruckt – der *1. Strafsenat* des *BGH*[22] sowie eine *Kammer* des *BVerfG* im bereits erwähnten Bremerhavener Kokainschmuggelfall.[23] Beide Spruchkörper vertreten den Grundsatz der Strafzumessungslösung, nach der eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nur zu einem gewichtigen und schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund führt, also ledig-

lich im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung (vgl. § 46 StGB) zu berücksichtigen sei. Zwar sind im letzten Jahrfünft keine weiteren Verwerfungen und Spaltprozesse in der Rechtsprechung mehr auffällig geworden. Indes ist der derzeitige bipolare Rechtszustand für OK- und BtM-Dezernentinnen und -Dezernenten der Staatsanwaltschaft dauerhaft ebenso schwer zumutbar wie für die Tatrichter bei den Landgerichten. In der derzeitigen judikativen Kakophonie ist für alle Beteiligten in der Instanz schwer antizipierbar, welches Höchstgericht den Ton angibt. Erfahrungsgemäß führt dies in der Justizpraxis zu Frustration und Indolenz.

III. Zwischenfazit

Die Regelungsbedürftigkeit des *agent provocateur*-Einsatzes im Strafverfahren drängt sich insgesamt bereits aus rechtspolitischen und -praktischen Gründen auf. Das »Vertrauen in den Rechtsstaat«, das große Wort, das der Koalitionsvertrag im Munde führt,[24] würde durch eine gesetzliche Klarstellung der Einsatzvoraussetzungen und -folgen tatsächlich substanzielle Stärkung erfahren, wenn und soweit die Regelung ihrerseits rechtsstaatlich Maß hält.

C. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in der StPO – und die Rechtsfolgen bei weiterem Verzug des

Gesetzgebers

Indes ist der Gesetzgeber bei der Beantwortung der Frage nach dem »*Ob*«, aber auch dem »*Wann*« einer StPO-Regelung der Tatprovokation aus Gründen höherrangigen Rechts nicht mehr frei; er schuldet dieses Gesetz. Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage erscheint uns aus Gründen des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie zwingend.[25]

Dies führt neben der besonderen zeitlichen Dringlichkeit des Vorhabens auch zu unangenehmen Folgefragen für – und zugleich an – die Strafverfolgungspraxis. Sie stellen sich genau dann, wenn der Gesetzgeber trotz erkannten *verfassungsrechtlichen* Regelungsdefizits weiterhin untätig bleibt. Hier kann die Fairness dennoch durchgeführter Strafverfahren auf dem Prüfstand stehen – und dies unabhängig davon, ob die *EGMR*-Warnsignale wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Einzelfall tatsächlich anschlagen. Der Fairnessverstoß resultiert nicht erst aus der konkreten Tatprovokation der zweiten Gewalt als solcher, sondern bereits aus der staatlichen Untätigkeit der ersten Gewalt trotz evidenten Regelungsbedürfnisses und jederzeit abrufbarer politischer Regelungsmöglichkeit.

> Grundrechtsdogmatisch kann es sich um einen Fall sog. echten Unterlassens des Gesetzgebers handeln. Bereits einfach-rechtliche Vorschriften wie die §§ 92, 95 Abs. 1 BVerfGG machen deutlich, dass nach den eigenen Vorstellungen des Gesetzgebers auch ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt z.B. Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann. Infolgedessen hat auch das *BVerfG* die Rügbarkeit gesetzgeberischen Unterlassens, wenn auch in relativ engen Grenzen, grundsätzlich akzeptiert. Der Gesetzgeber muss dann trotz eines ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrages, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen umgrenzt, gänzlich untätig geblieben sein.[26] In neueren Entscheidungen hat das *Gericht* darüber hinaus individuelle Rechte auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten anerkannt.[27] Beide Wurzeln des Anspruchs auf gesetzgeberisches Tätigwerden könnten im *agent provocateur*-Kontext aktiviert werden.

Das zentrale Argument einer dezidiert *fair trial*-skeptischen Gegenmeinung in der bis 2015 ständigen Strafrechtsprechung des *BGH*[28] – wegen der Unbestimmtheit des Prinzips sei aus Gründen der Rechtssicherheit die Annahme eines Verfahrenshindernisses durch die Rechtsprechung *praeter legem* prinzipiell ausgeschlossen –, ist durch mancherlei Konkretisierungen in der Rechtsprechung, nicht zuletzt im *Bonner Tatprovokationsfall* durch das in *BGHSt* 60, 276 (282 Tz. 18 ff.) = StV 2016, 70 veröffentlichte, bahnbrechende Urteil, heute so kaum mehr vertretbar.[29] Angesichts offensichtlich grober Verstöße gegen auf Freiheit und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugungen, deren Eingriffsintensität jenseits derjenigen liegt, die § 338 StPO zum absoluten Revisionsgrund erhebt, kann die Einstellung in jeder Lage des Strafverfahrens nach den §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO geboten sein.[30]

I. Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Praxis mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG

1. Zur gesetzgeberischen Handlungsverpflichtung

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gilt bekanntlich als »zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips«[31] . Er wird vorwiegend in der Bindungsklausel des Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG verortet.[32] Das *BVerfG* hat unterstrichen, dass der Gesetzgeber »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen« hat (Wesentlichkeitstheorie).[33] Daraus folgt für das Parlament

ein »Delegationsverbot«[34] . Es gilt in Richtung der dritten Gewalt und auch für den Sachbereich des Strafprozessrechts.[35] Kehrseitig entfaltet es seine Wirkung für die vollziehende Gewalt als Verbot, ohne wirksame

gesetzliche Grundlage tätig zu werden. Die derzeitige Praxis strafprozessualer Ermittlungen, die die Tatprovokation auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO stützt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.[36] Der Einsatz greift *per se*, auch in seinen schlichtesten Formen, in den Schutzbereich zahlreicher Grundrechte ein.

> Zu verzeichnen sind im Einzelnen Beeinträchtigungen des Rechts auf soziale Integriertheit[37] und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, jeweils als Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der allgemeinen Handlungsfreiheit, des Sozialstaatsprinzips und des im Recht auf ein faires Verfahren oder in einem Grundrecht auf Verteidigung verankerten *nemo tenetur*-Grundsatzes. Für die Beurteilung der den Gesetzgeber zur Entscheidung verpflichtenden Wesentlichkeit nimmt derweil nicht nur das Vorliegen, sondern gerade auch die Intensität der multiplen Grundrechtsbeeinträchtigungen eine herausgehobene Stellung ein. Weitere, hier ebenfalls anschlagende Indikatoren,[38] bilden die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, die individuelle oder kollektive Langzeitwirkung des Handelns, die Größe des Adressatenkreises und die Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit der gesetzlichen Regelungswirkung.

Dass Tatprovokationen die damit geforderte Intensitätsschwelle überschreiten belegt zudem der Vergleich mit bereits vorliegenden Judikaten des *BVerfG* zu vergleichbaren Sachmaterien. So hat das *Gericht* in seinem Urteil zum BKA-Gesetz im Jahr 2016 dem schlichten Einsatz von VE oder VPen ausdrücklich »sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe«[39] attestiert. Im *Sedlmayr-Beschluss* vom 01.03.2000 hat es sich darüber hinaus, wenn auch seinerzeit eher im Sinne eines dilatorischen Formelkompromisses in einer singulären Entscheidungssituation – für das Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ausgesprochen, wenn »das Vorgehen der Vertrauensleute [...] sich nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter [darstellt], sondern [...] als eine heimliche Befragung einer Aussageperson«[40] . Immerhin: Für die Provokation von Straftaten, deren Eingriffsintensität als aktive Einwirkung auf steuerbares Verhalten des späteren Beschuldigten diejenige einer heimlichen Befragung noch übersteigt, muss diese Forderung erst Recht gelten.

Der heute praktizierte Rückgriff auf die §§ 161, 163 StPO vermag jene schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu rechtfertigen. *Björn Gercke*, der sich in dieser Zeitschrift vor eineinhalb Jahren[41] ebenfalls für eine baldige gesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes ausgesprochen hat, weist mit Recht noch auf die *ab initio* begrenzte Leistungsfähigkeit der Vorschriften hin. Der StPO-Gesetzgeber selbst hatte sie als »begrenzte Generalklauseln« für »weniger gewichtige Eingriffe«[42] konzipiert. Auch der *3. Strafsenat* des *BGH* hat im Jahr 2007 in der wichtigen Entscheidung zur strafprozessualen Unzulässigkeit der verdeckten Online-Durchsuchung ausgeführt, dass von der Ermittlungsgeneralklausel nur Maßnahmen erfasst seien, die »lediglich geringfügig in die Grundrechte […] eingreifen«[43] ; diese Aussage ist durch die Einfügung des § 100b Abs. 1 StPO als spezielle Ermächtigung für die StPO-Standardmaßnahme der Online-Durchsuchung zehn Jahre später nicht dementiert, sondern gerade bestätigt worden.

2. Zwischenergebnis

De lege lata ist die Tatprovokation im Strafverfahren nach alledem derzeit wegen Verstoßes gegen

den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in der Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie verfassungswidrig.

II. Kein schutzwürdiges Interesse an staatlicherseits »brauchbarer Illegalität«

1. Luhmann revisited

Ein gewisser praktischer Nutzen aus dem gegenwärtigen Rechtszustand, nach dem die Einzelheiten des Lockspitzeleinsatzes im Verborgenen bleiben, lässt sich aus Sicht der Strafverfolgung kaum von der Hand weisen. Denn es steht die Befürchtung im Raum, professionell organisierte Milieus könnten ihre Aktivitäten an den Grenzen der Zulässigkeit ausrichten und ihrerseits z.B. Keuschheitsproben so konfigurieren, dass VPen ihre Mission bei Meidung der Überschreitung offen legen müssten.[44] Zu viele Formalia würden den V-Mann-Einsatz entwerten, jedenfalls erschweren.

Ein Graubereich staatlichen Handelns beim Einsatz von V-Leuten scheint vor diesem Hintergrund ein weiterer Anwendungsfall brauchbarer Illegalität zu sein. *Niklas Luhmann*[45] verstand darunter Handlungen innerhalb eines Systems, die zwar die positivierten Regeln überschreiten, aber der Systemstabilität dennoch nützlich sind. Doch ist schon der Grundgedanke bei der Anwendung auf die Welt der Tatprovokation brüchig. Denn wer den kriminellen Milieus das Studium der Rechtsgrundlagen zutraut, der muss ihnen auch eine Analyse der *EGMR*-Rechtsprechung[46] zutrauen – und das ist exakt die Logik der Normappellfunktion von Recht-

sprechung, für die prototypisch die Betonung des Opferschutzes in der Rücktrittsjudikatur der letzten Jahrzehnte steht. Ein Versuchstäter, der die goldenen Brücken, die der *BGH* ihm gebaut hat,[47] überhaupt nicht kennt, kann sich von spät erreichten Rücktrittshorizonten und sonstigen Gesamtbetrachtungen zu gar nichts motivieren lassen. Ein Absehen von einer *gesetzlichen* Regelung ersetzt also nicht *verhaltenssteuernde* Regelungen durch die Rechtsprechung oder Verwaltungsvorschriften wie die Anlage D zu den RiStBV.

In erster Linie allerdings ist das Argument, man solle die Dinge lieber im Halbdunkeln lassen, um im Einzelfall passgenau (nach-)steuern zu können, eines demokratischen Rechtsstaates unwürdig.[48] Es ist gerade die Heimlichkeit der Maßnahme, die das Bedürfnis des Bürgers erhöht, die Rechtslage zu kennen und – da er sich des Eingriffs nicht erwehren kann – sein Verhalten darauf auszurichten.[49] Genau dies war das gesetzgeberische Motiv im präventiv-polizeilichen Bereich bei den Regelungen in den §§ 9b BVerfSchG, 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG, 20g Abs. 2 Nr. 2 BKAG.[50] Dass repressiv-polizeilich etwas anderes gelten könnte, ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Allenfalls sind, wie im Strafprozessrecht generell, Abstriche bei der Regelungsbestimmtheit gegenüber dem materiellen Recht begründbar.[51]

2. Zwischenergebnis

Was am Ende unserer Analyse der *lex lata* einzig Bestand hat, ist die von maßgeblichen Stimmen betonte kriminalistische Notwendigkeit des Einsatzes von VPen,[52] für deren offensichtliche Fehlsamkeit nichts ersichtlich ist. Es ist aber unstreitig,[53] dass allein der Satz »der Zweck heiligt die Mittel« nicht den Ersatz für eine gesetzliche Regelung zu liefern vermag.

D. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation

Die Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Tatprovokation haben für den provozierten Bürger ebenso wie für den *agent provocateur* verhaltenssteuernde Funktion. So kann es für den Tatprovozierten von der präzisen Grenze der Rechtmäßigkeit abhängen, ob er eine u.U. mehrjährige Haftstrafe zu verbüßen haben wird oder ob das Verfahren gegen ihn wegen eines unbehebbaren Verfahrenshindernisses einzustellen ist. Andererseits braucht der *agent provocateur* eine eigene Strafbarkeit – nur – dann zu besorgen, wenn er die Grenzen des prozessual Erlaubten überschreitet. Doppelfunktionell dient die prozessgesetzliche Regelung zugleich als materiell-strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der insbesondere den allgemeinen strafrechtlichen Notrechten wie § 34 StGB vorgeht.[54]

I. Festlegung konkreter Einsatzvoraussetzungen

1. Legaldefinition der Tatprovokation

Die herkömmliche Kurzdefinition eines *agent provocateur* als »derjenige Anstifter, der nur den Versuch der Haupttat will«[55] , wird den strafprozessualen Aspekten des Phänomenbereichs nicht gerecht. Nicht nur, dass der auf den Versuchs-»Erfolg« gerichtete Wille in Konflikt zu den äußerst praxisrelevanten Gefährdungsdelikten im Drogenstrafrecht steht, auch die Beschränkung der Einwirkung auf die Anstiftung (d.h. auf Formen des Bestimmens im Sinne des § 26 StGB) greift vor dem Hintergrund subtiler polizeilicher Handlungsroutinen zu kurz. Demgegenüber sind die begrifflichen Eingrenzungsversuche des *BGH* und des *EGMR* zwar durchaus differenziert.[56] Sie divergieren jedoch in Einzelaspekten, sind schon im Ansatz auf die Frage der Rechtmäßigkeit ausgerichtet und tragen daher wenig zu einer Abgrenzung zu »schlichten« bzw. passiven Formen verdeckter Ermittlungen bei.

Wir schlagen deshalb vor, den Kreis möglicher Provokationshandlungen weit zu fassen und darunter jedes staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses zu verstehen, das den Zweck verfolgt, den Betroffenen der veranlassten Straftat zu überführen.

2. Mindesterfordernis des Tatverdachts

Als Maßnahme der Strafverfolgung, die einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen ist,[57] erweist sich das Erfordernis des Tatverdachts als »nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke«[58] des *agent provocateur*-Einsatzes. Eine bloße »Tatgeneigtheit« oder der mögliche »Verdacht einer zukünftigen Straftat«– diese Formulierungen finden sich in der provokationsskeptischen Rechtsprechung[59] – vermögen eine Straftatprovokation noch nicht zu legitimieren.[60]

3. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Erfordernis der Wiederholungsgefahr

Die erhebliche Eingriffsintensität und der spezielle Zweck der Tatprovokation gebieten es von Verfassungs wegen, den Anwendungsbereich auf bestimmte Kriminalitätsbereiche zu reduzieren. Wir schlagen vor, den VE-Deliktskatalog des § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO heranzuziehen, aber unter Aussparung der Staatsschutzdelikte als Katalogfall mit einer auf gewerbs- oder bandenmäßige Begehungsweisen begrenzten Generalklausel (§ 110d Abs. 1 Nr. 2 StPO-E) der künftigen Kriminalitätsentwicklung Rechnung zu tragen. Dies sollte Kataloghypertrophien wie bei § 100a StPO vorbeugen und zugleich die

Gesetzgebung entlasten.[61] Zudem muss die objektivierbare Gefahr wiederholter Tatbegehung bereits eine

Einsatzvoraussetzung bilden.[62] Der *EGMR*[63] hat insofern betont, es müsse Anhaltspunkte dafür geben, dass der Betroffene die Tat auch ohne eine Provokation begangen hätte.

4. Subsidiaritätsklausel

Um zu gewährleisten, dass Behörden nicht vorschnell auf die grundrechtsinvasive Tatprovokation zurückgreifen und *eo ipso* die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sprengen, ist es angezeigt, den *agent provocateur*-Einsatz nur unter Wahrung strenger Subsidiarität zu erlauben, mögen die bisherigen praktischen Erfahrungen mit der Justiziabilität von Subsidiaritätsklauseln bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auch wechselhaft sein.

5. Verbot des Quantensprungs

Um der provozierten Straftat qualitative Grenzen zu setzen und sie an die Anlasssituation rückzukoppeln, sollte das von der Rechtsprechung[64] entwickelte Verbot des Quantensprungs bei einem groben Missverhältnis zwischen Provokation und Tatgeneigtheit Eingang in die gesetzliche Regelung finden.

6. Begrenzung der Einwirkungsintensität

Der Provokationshandlung selbst sind weiterhin absolute und relative Grenzen der Einwirkungsintensität zu setzen. Mit Rücksicht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren für den Betroffenen ist es den eingesetzten Ermittlern unterschiedslos zu untersagen, sich zur Herbeiführung des Tatentschlusses unlauterer Mittel zu bedienen.[65] Darunter fallen etwa das Ausnutzen von Not- oder Zwangslagen, der Missbrauch besonderer Vertrauensverhältnisse, die Anwendung von Zwang i.S.d. § 136a StPO, erhebliche Druckausübung und beharrliches Drängen zur Tat. Ferner darf die zulässige Provokationsintensität nicht außer Verhältnis zu dem gegen die Zielperson bestehenden Tatverdacht stehen.[66]

7. Vorbehalt richterlicher Zustimmung

Mit der Tatprovokation gehen schwerwiegende Grundrechtseingriffe einher, die typischerweise keine vorherige Anhörung des Betroffenen erlauben und ihn beim nachträglichen Rechtsschutz (vgl. § 33a S. 1 StPO) vor vollendete Tatsachen stellen. Durch die Aufnahme eines Richtervorbehalts (§ 162 StPO) geht der Versuch einher, die damit einhergehende Schutzlosigkeit des Betroffenen im Wege vorbeugender Rechtmäßigkeitskontrolle zu kompensieren.[67] Bei besonders eilbedürftigen Ausnahmefällen[68] ist es zudem angezeigt, der Staatsanwaltschaft eine Eilkompetenz zuzugestehen und die nachträgliche Einholung der richterlichen Zustimmung ausreichen zu lassen. Im Zuge ihrer umfassenden Leitungsaufgabe und Verantwortlichkeit für eine ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens ist die Staatsanwaltschaft schließlich fortwährend an der Maßnahme zu beteiligen.[69]

II. Ausdrückliche Regelung des Verfahrenshindernisses als strafprozessuale Konsequenz rechtsstaatswidriger

Tatprovokation

Hält sich ein *agent provocateur* an die zu **I.** erläuterten Vorgaben, steht einer Verurteilung des provozierten Täters grundsätzlich nichts entgegen. Das Tatgericht wird die Tatprovokation jedoch, wie schon bislang, materiell-rechtlich (spätestens) beim allgemeinen Strafzumessungsakt (§ 46 Abs. 2 StGB) mildernd zu berücksichtigen haben, da aufgrund der staatlichen Einflussnahme typischerweise das Handlungsunrecht des Täters und aufgrund der Kontrolle des Geschehens das Erfolgsunrecht der Tat gemindert sind.

Übersteigt ein *agent provocateur* indessen die Grenzen der Zulässigkeit und bestimmt er die Zielperson rechtsstaatswidrig zur Vornahme einer Straftat, folgt daraus ein Verfahrenshindernis im Verfahren gegen den Tatprovozierten. Eine – auch nur abgestufte – Strafzumessungslösung ist konventionswidrig.[70] Das Verfahren, in dem sich eine Verurteilung lediglich auf die rechtsstaatswidrige Provokation des Täters stützen ließe, darf nicht weiter geführt werden.[71] Im Rahmen der zu schaffenden Regelung sollte der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Stellung zu den in der Rechtsprechung kontroversen Rechtsfolgen des Einsatzes beziehen.

III. Entwurf eines § 110d StPO n.F.

Der hier unterbreitete Vorschlag wird systematisch im Kontext der bestehenden Regelung zum VE-Einsatz als § 110d StPO-E verortet. Wegen ihrer gesteigerten professionellen Zuverlässigkeit als Beamte des Polizeidienstes (§ 110a Abs. 2 S. 1 StPO) beschränkt er sich auf Verdeckte Ermittler als *agents provocateurs*.[72] Es erscheint perspektivisch nicht ausgeschlossen, die Regelung für den noeP, insbesondere einmalig auftretende Scheinkäufer, oder unter bestimmten Vorausset-

zungen zukünftig auch für alle Informanten zu öffnen.[73] Dies sollte jedoch der Auswertung einer in einem Artikelgesetz vorzusehenden Evaluation der Regelung frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit Inkrafttreten vorbehalten bleiben, um Erfahrungen mit ihren Wirkungen einfließen lassen zu können.

§ 110d StPO Tatprovokation

(1) Verdeckte Ermittler (§ 110a Abs. 2 Satz 1) dürfen eine Tat provozieren, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder

2. gegen ein sonstiges Allgemeinrechtsgut

    a) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder

    b) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist und die Gefahr der Wiederholung besteht. Die Maßnahme ist nur zulässig,

soweit die Verfolgung der Anlasstat oder einer Wiederholungstat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen. Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.

(3) Tatprovokationen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden; die Anordnung bedarf stets der Schriftform. Die Maßnahme ist bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen schriftlich zustimmt.

(4) Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist das Verfahren gegen den Provozierten wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen.

---

* *Erstverf.*, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie der Goethe-Universität und im zweiten Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Frankfurt/M., ist Betreuer der Promotion des *Zweitverf.*, der dort als Wiss. Mit. tätig war. Der Beitrag mit dem Rechtsstand 01.01.2020 basiert in Teilen auf der Dissertationsschrift des *Zweitverf.*: Rechtsstaatswidrig, aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen, 2020.

1 Nach *Kreuzer* FS Schreiber, 2003, S. 225 (232) hat ein LKA-Mitarbeiter etwa den Scheinkauf von Betäubungsmitteln als Ziel von 80 % der polizeilichen Rauschgiftermittlungen bezeichnet; zur Unverzichtbarkeit des Scheinkaufs von BtM bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität vgl. LK-StGB/*Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 64 (»unumgänglich und nicht missbilligenswert«). Zum historischen Hintergrund vgl. *Rainer Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 16.

2 OLG Bremen NZWiSt 2012, 465 m. Anm. *Waßmer*. Zum Phänomen (»schnell verwehter Hauch eines Albtraums«) bereits *Lüderssen*, in: Rechtsfreie Räume?, 2012, S. 369 (370).

3 Vgl. *Benjamin Krause* NJW 2018, 678 (680); *Ihwas* WiJ 2018, 138 (145 f.); *Ceffinato* JuS 2019, 337, 342 f.

4 Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings, BT-Drs. 19/13836, Anlage 2, S. 14: »Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Verbesserung des Schutzes von Kindern vor sexueller Ausbeutung erfordert eine gesetzliche Regelung der sogenannten Keuschheitsprobe beim Einsatz Verdeckter Ermittler bei strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Bereich der Kinderpornografie«.

5 Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung auf BT-Drs. 19/13836, S. 16 die Prüfung des »Keuschheitsproben«-Regelungsvorschlags zugesagt. Zustimmend *Safferlin*g DRiZ 2018, 206 f.; krit. zum Ganzen – neben einigen der Stellungnahmen in der Bundestags-Sachverständigenanhörung vom 06.11.2019 – *J. Lederer*, »Der Gesetzgeber geht zu weit«, lto.de v. 03.12.2019.

6 Tatsächlich hatte der erste, nie offiziell publizierte BMJV-Vorentwurf (»Rohentwurf« v. 11.01.2016) eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens den Versuch einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen unternommen; in den §§ 110a ff. StPO-RohE sollten VE und VP entgegen der Leitentscheidung BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228 einfach parallel geregelt werden. Schon im anschließenden Referentenentwurf allerdings wurde dieser Ansatz richtigerweise nicht mehr weiterverfolgt.

[7] TOP II.8: »Sie bitten die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, auf den Abschluss der bereits eingeleiteten Prüfung eines etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs hinzuwirken und gegebenenfalls einen Gesetzentwurf zur Gewährleistung eines rechtssicheren Einsatzes von V-Personen vorzulegen« (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/191107_beschluesse/TOPII_8.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 01.01.2020).

[8] *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (2015), S. 84 ff. Im Vordergrund stand dabei die Überlegung, das Verbot rechtsstaatswidriger Tatprovokation und deren verfahrensrechtliche Folgen gesetzlich zu regeln; der guten Ordnung halber sei erwähnt, das *Erstverf.* Mitglied der Kommission war.

[9] Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 123.

[10] BT-Drs. 19/15914 v. 12.12.2019; die Antwort der BReg lag bei Abfassung unseres Manuskripts noch nicht vor.

[11] Vgl. bereits *Ostendorf*/*Meyer-Seitz*StV 1985, 73 (80); *Jahn* ZStW 127 (2015), 549 (577 ff., 598 ff.); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (64); *Norouzi* AnwBl. Online 2018, 290 (291); *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 39 ff.; *C. Schmidt*, Grenzen des Lockspitzeleinsatzes, 2016, S. 44 ff.; *v. Danwitz*, Staatliche Straftatbeteiligung, 2005, S. 142. Zur gesamten Entwicklung in der ersten Phase (seit dem bahnbrechenden Beitrag von *Lüderssen* FS K. Peters, 1974, S. 349) vgl. *dens.,* in: *ders.* (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 1 ff.; danach *ders.*, in: Rechtsfreie Räume? (Fn. 2), S. 337 (338 ff.).

[12] Näher BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 98 ff. m.w.N.

[13] Mit Ausnahme von Sachsen enthalten auch die Landespolizeigesetze ausdrückliche Regelungen über Vertrauenspersonen, vgl. etwa § 16 HSOG (Hessen), § 36 Nds. PolG (Niedersachsen), Art. 38 BayPAG (Bayern), § 22 Abs. 1 Nr. 5 POG (Baden-Württemberg), § 26 ASOG (Berlin), § 19 PolG (Nordrhein-Westfahlen); dazu zusf. *Eisenberg* GA 2014, 404 (417).

[14] Ausf. *B. Gercke*StV 2017, 615 (624).

[15] Ausdrücklich sehen § 36 Abs. 3 Nds. PolG (Niedersachsen) und Art. 38 Abs. 4 BayPAG ein Verbot der Provokation von nicht zur Straftatbegehung bereiten Personen sowie zu Straftaten mit erheblich höherem Strafmaß vor.

[16] Vgl. zu § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG *Jahn* JuS 2014, 371 (373) [BGH 11.12.2013 - 5 StR 240/13]; anderer Akzent aber in der fachgerichtlichen Entscheidung zum *Bremerhavener Kokainschmuggelfall*, dazu sogleich nochmals unter **B.II.**) BGH StV 2014, 321 (324 Tz. 38): Die Vorschrift lege »nicht nahe, der Gesetzgeber habe durch diese – sich auf die dem BKA in § 4a Abs. 1 BKAG übertragenen Aufgaben beziehende – Teilregelung einen nicht ausdrücklich gesetzlich normierten Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen des Strafverfahrens als nicht mehr zulässig ansehen wollen. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers lässt sich insbes. den Materialien nicht entnehmen«. Indes hat der Bundesgesetzgeber vor mittlerweile mehr als einem Jahrzehnt gerade an den vom *5. Strafsenat* zitierten Stellen auf BT-Drucks. 16/10121 S. 16, 25 ausdrücklich besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen wie weitgehende Richtervorbehalte und enge zeitliche Beschränkungen verlangt, wenn VPen durch das BKA zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden. Solche Grundrechtssicherungen durch Verfahren sind der StPO und den RiStBV bis heute fremd. Dass sich der *BGH* mit diesem handfesten Verfassungsproblem in kaum angemessener Prüfungsintensität auseinandergesetzt hat, nimmt dem Urteil vom 11.12.2013 viel an Überzeugungskraft.

[17] Vgl. BVerfGE 57, 250 (284) = StV 1981, 381 (zu VP); BVerfG (*3. Kammer* des *2. Senats*), NJW 1987, 1874 (1875); BGHSt 32, 345 (346) = StV 1984, 321; 45, 321 (324) = StV 2000, 57; 60, 276 (286) = StV 2016, 70 sowie BT-Drs. 14/1484, S. 23 (zum Scheinaufkauf von Betäubungsmitteln); *Lesch* JR 2000, 334 (337 f.).

[18] *Braum*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 13 (15) spricht mit Blick auf die geheimen Ermittlungsmethoden von einem »Dickicht« an Richterrecht.

[19] Vgl. *F. Meyer*/*Wohlers* JZ 2015, 761 (769); krit. zu den Zulässigkeitstopoi des EGMR *Sinn*/*Maly* NStZ 2015, 379 (381).

[20] BGHSt 60, 276 = StV 2016, 70 (Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14). Einer Lösung über die bloße Annahme eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots zuneigend ursprünglich noch *EGMR* NStZ 1999, 47 (48) m. Anm. *U. Sommer – Teixeira de Castro*./.*Portugal*; *Kinzig*StV 1999, 288 (292); *Chr. Jäger*, Beweisverwertung u. Beweisverwertungsverbote, 2003, S. 211. S. auch die Nachw. unten unter **D.II**.

[21] EGMR StV 2015, 405 m. Anm. *Pauly – Furcht./.Deutschland* (Urt. v. 23.10.2014 – Beschwerde-Nr. 54648/09).

[22] BGHSt 60, 238 = StV 2016, 78 (Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15), vorher schon st. Rspr., vgl. BGHSt 32, 345 (348 ff.) = StV 1984, 321; 45, 321 (332 ff.) = StV 2000, 57 m. krit. Anm. *Endriß/Kinzig* NStZ 2000, 271; zahlr. weitere Nachw. zur ält. Rspr. bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 148a.

[23] BVerfG (*2. Kammer* des *2. Senats*) StV 2015, 413 m. abl. Anm. *Jahn* JuS 2015, 659. Zusf. zur Kritik *Eschelbach* GA 2015, 545 (559).

[24] Koalitionsvertrag (Fn. 9), S. 123.

[25] Vgl. dazu auch bereits *Dencker* FS Dünnebier, 1982, S. 447 (457); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (63 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 85 f.

[26] BVerfGE 11, 255 (261 f.) [BVerfG 05.07.1960 - 1 BvR 232/58]; Nachw. zur (überwiegend zustimmenden) Diskussion im verfassungsprozessualen Schrifttum bei *Jahn*/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017, Rn. 106 ff.

[27] BVerfGE 39, 1 (41); 49, 89 (141 f.); 56, 54 (73); 88, 203 (251 f.) sowie auch (unter Betonung des Art. 19 Abs. 4 GG) BVerfGE (*Plenum*) 107, 395.

[28] Vgl. BGHSt 32, 345 (350) = StV 1984, 321; 33, 283 f. = StV 1985, 398; 37, 10 (13) = StV 1990, 295; 42, 191 (193) = StV 1996, 521; 45, 321 (333 f.). = StV 2000, 57.

[29] Davor schon in OLG Rostock StV 2011, 220 (221); LG Bremen StV 2011, 223 (Ls) und, allen voran, das berühmte *Schmücker*-Urteil des LG Berlin, dessen Abdruck diese Zeitschrift seinerzeit ein ganzes Heft gewidmet hat: StV 1991, 371 (397); dazu auch *Jahn* NJW-Festheft Tepperwien, 2010, S. 25.

[30] *Jahn* ZStW 127 (2015), 549 (576); *Saliger* ZStW 116 (2004), 35 (61); *Rieß* JR 1985, 45 (48); *Roxin* FG 40 Jahre BGH, 1991, S. 66 (85); LR-StPO/*Kühne*, 27. Aufl. 2016, Einl. I Rn. 116; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 224; *Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006, S. 134.

[31] Dreier-GG/*Schulze-Fielitz*, 3. Aufl. 2018, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 105.

[32] BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126); BVerwGE 109, 29 (37); Sachs-GG/*Sachs*, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 114 m.w.N.

[33] St. Rspr.: BVerfGE 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126); 84, 212 (226); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 123, 39 (78); grdlg. BVerfGE 33, 125 (158 f.) [BVerfG 25.04.1972 - 1 BvL 14/71]. Krit. VerfGH NRW NJW 1999, 1243 (1244) m. zutr. abl. Anm. *E.-W. Böckenförde* NJW 1999, 1235 (1236) [VerfGH Nordrhein-Westfalen 09.02.1999 - VerfGH 11/98].

[34] Maunz/Dürig-GG/*Grzeszick*, 88. EL 08/2019, Art. 20 Rn. 106.

[35] Sachs-GG/*Sachs* (Fn. 32), Art. 20 Rn. 113 m.w.N. Speziell für das Strafverfahrensrecht *B. Gercke*StV 2017, 615 (621); *Jahn* ZStW 118 (2006), 427 (429 ff.); LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 60 f. u. 92;*Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 32 ff.

[36] Im Ergebnis ebenso bereits *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (Fn. 8), S. 86; *Hefendehl*StV 2001, 700 (704); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (63); *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 369 u. 377; LR-StPO/*Hauck*, 27. Aufl. 2019, § 110a Rn. 14; SSW-StPO/*Eschelbach*, 3. Aufl. 2018, § 110a Rn. 11; MüKo-StPO/*R. Günther*, 2014, § 110a Rn. 29; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 80 ff.; *v. Danwitz* (Fn. 11), S. 142. Zur Rechtslage vor der Neufassung der §§ 161, 163 StPO*Dencker*, FS Dünnebier (Fn. 25), S. 447 (457); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (10); *Hillenkamp* NJW 1989, 2841 (2849); *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 105.

[37] Näher hierzu *R. Keller* (Fn. 1), S. 87 ff., der das »subjektive Recht der Bürger auf Wahrung ihrer sozialen Integration« überzeugend herleitet.

[38] Vgl. Dreier/*Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 m.w.N.

[39] BVerfGE 141, 220 (290) = StV 2016, 413 (Ls.), als Andeutung einer »Trendwende« beim *BVerfG* auch gedeutet von BeckOK-StPO-RiStBV/*T. Engelstätter*, 35. Ed. Stand 01.10.2019, Anl. D RiStBV Rn. 2a.E.: »Ob es diese Auffassung in einer geeigneten Konstellation auch auf den Einsatz einer V-Person in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren übertragen wird, ist noch offen«. Die *Verf.* sind insoweit optimistischer.

[40] BVerfG NStZ 2000, 489 (490) m. krit. Anm. *Rogall* u. krit. Anm. *Weßlau*StV 2000, 468 (471). Zu den unglücklichen Rahmenbedingungen der Entscheidungsfindung in der BVerfG-Kammer nach der schweren Erkrankung des Berichterstatters *Jahn* FS Widmaier, 2008, S. 821 (827 f.).

[41] *B. Gercke*StV 2017, 615 (623) sowie HK-StPO/*ders.*, 6. Aufl. 2019, § 110a Rn. 22.

[42] BT-Drs. 14/1484, S. 16 f.

[43] BGHSt 51, 211 (218 Tz. 21) = StV 2007, 115; zur der zugrundeliegenden Schwellentheorie auch *B. Gercke*StV 2017, 615 (623); *Jahn*/*Kudlich* JR 2007, 57 (61); *Jahn* FS Karras, 2010, S. 495 (504); *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 74 ff. Zweifelnd, ob der Rückgriff auf die Generalklausel für ein verdecktes Verhör durch einen noeP ausreicht, die Frage im Ergebnis im *Tegeler Bandido-Fall* (vgl. *Jahn* StraFo 2010, 117 [120]) aber dahin stehen lassend, BGHSt 55, 138 (143 f. Tz. 18) = StV 2010, 465; vgl. insofern *Jahn* JuS 2010, 832 (833); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 84.

[44] Dazu bereits *Lüderssen* FS BGH IV, 2000, S. 883 (892) m.w.N.; zur parallel gelagerten Befürchtung bei Keuschheitsproben *Lesch*StV 1993, 94 (95 f.); *Deutscher Richterbund* DRiZ 1991, 457.

[45] Vgl. bereits *Luhmann* VerwArch 55 (1964), 1 (15); kommentierend *K. F. Röhl* FS Heldrich, 2005, S. 1161 (1163 f.). Aufschlussreich dazu im strafprozessualen Kontext *Altenhain*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), 4. Karlsruher Strafrechtsdialog: Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille? 2013, S. 63 (65).

[46] S. oben **B.II**.

[47] Die ursprüngliche Skepsis von BGHSt 9, 48 (52) (»Er [der Täter – *die Verf*.] wird oft nicht einmal wissen, noch weniger sich vor Augen halten, daß er sich Straflosigkeit verschaffen kann, wenn er sein verbrecherisches Vorhaben aufgibt«) ist spätestens seit BGHSt (GrS) 39, 221 (232) = StV 1993, 408 nur noch eine Rechts-Geschichte.

[48] So auch *B. Gercke*StV 2017, 615 (618).

[49] Vgl. *Hund*StV 1993, 379 (380); *Bernsmann*/*Jansen*StV 1998, 217; *Hefendehl*StV 2001, 700 (703); Dreier-GG/*Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 136; *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 84.

[50] Oben **B.I**.

[51] *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 369 f.; LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 59 ff.

[52] Vgl. nochmals BVerfGE 57, 250 (284) = StV 1981, 381; BVerfG (*3. Kammer* des *2. Senats*) NJW 1987, 1874 f.; näher Handbuch BtM-Strafrecht/*C. Nestler*, 1998, § 11 Rn. 378 ff.

[53] *Bruns* NStZ 1983, 49 (51); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (9 f.); *Eschelbach*StV 2000, 390 (391 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 95 f.; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 605.

[54] LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 46 m.w.N.: »Was prozessual erlaubt ist, kann nicht strafbar sein«:

[55] Vgl. bereits *Karge*, Der Agent Provocateur, 1969, S. 11 ff.

[56] S. Nochmals oben **B.II**.

[57] Vgl. BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281; 45, 321 (337) = StV 2000, 57; 47, 44 (48) = StV 2001, 492.

[58] *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (12), *U. Sommer* NStZ 1999, 48 (49).

[59] EGMR StV 2015, 405 (407 Tz. 50) – *Furcht./.Deutschland*; BGHSt 60, 276 (284 Tz. 24) = StV 2016, 70.

[60] So auch *Sieg*StV 1981, 636 (637); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (10 f.); *U. Sommer* StraFo 2000, 150 (153); *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 168 ff.; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 196 f.

[61] Zur Begründung auch *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 209 f.

[62] So auch *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 174 ff.

[63] EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 54) – *Furcht./.Deutschland*. Genauer zu den drei Voraussetzungen des vom *Gerichtshof* in dieser Entscheidung fortentwickelten *substantive test of incitement* (»keine weitgehend passive Strafermittlung«, »Involvierung des Betroffenen in oder Neigung zu strafbare(n) Handlungen im Vorfeld« und »Ausübung von Druck«) *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 304 (310 f.); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54

(58).

[64] Vgl. EGMR (*Große Kammer*), NJW 2009, 3565 [EGMR 05.02.2008 - EGMR (Große Kammer) Nr. 74420/01] (3568 Tz. 71) – *Ramanauskas./.Litauen*; EGMR NJW 2012, 3502 (3503 Tz. 27) – *Prado Bugallo./.Spanien*; BGHSt 47, 44 (49) = StV 2001, 492; dazu auch *Kinzig*StV 1999, 288 (292); *Jahn* JuS 2014, 371 f.; *F. Meyer/Wohlers* JZ 2015, 761 (769).

[65] S. bereits BGH NStZ 1982, 126 (Inaussichtstellen der Überlassung von Heroin als Belohnung für die Mitwirkung); StV 1985, 272 (arglistiges Ausnutzen einer Not- oder Zwangslage).

[66] St. Rspr.: BGHSt 60, 276 (286 f. Tz. 28) = StV 2016, 70; 60, 238 (245 Tz. 25) = StV 2016, 78; 47, 44 (49) = StV 2001, 492.

[67] Zur verfassungsrechtlichen Zwecksetzung des Richtervorbehalts statt Vieler LR-StPO/*Tsambikakis*, 27. Aufl. 2019, § 105 Rn. 25.

[68] Vgl. die Sachverhaltsgestaltung in BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281.

[69] Dazu auch EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 53) – *Furcht./.Deutschland*; BVerfG (*2. Kammer* des *2. Senats*) StV 2015, 413 (415 Tz. 36); zusf. *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 304 (313).

[70] So auch *U. Sommer* StraFo 2014, 508 (510); *Pauly*StV 2015, 411 (412); *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379 (382); *F. Meyer/Wohlers* JZ 2015, 761 (764, 770); *Lochmann* StraFo 2015, 492 (495); *Petzsche* JR 2015, 88 (89); *Jahn/Kudlich* JR 2016, 54 (60); *Chr. Jäger* JA 2016, 308 (310) [BGH 10.06.2015 - 2 StR 97/14]; *C. Schmidt* ZIS 2017, 56 (64 f.); *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 303 (315 f.); a.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (266) sowie bereits oben **B.II.**

[71] Für ein Verfahrenshindernis neben BGHSt 60, 276 auch die heute ganz h.M. im Schrifttum, vgl. *Güntge*, FS Ostendorf, 2015, S. 387 (396); *Meyer-Lohkamp* StraFo 2017, 45 (53); *Schmitt-Leonardy*, EuCLR 2017, 303 (317); *Mitsch* NStZ 2016, 57 (58); *Eidam*StV 2016, 129 (130); *Satzger* Jura 2015, 660; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 (286); *Sinner/Kreuzer*StV 2000, 114 (117); *Eschelbach*StV 2000, 390 (395); *Kempf*StV 1999, 128 (130); *Hillenkamp* NJW 1989, 2841 (2843 f.); *Schumann* JZ 1986, 66 (72); *Lüderssen* Jura 1985, 113; *Taschke*StV 1984, 178 (179 ff.); *J. Meyer* ZStW 95 (1983), 835 (853); LR-StPO-EMRK/*Esser*, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 267; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 225. A.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (267 f.) (abgestufte Strafzumessungslösung) sowie die materiell-strafrechtlichen Lösungsmodelle bei *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379 (382 ff.) (Reduzierung des staatlichen Strafanspruchs auf Null) einerseits und *I. Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, 4. Aufl. 2004, S. 220 ff.; *C. Roxin* JZ 2000, 369 (370) [BGH 18.11.1999 - 1 StR 221/99] (persönlicher Strafausschließungsgrund), *Weigend* FS Höpfel, 2018, S. 243 (257 f.) (Entschuldigungsgrund) andererseits.

[72] Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH NStZ 1995, 513 (514) [BGH 22.02.1995 - 3 StR 552/94].

[73] Vgl. nochmals Nr. 2.2 der Anlage D zu den RiStBV: »V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird«.

© 2020 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Zeitschrift	StV - Strafverteidiger
Autor	Prof. Dr. Björn Gercke
Rubrik	Aufsätze
Referenz	StV 2017, 615 - 626 (Heft 9)
Verlag	Carl Heymanns Verlag

Gercke, StV 2017, 615
Gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Leuten im Rahmen der Strafverfolgung? Von Verfassungs wegen geboten

Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln

A. Grundlagen

I. Einleitung

Noch zu Zeiten des Inkrafttretens der Strafprozessordnung war der Einsatz von V-Personen verpönt. So war damals das gängige Bild der Strafverfolgung als ein wesentliches Zugeständnis an das politisch erstarkte liberale Bürgertum noch grundsätzlich durch eine offene Ermittlungstätigkeit gekennzeichnet; bereits der Begriff »geheim« galt vielfach als Schimpfwort für polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen des »ancien régime«.[1] Ein prinzipielles Verbot heimlicher Ermittlungsmethoden war zwar auch in der ursprünglichen Fassung der Strafprozessordnung nicht enthalten, allerdings waren heimliche Ermittlungsmethoden den Ermittlungsbehörden nur dann gestattet, wenn sie in »Niemandes Recht eingreifen«.[2] Die Ermittlungsbehörden hatten dem Bürger demnach offen gegenüberzutreten, was dem Grundsatz der Transparenz staatlichen Handelns als unerlässlicher Bedingung für die Kontrolle staatlicher Macht entsprach.[3]

Das heutige Bild der Strafverfolgung ist ein anderes: Es ist insbesondere, aber nicht nur im Bereich der Schwerkriminalität geprägt von heimlichen Ermittlungsmethoden, die – auch bedingt durch den technischen Fortschritt – stetig erweitert werden. Eingang in die – deutsche – höchstrichterliche strafgerichtliche Rechtsprechung fand der Einsatz von V-Personen soweit ersichtlich erstmals im Jahr 1912. Das *RG* entschied zum Einsatz eines polizeilichen Lockspitzels als Unterfall des V-Manns, dass dies »vom allgemein sittlichen Standpunkt, den die Behörden der Strafrechtspflege ohne Rücksicht auf Erfolge einzunehmen« hätten, nicht zu billigen sei.[4] Die »Rücksicht auf Erfolge« setzte sich allerdings wenige Jahre später dann doch durch: So wurde der Oberlagerverwalter *Bullerjahn* 1925 vom *RG* wegen Verrats militärischer Geheimnisse und Landesverrats

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

verurteilt, nachdem er von einem unbekannten Belastungszeugen, einem »Vertrauensmann«, der in der Hauptverhandlung nicht vernommen wurde, beschuldigt worden war. Der Fall *Bullerjahn* hat deshalb einen gewissen Bekanntheitsgrad erreicht, weil das *RG* im Urteil feststellte, dass der

> »ungenannte Vertrauensmann […]nach den eidlichen Bekundungen der Zeugen K. und G., der beiden Untersuchungsrichter sowie des Kriminalkommissars G. in Ansehung seiner Glaubwürdigkeit und persönlichen Unbeteiligtheit über jeden Zweifel erhaben [sei]«.

Jahre nach der Verurteilung stellte sich allerdings heraus, dass die Behauptungen des ungenannten Vertrauensmanns mitnichten »über jeden Zweifel erhaben«, sondern vielmehr höchst zweifelhaft waren, sodass *Bullerjahn* nach einem Wiederaufnahmeverfahren schließlich freigesprochen wurde.[5]

II. Der Begriff des »V-Manns«

Der Begriff des V-Manns wird als Abkürzung für »Vertrauensmann« oder auch »Verbindungsmann« gebraucht; eine Legaldefinition existiert jedoch nicht.

Staatsanwaltschaften und Gerichte greifen heute maßgeblich auf eine Definition in den »Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung« als Anlage D zur RiStBV zurück. Danach ist eine V-Person »eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird«.[6]

Dabei ist der V-Mann mehr als nur bloßer Informationssammler. Die dort angeführte Unterstützung ist aktiver Natur – und zwar ausdrücklich »auf längere Zeit«. Für das bloße Abrufen von Informationen eines passiven Informations-

sammlers hätte es nicht einmal der Richtlinien bedurft.[7] Insoweit ist der V-Mann abzugrenzen vom bloßen Tipp-Geber aus dem kriminellen Milieu, auf den die Ermittlungsbehörden gelegentlich anlassbezogen zurückgreifen – ein Umstand, der in der Debatte um die grundrechtliche Bewertung des V-Mann-Einsatzes und damit um die Frage einer gesetzlichen Zulässigkeit gelegentlich verkannt wird. *Eschelbach* führt hierzu in einem jüngeren Beitrag wörtlich wie folgt aus:

> »Hier [scil.: beim V-Mann-Einsatz] werden nicht lediglich passiv Informationen abgeschöpft, sondern es wird durch Herstellung einer Vertrauensbeziehung und Lenkung der Gesprächsführung in zurechenbarer Weise auf das Äußerungsverhalten Einfluss genommen.«[8]

Folgerichtig weitreichend ist das Verhalten von V-Leuten: diese ermitteln eigenständig, erfragen mithin gezielt Informationen, dringen in nicht-öffentliche Bereiche ein, sind »aktiv im Geschehen« und handeln – bis hin zur Tatbeteiligung oder gar Tatprovokation,[9] all dies eben »auf längere Zeit«.

III. Auswahl und »Führung« des V-Manns

Da von einem V-Mann – anders als von einem Informanten – erwartet wird, in den Lebens- und Wirkungskreis der überwachten Person oder Gruppe einzudringen, liegt es in der Natur der Sache, dass er selbst regelmäßig gewisse »Erfahrungen« mit dem kriminellen Milieu gesammelt hat. Das Vertrauen der zu kontrollierenden Personen wird in aller Regel nur von solchen Personen zu gewinnen sein, die als »Gesinnungsgenossen« oder potentielle »Komplizen« in Betracht kommen. Insoweit liegt es auf der Hand, dass der unbescholtene Bürger oder – wie es *Körner* einmal formulierte – der »gesetzestreue, ordnungsliebende, ängstliche, vorsichtige, biedere Mitbürger« als V-Mann kaum eine Chance hat, da er von der Zielgruppe nicht angenommen und nicht anerkannt wird.[10] Dementsprechend ist die Auswahl der V-Personen meist keine freie Suche nach einem geeigneten und zuverlässigen Kandidaten, sondern vielmehr ein Begnügen mit dem, was »zur Verfügung« steht.

Wer insoweit zur Verfügung steht, hat etwa – ungeachtet der methodischen Kritik an seiner Untersuchung – *Scherp* in einer der wenigen empirischen Studien zu V-Leuten aufgezeigt: Danach waren 71 % der V-Leute vorbestraft. Interessant sind auch die Motive: 27 % erstrebten einen Vorteil im eigenen Strafverfahren. 42 % kam es auf das Honorar für ihre Tätigkeit an. 10 % erwarteten Unterstützung bei grundlegenden Problemen, wie etwa einer Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis, aber auch bei Führerscheinsachen. 4 % gaben von sich aus an, dass ein missliebiger Konkurrent aus Hass oder Rache ausgeschaltet werden sollte, und nur in 4-8 % wurden uneigennützige soziale Motive angegeben.[11] Auf formaler Ebene kann die Verpflichtung des V-Manns nach dem Verpflichtungsgesetz als erster Schritt im Rahmen der Führung von V-Leuten angesehen werden, auch wenn eine solche nicht zwingend für die Einordnung als »V-Mann« ist. In der Praxis erfolgt die Abgabe quasi »Zug um Zug« gegen die Vertraulichkeitszusage der Ermittlungsbehörden gegenüber der V-Person.

In der Folge wird die V-Person von einem V-Mann-Führer geführt. Im Schrifttum wird insoweit teilweise von einem »Pakt« zwischen beiden gesprochen,[12] wobei dieser in der Praxis naturgemäß entsprechend dem jeweiligen Naturell der Beteiligten sehr unterschiedlich gelebt wird. Es soll Fälle geben, in denen der vermeintliche »Führer« der tatsächlich Geführte ist.[13] Nicht wenige V-Leute sind schlicht nicht führbar.

B. Bedeutung von V-Personen

Trotz der Vielzahl an tatsächlichen und rechtlichen Problemen beim Einsatz von V-Personen sind diese aus der heutigen Praxis der Strafverfolgung nicht wegzudenken. Aus Ermittlersicht ist klar: Erst durch den Einsatz von V-Personen wird es den Strafverfolgungsbehörden vielfach möglich, tief in kriminelle Strukturen einzudringen und Erkenntnisse zu gewinnen. In welchen Bereichen und in welchem Umfang diese heute eingesetzt werden, entzieht sich jedoch im Wesentlichen dem Zugriff der wissenschaftlichen Forschung. Ein Einblick in transparente und empirische Daten wird aus Gründen der Geheimhaltung von den zuständigen Stellen – BKA, LKAs und Verfassungsschutz – verweigert. Im Gegensatz zu anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen werden hier lediglich die Ermittlungsergebnisse eines V-Manns in das Verfahren eingeführt, und auch dies oftmals nur über sog. Quellenvermerke der V-Mann-Führer.

Abgesehen von den Bereichen der Schwerstkriminalität sind auch immer wieder Einsätze von V-Personen im Bereich der Wirtschaftskriminalität zu verzeichnen. Dabei geht es zum einen um Taten an der Schnittstelle zwischen Wirtschaftskriminalität und organisierter Kriminalität, so etwa im Bereich des Schmuggels von Alkohol, Zigaretten oder Kaffee, des Glücksspiels (insbesondere im Sportwettenbereich) oder der Hinterziehung der jeweiligen Verbrauchsteuer.[14] Zum anderen betrifft der Einsatz von V-Personen aber auch die klassische »Weiße-Kragen-Kriminalität«: *Maluga* weist etwa in ihrer Dissertation zum Lockspitzeleinsatz auf einen Fall aus dem Jahre 2003 hin, der beim *LG Duisburg* verhandelt wurde, in dem ein V-Mann gezielt bei einem Finanzdienstleister eingeschleust wurde.[15] Anonyme Informanten, deren Quellenvernehmungen sich in den Akten finden, spielen bereits jetzt eine große Rolle in diversen Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren. Die Grenzen zum V-Mann-Einsatz verlaufen hier fließend bzw. sind schwer bestimmbar, insbesondere wenn der anonyme Hinweisgeber mehrfach vernommen wird oder teilweise noch während der Befragungen bei dem im Fokus stehenden Unternehmen beschäftigt ist oder auf Nachfrage weiteres Beweismaterial liefert.

Mangels entsprechender empirischer Daten wäre es wohl gewagt, von einem Trend zu sprechen, aber generell ist zu konstatieren, dass »harte« grundrechtstangierende heimliche Beweisgewinnungsmaßnahmen verstärkt Einzug in die Praxis

des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts halten. Nicht zuletzt die zunehmend fließenden Grenzen zwischen staatlicher und privater Straftatenaufklärung – etwa im Rahmen interner Ermittlungen – zeigen auf, dass das Strafverfahren nach herkömmlichem Verständnis hier vor neuen Herausforderungen steht.

C. Materiell- und verfahrensrechtliche Probleme beim V-Mann-Einsatz

Abgesehen von einer Fülle strafprozessualer Fragestellungen bei der Einführung des Wissens von V-Personen in die Hauptverhandlung[16] steht beim Einsatz von V-Personen auf materiell-rechtlicher Ebene stets die Frage im Raum, inwieweit sich V-Personen durch ihre Tätigkeit selbst strafbar machen können.

Die Diskussion um eine Strafbarkeit von V-Personen hat insbesondere im präventiven Bereich im Rahmen der Tätigkeiten von BND und Verfassungsschutz in jüngerer Vergangenheit wieder Fahrtwind aufgenommen. Als Reaktion auf Verurteilungen von V-Personen, z.B. wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung,[17] wurden die §§ 9a und b in das BVerfSchG eingefügt, die gesetzliche Rechtfertigungsgründe für die Begehung von Straftaten im Rahmen der Ermittlungstätigkeit sowie die Möglichkeit von Verfahrenseinstellungen nach Opportunitätsgründen enthalten.

Im repressiven Bereich existieren vergleichbare Regelungen hingegen nicht. Obwohl im Gesetzgebungsverfahren zu den §§ 110a ff. StPO, also zum Einsatz Verdeckter Ermittler, Forderungen nach einer Regelung zur Straffreiheit in diesen Fällen gestellt wurden, hat sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden und hierdurch zum Ausdruck gebracht, dass die Begehung von Straftaten jedenfalls im Rahmen

des Einsatzes als Verdeckter Ermittler an sich nicht toleriert wird.

Insgesamt ist die Situation insoweit weit von einer Klärung entfernt.[18]

D. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von V-Personen: Erfordernis einer (spezial-)gesetzlichen Regelung?

Während andere Staaten, wie zum Beispiel Österreich, bereits eine spezial-gesetzliche Regelung zum Einsatz von V-Personen haben (vgl. §§ 129 Nr. 2, 131 öStPO), wird in Deutschland seit Jahrzehnten immer wieder eine entsprechende spezielle gesetzliche Regelung gefordert. Insbesondere als Folge des Volkszählungsurteils des *BVerfG* vom 15.12.1983[19] wurden verstärkt Diskussionen um das Erfordernis einer solchen Regelung geführt.[20] So geht bereits aus einem »Problempapier« des BMJ aus dem Jahr 1985,[21] in welchem auf gemeinsame Thesen der Innenminister- und Justizministerkonferenz zum Einsatz Verdeckter Ermittler und V-Personen[22] verwiesen wird, hervor, dass eine Vorschrift über den Einsatz von V-Leuten für erforderlich gehalten wurde. In dem wenige Jahre später schließlich vorgelegten Referentenentwurf zum StVÄG 1988 fehlte eine gesetzliche Regelung zum Einsatz von V-Personen jedoch; dort waren in den §§ 163k-163n StPO lediglich Regelungen für den Einsatz Verdeckter Ermittler vorgesehen.[23] Kritisiert wurde dies etwa von *Wolter* im Hinblick auf die ansatzweise erfolgte Regelung (einschließlich der Zusicherung der Vertraulichkeit und Geheimhaltung der Identität) in der Anlage D der RiStBV, die jedoch dem Parlamentsvorbehalt nicht genügt.[24] Intensiv erörtert wurde eine gesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes dann wieder im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum OrgKG,[25] mit welchem der Gesetzesentwurf zum StVÄG 1988 zum Teil übernommen und modifiziert wurde. Der Deutsche Richterbund etwa sah in seiner Stellungnahme zum OrgKG einen gesetzlichen Regelungsbedarf für den Einsatz von V-Personen, da

> »solche V-Leute oft über längere Zeit geführt, gezielt mit Aufträgen versehen eingesetzt und zum Teil auch entlohnt werden und ihre Aufgaben nicht selten zu direkten Ermittlungshandlungen gegen Beschuldigte führen, […][und] ihr Einsatz auch einen auf Täuschung angelegten Eingriff in Persönlichkeitsrechte anderer dar[stellt]«.[26]

Eine gesetzliche Regelung erfolgte gleichwohl auch im Rahmen der OrgKG nicht; zur Begründung wurde ausgeführt, dass V-Personen strafprozessual Zeugen seien, sodass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren gegeben sei.[27] Hinsichtlich der Vertraulichkeitszusicherung enthalte – so der Gesetzgeber – bereits die bundeseinheitliche Richtlinie von 1986 (Anlage D der RiStBV) Regelungen, die auf dem geltenden Recht beruhen würden und sich bewährt hätten.[28] Geregelt wurde lediglich der Einsatz von Verdeckten Ermittlern in den §§ 110a ff. StPO.

Neue Fahrt hat die Diskussion im Rahmen der Erörterungen der Expertenkommission des BMJV zur »effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens« aufgenommen: *Robert Esser* hat in seinem Gutachten aus Mai 2015 in diesem Zusammenhang umfassend zur »Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen« Stellung bezogen.[29] In der Diskussion innerhalb der Expertenkommission wurde von den Gegnern einer speziellen Ermächtigungsgrundlage, die sich im Übrigen innerhalb der

Kommission nicht durchsetzen konnten, die auch vorher schon bekannten, folgenden Aspekte hervorgehoben:[30]

- â–ª Jedenfalls der bloße Einsatz von V-Leuten an sich sei kein Eingriff in Grundrechte; zu einem solchen werde der Einsatz nur bei bestimmten Handlungsweisen bzw. Ausgestaltungsformen des Einsatzes, insbesondere beim Betreten von Privatwohnungen; jedenfalls überschreite ein etwaiger Grundrechtseingriff keine Schwelle, die nicht mehr von §§ 161, 163 StPO erfasst wäre.

- â–ª Eine Parallele zu den Polizeigesetzen, in denen der V-Mann-Einsatz spezialgesetzlich geregelt sei, sei schon deshalb nicht gegeben, weil dort nur die Polizeibehörden tätig werden, während im repressiven Bereich durch die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft die rechtsstaatliche Kontrolle gewährleistet sei.

- â–ª Eine Regelung über das »ob« und »wie« des V-Mann-Einsatzes würde überdies das Ermittlungsinstrument in der Praxis entwerten: V-Leute gingen so hohe Risiken ein, dass man möglichst geringe formale »Zügel« benötige und insbesondere ein Richtervorbehalt nicht hilfreich sei, da Entscheidungen schnell bzw. »ad hoc« getroffen werden müssten.

- â–ª Schließlich werde eine Anklage in der Praxis kaum auf V-Leute gestützt, da sich die Ermittlungsbehörden einerseits und die Gerichte bei der Entscheidungsfindung andererseits grundsätzlich um »unmittelbare Beweise« bemühten, so dass Verurteilungen oftmals ohne direkten Rückgriff auf V-Leute erfolgten.

Diese Argumente überzeugen schon *prima facie* nicht:

- â–ª Dass Urteile im Ergebnis oft nicht auf heimliche Ermittlungsmaßnahmen direkt gestützt werden, gilt für eine Vielzahl anderer heimlicher – explizit gesetzlich geregelter – Beweisgewinnungsmaßnahmen auch: Es ist die Wesensart heimlicher Ermittlungsmaßnahmen, dass sie oft als »Türöffner« in einem Verfahren dienen: Aufgrund der Erkenntnisse aus TKÜ-Maßnahmen, Observationen oder eben aus dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Leuten werden objektive Beweismittel – Urkunden und Augenscheinsobjekte – gewonnen, finden sich Zeugen und nicht zuletzt: Geständnisse. Sieht sich der Beschuldigte mit den Erkenntnissen der Ermittler konfrontiert, also mit der »staatlichen Übermacht«, die kaum so deutlich wird wie bei heimlicher Beweisgewinnung, fühlt er sich in einer ausweglosen Situation und gesteht, da eine Verteidigung »ja sowieso« sinnlos ist.[31]

- â–ª Der Einwand, dass zu viele Formalia den V-Mann-Einsatz entwerten oder jedenfalls erschweren

würden, ist eines Rechtsstaates kaum würdig: (Bloße) Praxisprobleme – überdies solche, die empirisch durch nichts belegt sind – sind verfassungsrechtlich und damit für die Frage des grundsätzlichen Erfordernisses allenfalls bedingt von Belang. Sie mögen auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit von Relevanz sein und insoweit bei der Frage der Ausgestaltung von Eingriffen und ihrer Beurteilung im konkreten Fall Bedeutung erlangen.

â–[a] Auch der Umstand, dass die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft im repressiven Bereich eine rechtsstaatliche Kontrolle gewährleistet, hat – unabhängig von der Frage der Bedeutung des Richtervorbehalts[32] – erst einmal keine Auswirkung für die Frage einer Ermächtigungsgrundlage für den V-Mann-Einsatz.

Zu erörtern ist letztlich unabhängig der o.g. Aspekte vielmehr grundsätzlich,

1. ob und ggf. in welchem Umfang der Einsatz von V-Leuten in Grund- bzw. Verfassungsrechte eingreift,

2. ggf. ob ein solcher Eingriff überhaupt verfassungsrechtlich zulässig sein kann

3. und wenn ja: ob ein solcher Einsatz einer speziellen Ermächtigungsgrundlage bedarf oder bestehende Regelungen ausreichend sind.

I. Eingriff in Grundrechte

Ob schon der Einsatz von V-Personen für sich genommen einen Eingriff in Grundrechte darstellt, ist – wie auch die Diskussion innerhalb der vom BMJV eingesetzten Expertenkommission aufzeigt – streitig.[33]

1. Kernbereich privater Lebensgestaltung/Menschenwürde (Art. 1 GG)

Eine absolute Grenze für jegliche Art von Ermittlungen, die im Bereich heimlicher Beweisgewinnung von weitgehender Relevanz ist, ist die Achtung von Art. 1 GG, mithin die Wahrung der Menschenwürde. Durch die Entwicklung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung als Ausprägung der Menschenwürde hat das *BVerfG* die Bedeutung für das Strafverfahren und die damit einhergehenden Grenzen für die Wahrheitsermittlung in einem jahrzehntelangen Prozess fortgeschrieben. Vorläufiger Abschluss bzw. Höhepunkt dieser Entwicklung ist die Entscheidung zum »Großen Lauschangriff« aus dem Jahr 2004;[34] danach wurden die in den §§ 100c, 100d, 100f und 101i geregelten Ermächtigungsgrundlagen für heimliche Beweisgewinnungsmaßnahmen in weiten Teilen für verfassungswidrig erklärt. In der Entscheidung heißt es unter anderem wörtlich:

> »Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse

höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. (…) Die Möglichkeit entsprechender Entfaltung setzt voraus, dass der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfügt, (…) ein ›letztes Refugium‹.«[35]

Der Schutz dieses »letzten Refugiums« folgt unmittelbar aus der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip von oberstem Verfassungswert.[36] Analysiert man die Rechtsprechung, die zum V-Mann ergangen ist,[37] so hat diese oftmals solche Konstellationen zum Gegenstand, in denen es genau darum geht, durch Vertrauensgewinnung und -ausnutzung in dieses »Refugium« einzudringen: Der Aufbau von Freundschaften, ja sogar von »taktischen Liebesbeziehungen« – so

der Begriff bei *Rachor* im Handbuch des Polizeirechts[38] – gehört durchaus zum Geschäft des V-Manns. Auch wenn die Konkretisierung des Kernbereichs wie auch dessen Indikatoren nicht abschließend geklärt sind, so lassen sich in Rechtsprechung und Schrifttum doch folgende Indikatoren festhalten[39] :

- Bedeutsam ist stets die *Thematik* der Kommunikation. Hier werden vom *BVerfG* maßgeblich die Auseinandersetzung und Beschäftigung mit dem Gewissen, dem Liebesleben, der Gefühlswelt, der Sexualität, mit Krankheiten, Tod und Rückschlägen in der persönlichen Entwicklung sowie mit der Familie als sozialem Gebilde angeführt.[40]

- Auch das Vertrauensverhältnis der miteinander Kommunizierenden ist von Bedeutung: Das *BVerfG* spricht insoweit von »Personen des höchstpersönlichen Vertrauens«.[41] Die §§ 52, 53 StPO haben diesbezüglich allenfalls Indizwirkung; maßgeblich ist insoweit eine verfassungsrechtliche Sichtweise. Ehepartnern und Familienangehörigen kommt angesichts von Art. 6 GG eine besondere Bedeutung zu.[42]

- Weiterhin wird in der Entscheidung vom 03.03.2004 die räumliche Situation als vergleichsweise sicher bestimmbarer Faktor hervorgehoben: Gespräche in der Privatwohnung sind grundsätzlich ein Indiz für Kernbereichsrelevanz. Jedenfalls bei Gesprächen in der Privatwohnung mit vertrauten Personen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese vom Kernbereichsschutz erfasst werden.

- Auch die »Totalausforschung« des Beschuldigten kann in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreifen: Dies kann etwa auch dann der Fall sein, wenn eine einzelne Maßnahme zwar für sich genommen nicht bzw. noch nicht kernbereichsverletzend ist, die gebündelten bzw. kumulierten Maßnahmen aber zu einer derart intensiven Überwachung führen, dass dem Maßnahmenbündel eine über die bloße Addition einzelner Maßnahmen hinausgehende Qualität innewohnt, die letztlich zur Annahme einer Kernbereichsverletzung führt.[43]

Unabhängig von der Frage einer gesetzlichen Regelung ist also in der Praxis stets zu prüfen, ob nicht der *konkrete* V-Mann-Einsatz anhand der soeben ausgeführten Kriterien in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreift.

Dies hängt mithin davon ab, auf welche Art und Weise der Bruch dieser von *Eschelbach* so bezeichneten »Vertrauensbeziehung« im Rahmen seines Einsatzes erfolgt: das Eindringen in den Wohnbereich, den familiären Schutzbereich und das Erschleichen des persönlichen Vertrauens, im Extremfall gar das Eingehen einer vertraulichen Beziehung unter Verheimlichung des staatlichen Auftrags dürften den unantastbaren Kernbereich jedenfalls berühren.[44] Insoweit stellt sich zwar nicht absolut, aber in einer Vielzahl von praktischen Fällen für die jeweiligen Verfahrensbeteiligten die Frage, ob im konkreten Einzelfall der Kernbereich privater Lebensgestaltung und damit die Menschenwürde verletzt wird. Zwingend ist dies jedoch nicht, sodass Art. 1 Abs. 1 GG einem V-Mann-Einsatz nicht von vornherein und in jedem Fall entgegensteht.

2. Grundrechtseingriffe, die rechtfertigungsfähig sind

Für die Frage einer gesetzlichen Regelung entscheidend ist allerdings der Eingriff in Grundrechte, die Schranken unterliegen, bei denen ein möglicher Eingriff – hier mithin der V-Mann-Einsatz – mithin überhaupt regelungsfähig ist.

a) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Von maßgeblicher Bedeutung – dies wird im Schrifttum wie auch aus den Protokollen der Expertenkommission deutlich – ist insoweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Es schützt den Einzelnen vor einer unbegrenzten Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis eines jeden, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen.[45] In dem »Volkszählungsurteil« aus dem Jahr 1983 heißt es wörtlich:

> »Individuelle Selbstbestimmung setzt (…) voraus, daß dem einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.«[46]

Kernaussage des Volkszählungsurteils ist zum einen, dass jeder Bürger selbständig entscheidet, ob und inwieweit er anderen personenbezogene bzw. persönliche Daten mitteilt, zum anderen aber auch, dass er selbst Kenntnis darüber hat, was andere wissen. Es gibt hierbei »kein belangloses Datum«.[47] In der Entscheidung heißt es weiter:

> »Wer unsicher ist, ob (…) Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.«

Hieraus folgt, dass schon den Gefährdungen als Vorstufe zu tatsächlichen und abgeschlossenen Beeinträchtigungen und damit bereits den Befürchtungen des betroffenen Bürgers eingriffsgleiche Relevanz zuerkannt wird. *Gusy* hat zutreffend ausgearbeitet, dass schon die prinzipielle Möglichkeit eines Einsatzes einer heimlichen Beweisgewinnungsmaßnahme dazu führt, dass der Einzelne sich nicht sicher sein kann, welche Informationen über ihn erfasst und gesammelt werden, so dass er schon von sich aus in der Ausübung seiner Handlungsfreiheit in Gestalt des informationellen Selbstbe-

stimmungsrechts gehemmt ist.[48] Dies gilt auch (oder erst recht) für den V-Mann-Einsatz.

Nur dieses Verständnis wird auch dem mittlerweile vorherrschenden modernen Eingriffsverständnis gerecht, das im Gegensatz zum klassischen Eingriffsbegriff nicht nur final-unmittelbare, auf die Beeinträchtigung einer Rechtsposition gerichtete Rechtsakte, sondern jegliche Beeinträchtigung des Schutzbereiches erfasst, sei sie auch faktisch-mittelbarer Natur.[49] Dies scheint auch Ausgangspunkt von Diskussionen bei der Expertenkommission gewesen zu sein.

Eine eingriffsgleiche Gefährdung besteht schon dann, wenn der Betroffene nichts von der gegen ihn gerichteten Ermittlung persönlicher bzw. personenbezogener Daten weiß, da ihm dabei notwendigerweise die Möglichkeit genommen wird, auf die Informationserhebung zu reagieren. Genau dies ist ja auch der Sinn des V-Mann-Einsatzes: Die Zielperson soll Informationen von sich geben, ohne zu wissen, was mit diesen erfolgt. Im Übrigen liegt bei diesem hier zugrunde gelegten Verständnis bei jeder heimlichen Ermittlungsmaßnahme schon ihrem Wesen nach eine Beeinträchtigung vor, da sie ja gerade den Zweck hat, dass der Einzelne nichts über eben diese Informationserhebung erfährt.[50] In späteren Entscheidungen hat das *BVerfG* auch klargestellt, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht nicht nur auf die elektronische bzw. automatische Datenverarbeitung beschränkt ist, sondern – so das *Gericht* etwa in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von § 687 ZPO im Jahr 1988 – »vielmehr wegen seiner persönlichkeitsrechtlichen Grundlage *generell* vor staatlicher Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten« Schutz gewährt.[51] Insoweit handelt es sich bei jeder Tätigkeit von V-Personen – jedenfalls sobald diese den Ermittlungsbehörden Informationen über persönliche und sachliche Verhältnisse des Betroffenen übermitteln – um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen.[52] Hinzu tritt ein zweiter Aspekt: Das *BVerfG* sieht im informationellen Selbstbestimmungsrecht auch den nemo-tenetur-Grundsatz verankert. So heißt es in einer späteren Entscheidung des *Gerichts*, dass dieses Recht

> »unter anderem die Befugnis [verleiht], grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen er persönliche Sachverhalte offenbaren will […]. In besonderer Weise schützt das Grundrecht vor dem Verlangen, Informationen preiszugeben, die den Betroffenen selbst belasten«.[53]

Auf die Selbstbelastungsfreiheit wird noch gesondert einzugehen sein; festzuhalten bleibt jedoch, dass der V-Mann-Einsatz »an sich« – also unabhängig von seiner Ausgestaltung im konkreten Fall – bereits grundsätzlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt.

b) Art. 6 GG

Der Einsatz von V-Personen kann überdies einen Eingriff in das Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG bedeuten. Der Schutz der Kommunikation innerhalb der Ehe und der Familie stellt den Kernbestand des Art. 6 GG dar; insoweit verletzt eine V-Person, die sich heimlich Zutritt zum räumlichen Kernbereich der Familie verschafft und etwa durch das Belauschen oder die heimliche Durchsicht privater Korrespondenz zwischen Familienangehörigen Quellen erschließt, die ausschließlich für den familiären Nahbereich bestimmt waren, das vom *BVerfG* erwähnte »Vertrauensverhältnis« zwischen Familienangehörigen und damit Art. 6 GG.[54] Hier wird im Einzelfall stets zu prüfen sein, ob nicht der bereits von mir skizzierte Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt ist.

c) Art. 13 GG

Sofern sich V-Personen im Rahmen ihrer Tätigkeit Zutritt zu Wohnungen verschaffen, ist überdies das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung berührt.[55] Jedenfalls im Bereich des Strafverfahrensrechts hat sich insoweit mit Recht die Ansicht durchgesetzt, dass das täuschungsbedingte Einverständnis in das Betreten der Wohnung keine den Grundrechtseingriff ausschließende Einwilligung bedeutet, ebenso wenig wie jenes den Tatbestand des Hausfriedensbruchs ausschließt.[56]

Art. 13 Abs. 1 GG verbürgt dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum und gewährleistet das Recht, in diesem in Ruhe gelassen zu werden. Auf die besondere Bedeutung der Privatwohnung wurde bereits hingewiesen: sie wurde vom *BVerfG* in der Entscheidung zum »Großen Lauschangriff« insoweit als »letztes Refugium« quasi als ein »Mittel« zur Wahrung der Menschenwürde bezeichnet.[57] Das *BVerfG* stellt jedoch nicht die grundsätzliche Unzulässigkeit von Wohnraumüberwachungen fest, sondern nur soweit eben dieser Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist. Mithin spricht es vom Menschenwürdegehalt des in Rede stehenden Grundrechts. Insoweit soll die Überwachung – im konkreten Fall die Abhörung – zum Schutz der Menschenwürde zeitlich und räumlich beschränkt werden. Dem trägt die Neufassung von § 100c StPO insbesondere in Abs. 4 und Abs. 5 Rechnung. Eine derartige Beschränkung ist bei dem Einsatz von V-Personen aber faktisch vielfach ausgeschlossen: Dies würde nämlich bedeuten, dass der V-Mann bei der Entwicklung eines Gesprächs in Richtung des absolut geschützten Bereichs sofort, ja geradezu schlagartig die Wohnung verlassen müsste.[58] Ebenso wenig können bei einem V-Mann – anders als bei einem technischen Hilfsmittel – wahrgenommene Informationen wieder gelöscht werden.[59] Verstößen kann mithin nur auf der Verwertungsebene begegnet werden, obwohl Kernbereichsverletzungen bereits auf Erhebungsebene begegnet werden muss.[60]

Dies ist ein großer Unterschied zwischen dem V-Mann-Einsatz und dem Einsatz technischer Hilfsmittel, bei denen der Abbruch einer Maßnahme jedenfalls bei einer »Echtzeit-Überwachung« technisch sofort möglich ist. Im Bereich der akustischen Wohnraumüberwachung wird diese auch ge-

lebt, im Bereich der mittlerweile »vollautomatisierten« Telekommunikationsüberwachung hingegen aus Ressourcengründen nicht. Ob dies verfassungsgemäß ist, steht auf einem anderen Blatt – im Bereich des V-Mann-Einsatzes ist jedenfalls ein »Sofortabbruch« faktisch (nicht zuletzt mit Blick auf die persönliche Sicherheit der V-Person) gar nicht möglich. Unabhängig hiervon besteht wohl weitgehend Einigkeit darüber, dass jedenfalls beim Betreten einer Wohnung durch einen V-Mann ein regelungsbedürftiger Grundrechtseingriff vorliegt. Wie eine solche Regelung aussehen kann, zeigt § 110c StPO auf, auch wenn diese Norm vielfach aus »formellen Gründen« als verfassungswidrig bezeichnet wird, da sie nur durch ein verfassungsänderndes Gesetz hätte erfolgen können und gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 GG verstoße.[61] Festzuhalten bleibt: Der Einsatz von V-Leuten ist grundsätzlich auch außerhalb des geschützten Bereichs von Art. 13 GG möglich; in einer Vielzahl von Fällen wird er jedoch dessen Schutzbereich tangieren.

3. Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten:

- â–ª Sofern mit dem V-Mann-Einsatz ein Eingriff in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung einhergeht, ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen, der Einsatz mithin von vorne herein unzulässig.

- â–ª Der Einsatz von V-Personen im Rahmen der Strafverfolgung kann je nach Konstellation insoweit mehrere Grundrechte sowie verfassungs- und menschenrechtliche Garantien tangieren.

- â–ª Jedenfalls ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt unabhängig von der Ausgestaltung des Einsatzes immer vor.

II. Der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes

Liegt der Grundrechtseingriff unterhalb der Schwelle des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, mithin eines Eingriffes in die Menschenwürde, ist ein Einsatz verfassungsrechtlich nicht von vornherein unmöglich, da die betroffenen Grundrechte nicht schrankenlos gewährt werden und mithin grundsätzlich »eingriffsfähig« sind. Ein solcher Einsatz des V-Manns muss dann allerdings dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes Rechnung tragen.

> Die Normierung staatlicher Eingriffe bedeutete insofern neben ihrer Voraussehbarkeit und damit verbundenen Rechtssicherheit vor allem auch Freiheit für den Bürger; *Montesquieu* führt hierzu aus: »La liberté est le droit de faire tout ce que les loix permettent.«[62] Dieser Gedanke kam nicht nur in der Verfassung der USA vom 17.09.1787 sowie in den Art. 4, 5 und 7 der französischen Menschenrechtserklärung vom 26.08.1789 zum Ausdruck, sondern tauchte spätestens zu Beginn des 19.

Jahrhunderts auch in Deutschland in den jeweiligen Landesverfassungen auf.[63] Im Grundgesetz hat man sich trotz einer anderslautenden Ausgestaltung im Herrenchiemseer Entwurf wie schon zuvor in der Weimarer Reichsverfassung gegen die Regelung eines »Einheitsgesetzesvorbehaltes« entschieden.[64] Folglich wird der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes nicht expressis verbis im Grundgesetz erwähnt. Das *BVerfG* hat ihn in mehreren Entscheidungen aus verschiedenen, sich teilweise ergänzenden Gesichtspunkten hergeleitet, insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip[65] sowie dem Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip.[66] Im Schrifttum wird diesen Herleitungsansätzen überwiegend gefolgt.[67] Teilweise wird der Gesetzesvorbehalt aber auch mittelbar aus den Grundrechten abgeleitet oder bereits als »Verfassungsgewohnheitsrecht« bezeichnet.

Unabhängig von der jeweiligen dogmatischen Herleitung ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Gesetzesvorbehalt jedenfalls nahezu einhellig anerkannt. Das *BVerfG* und die herrschende Lehre vertreten zur Neubestimmung des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes über die klassische Formel von Eingriff in Freiheit und Eigentum hinaus die sog. Wesentlichkeitstheorie. Dieser allgemeine Vorbehalt konkretisiert sich mit Blick auf die Rspr. des *BVerfG* dann zu einem Parlamentsvorbehalt, wenn es sich nur um »wesentliche« Entscheidungen handelt. In diesem Bereich unterliegt das Parlament einem »Delegationsverbot«, d.h. ihm ist die Übertragung der Regelungskompetenz auf die Exekutive untersagt. Dazu führt das *BVerfG* im sog. »Kalkar«-Beschluss vom 08.08.1978[68] wie folgt aus:

> »In welchen Bereichen danach staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei in erster Linie die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den vom Grundgesetz anerkannten und verbürgten Grundrechten zu entnehmen.
>
> Nach den gleichen Maßstäben beurteilt sich, ob der Gesetzgeber, wie der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt weiter fordert […],mit der zur Prüfung vorgelegten Norm die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festgelegt und dies nicht dem Handeln etwa der Verwaltung überlassen hat.«[69]

Zwar hat die »Wesentlichkeits«-Formel als Differenzierungskriterium aufgrund ihrer Unbestimmtheit Kritik erfahren.[70] Ihr ist aber wenigstens insoweit zuzustimmen, als dass eine »wesentliche« Entscheidung jedenfalls immer dann anzunehmen ist, wenn der Grundrechtsbereich betroffen ist. Demnach ist für grundlegende normative Bereiche ein Gesetzesvorbehalt in Form eines Parlamentsvorbehaltes notwendig. Einem solchen Parlamentsvorbehalt unterfallen jedoch nicht alle Regelungsbereiche des Strafverfahrens von vorneherein. Dieser gilt unbestritten für alle imperativen Maßnahmen, also solche Eingriffe, die mit unmittelbarem Zwang verbunden sind.[71] Aber auch hinsichtlich der nicht-imperativen Maßnahmen, die keinen unmittelbaren (physisch wirkenden) Zwang auslösen, wird mit Recht weitgehend vertreten, dass auch diese einem Parlamentsvorbehalt unterliegen, sofern sie in Grundrechte eingreifen.[72] Insofern lässt sich festhalten, dass jedenfalls alle »strafprozessualen Grundrechtseingriffe« – als Oberbegriff für imperative und nicht-impe-

rative Grundrechtsbeeinträchtigungen im Strafverfahren – einer formal-gesetzlichen Grundlage bedürfen.[73]

Für den Einsatz von V-Personen im Rahmen der Strafverfolgung ist mithin eine gesetzlich bestimmte Regelung erforderlich, da ihr Einsatz schon »an sich«, also ohne besondere Einsatzformen, zumindest in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie je nach Ausgestaltung des Einsatzes ggf. auch in andere Grundrechte, insbesondere Art. 13 GG, eingreift.

III. Ermächtigungsgrundlagen de lege lata?

Entscheidend ist für die Frage der Zulässigkeit des V-Mann-Einsatzes mithin, ob ein solcher sich auf eine Ermächtigungsgrundlage de lege lata stützen kann.

1. Anl. D RiStBV

Dass die Anlage D der RiStBV keine geeignete Ermächtigungsgrundlage ist, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass es sich um eine bloße Verwaltungsrichtlinie handelt, die für sich genommen keinen Grundrechtseingriff legitimieren kann.[74]

2. Zeugenvorschriften

In der Begründung zum OrgKG wird die spezialgesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes unter anderem damit abgelehnt, dass V-Personen strafprozessual Zeugen seien, sodass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren durch die Anwendung der entsprechenden Vorschriften gegeben sei.[75] Diese Feststellung trägt schon deshalb nicht, weil der »Verfahrensstatus einer Person […] nichts darüber besagt, ob eine von ihr ausgeübte […] Tätigkeit gesetzeskonform ist.«[76] Aus der Möglichkeit, eine Person als Zeugen zu laden, kann naturgemäß nicht auf deren Eingriffskompetenz geschlossen werden. Sonst hätte der Gesetzgeber auch nicht den Einsatz von Verdeckten Ermittlern in den §§ 110a ff. StPO regeln müssen, die ebenso Zeugen sind. Zutreffend ist, dass die Einführung der Erkenntnisse des V-Manns in das Strafverfahren – wenn auch regelmäßig akustisch und optisch verfremdet – durch Zeugenvernehmung erfolgt; die eigentliche Erkenntnisgewinnung des V-Manns, also des Beweismittels erfolgt jedoch vorab – und zwar final im staatlichen Interesse und im staatlichen Auftrag.[77] Hierin liegt ja gerade der o. aufgezeigte Grundrechtseingriff. Die Zeugenvorschriften rechtfertigen mithin den Einsatz des V-Manns nicht.

3. Analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO?

Im Hinblick auf eine Ermächtigungsgrundlage wurde auch diskutiert, ob eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO auf Einsätze von V-Personen in Betracht kommt. Die Vorschriften wurden durch das OrgKG vom 15.07.1992[78] in die StPO eingefügt und regeln den Einsatz des Verdeckten Ermittlers im Bereich der Strafverfolgung.

Der *BGH* hat bereits im Jahr 1995[79] eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO auf V-Personen verneint. Das Ergebnis ist zutreffend, die Begründung allerdings wenig überzeugend:

> So führte der *3. Strafsenat* in der Entscheidung vom 22.02.1995 aus, dass bereits keine vergleichbare Interessenlage zwischen dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen bestehe. Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers statt einer V-Person beschwere den Beschuldigten, da der Verdeckte Ermittler Eingriffsbefugnisse habe, die einer V-Person nicht zustünden. So könne er unter den Voraussetzungen der §§ 100c, 100d StPO besondere, für Observationszwecke bestimmte technische Mittel verwenden und das nicht-öffentlich gesprochene Wort abhören und aufzeichnen sowie unter seiner Legende Wohnungen betreten und am Rechtsverkehr teilnehmen.[80] Diese Argumentation verkennt jedoch, dass V-Personen grundsätzlich dieselben Eingriffe eröffnet sind, deren Einsatz sich für den Betroffenen mithin regelmäßig nicht von dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers unterscheidet. Auch V-Personen betreten unter Täuschung der Betroffenen Wohnungen. Auch ihnen ist es möglich, Betroffene zu observieren und durch ihre Aussage den Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken herbeizuführen. Es mag sein, dass dies für den V-Mann als Privaten im Einzelfall unzulässig und sogar strafbar ist. Es ändert jedoch nichts daran, dass solche Eingriffe faktisch vorkommen und grundsätzlich sogar verwertbar sind, da die Rechtsprechung für illegale Beweisgewinnung durch Private hohe, wenn nicht überhöhte Anforderungen an die Unverwertbarkeit stellt.[81] Für den Betroffenen, dessen Grundrechte insoweit maßgeblich sind, ist es mithin unerheblich, ob nun die Strafverfolgungsbehörden einen Verdeckten Ermittler oder eine V-Person auf ihn ansetzen.

Unabhängig von der Frage der vergleichbaren Interessenlage folgt mit dem wohl herrschenden Schrifttum ein Analogieverbot im Strafverfahren aus dem öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehalt für hoheitliche Eingriffe in Grundrechte;[82] auch wenn das *BVerfG* dies (bislang) nur für Zwangsmaßnahmen mit Freiheitsentzug im Strafverfahren explizit anerkannt hat,[83] ergibt sich ein solches Verbot aus dem mit dem Gesetzesvorbehalt verknüpften Rechtsstaatsprinzip: Dieses umfasst unter anderem die Gewährleistung der Sicherheit und Vorhersehbarkeit von Recht und dem damit verbundenen Verbot willkürlicher Grundrechtseingriffe; dem kann nur hinreichend Rechnung getragen werden, wenn eine analoge Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen ausgeschlossen ist.[84] Letztlich kann dies aber dahinstehen, da sich das Nichtvorliegen einer planwidrigen Regelungslücke – als zwingende Voraussetzung einer Analogie – jedenfalls aus der Begründung zum Entwurf der §§ 110a ff. StPO ergibt. Darin hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen eine gesetzliche Reglung des V-Mann-Einsatzes entschieden.[85] Insoweit verbietet sich eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO aus systematischer Sicht von vornherein.

4. §§ 161, 163 StPO

Rechtsprechung[86] und Teile der Literatur[87] sehen die Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen in der Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO. Hier liegt der Kern der Diskussion.

a) (Keine) generelle Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Teilweise – etwa von *Rogall* – wird vertreten, dass von vornherein immer dann, wenn »nur« ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorliege, ein Rückgriff auf die begrenzte Generalklausel der §§ 161, 163 StPO ausreichend sei; er begründet dies damit, dass es sich hierbei um ein »rein formales (inhaltsleeres) Recht« handele, für dessen Einschränkung eine Generalklausel wie die §§ 161, 163 StPO ausreiche.[88] Diese Ansicht hat sich mit Recht nicht durchsetzen können; sie wird der Bedeutung des informationellen Selbstbestimmungsrechts und seiner Entwicklung in der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht gerecht: In seiner Kommentierung im *Maunz/Dürig* schreibt *Di Fabio* diesbezüglich, dass die vom *BVerfG* in diesem Zusammenhang gestellten Anforderungen an Ermächtigungsgrundlagen, die Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung legitimieren, »vergleichsweise hoch« seien.[89] Wörtlich führt *Di Fabio* weiterhin aus:

> »[…]der Grundrechtsschutz [ist insoweit] verstärkt prozedural auszugestalten […]Der Gesetzgeber habe daher [– hier nutzt er eine Originalformulierung aus dem Volkszählungsurteil –] ›mehr als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken‹. Sowohl aus dem Gebot der Normenklarheit als auch aus Verhältnismäßigkeitsüberlegungen verlangt das BVerfG weiterhin, dass der legitimierende Zweck in hinreichender Bestimmtheit gesetzlich fixiert sein muss. […]Eine bloß allgemein formulierte Aufgabennorm dürfte dem ebenso wenig genügen wie die Berufung auf allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe«.[90]

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als »inhaltsleer« zu bezeichnen verkennt überdies, dass das *BVerfG* diesem in einer dezidierten Rechtsprechung immer schärfere Konturen verliehen hat, zuletzt im Rahmen der Entscheidung zur »Online-Durchsuchung« sogar hieraus ein weiteres Grundrecht entwickelt hat, nämlich das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme«, das sog. Computer-Grundrecht.[91] *Di Fabio* stellt zwar klar, dass Generalklauseln insoweit nicht *per se* ausscheiden, ihre Anforderungen stiegen aber mit zunehmender Eingriffstiefe.[92]

b) §§ 161, 163 StPO als »begrenzte« Ermächtigungsgrundlage – Eingriffsintensität als »Schwelle«

Diesen Anforderungen wird §§ 161, 163 StPO mit Blick auf die Eingriffsintensität bzw. -tiefe des V-Mann-Einsatzes an sich – also unabhängig von der Frage, ob über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinaus weitere Grundrechte wie etwa Art. 13 GG verletzt werden oder nicht – nicht gerecht:

> Eingeführt wurde die Ermittlungsgeneralklausel im Zuge des Strafverfahrensänderungsgesetzes 1999 (StVÄG). Die §§ 161, 163 StPO geben den Strafverfolgungsbehörden zwar das Recht, erforderliche Ermittlungsmaßnahmen vorzunehmen, allerdings beschränkt sich dies – so auch der Ermittlungsrichter des BGH in einem Beschluss aus dem Jahr 2007 – auf Maßnahmen mit nur geringer Eingriffsintensität.[93] Insoweit werden die §§ 161, 163 StPO mit Recht – und zwar vom Gesetzgeber selbst – als »begrenzte

Generalklauseln« bezeichnet.[94]

Kein Ersatz soll die Ermittlungsgeneralklausel hingegen für eine erforderliche Einzeleingriffsermächtigung für tiefer in Grundrechte eingreifende Maßnahmen sein. Der Gesetzgeber hat durch die strafprozessuale Einzelregelung zahlreicher Maßnahmen, wie etwa Durchsuchung, Beschlagnahme, Überwachung der Telekommunikation etc. – und nicht zuletzt dem Einsatz Verdeckter Ermittler (!) –, zum Ausdruck gebracht, dass er für Eingriffe dieser Intensität eine spezielle Einzelermächtigung für erforderlich hält. Von den §§ 161, 163 StPO können nach den Grundsätzen der sog. »Schwellentheorie« mithin ausschließlich diejenigen Maßnahmen erfasst sein, die unterhalb der Schwelle bereits in Einzeleingriffsermächtigungen geregelter Maßnahmen liegen.[95] Dass der Einsatz von V-Leuten nicht weniger eingriffsintensiv ist als zahlreiche der gesetzlich normierten expliziten Ermächtigungsgrundlagen für einzelne Eingriffsmaßnahmen, liegt auf der Hand: Man muss nicht so weit gehen wie *Jürgen Stock*, der das Ansetzen einer V-Person auf einen Bürger einmal als den umfassendsten und schwerwiegendsten Eingriff in die Grundrechte bezeichnet hat.[96] Auch *Eschelbach* hat in einem jüngeren Beitrag ausgeführt, dass die »informelle Ausforschung des Beschuldigten« durch V-Personen wesentlich über die bislang im Gesetz spezialgesetzlich geregelten heimlichen Ermittlungsmethoden hinausgeht.[97] Er begründet dies insbesondere mit dem Vertrauensbruch im Verhältnis zum betroffenen Bürger.

Jedenfalls aber handelt es sich um einen intensiven Eingriff: Für diese Sicht spricht auch die Vergleichbarkeit mit dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern, für den der Gesetzgeber Regelungsbedarf in Form einer speziellen Ermächtigungsgrundlage gesehen hat. Für den Beschuldigten, auf den es angesichts der im Raum stehenden Grundrechtseingriffe ankommt, wird es regelmäßig unbeachtlich sein, ob sein Verhalten von einem unter einer Legende tätigen Polizeibeamten oder von einer Privatperson ausgeforscht wird. Lebensnah betrachtet dürfte für ihn der Einsatz einer Privatperson sogar ungleich schwerer wiegen, da hier der Vertrauensbruch bzw. der Eingriff in die Privatsphäre regelmäßig noch intensiver ist bzw. intensiver wahrgenommen wird. Jedenfalls faktisch gehen Einsätze von V-Personen auch in ihrer Intensität des Aufbaus von Vertrauensbeziehungen über den VE-Einsatz hinaus, da ihnen anders als Verdeckten Ermittlern regelmäßig auch eine gewisse »professionelle Distanz« fehlen wird.

c) Die Entscheidung des BVerfG vom 20.04.2016 (»BKA-Gesetz«)

Eine solche Sicht wird auch der Entscheidung des *BVerfG* zum BKAG vom 20.04.2016 gerecht, die zeitlich erst nach dem Bericht der Expertenkommission erfolgt ist und daher in der Auseinandersetzung zur Frage des V-Mann-Einsatzes keine Berücksichtigung finden konnte. Das *BVerfG* hat den mit dem Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA vom 25.12.2008 eingefüg-

ten § 20g BKAG für teilweise verfassungswidrig erklärt: So genüge zum einen § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG weder dem Grundsatz der Bestimmtheit noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[98] Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unzureichend sei überdies die Regelung des Richtervorbehalts in § 20g Abs. 3 BKAG.[99] Überdies genüge § 20g BKAG auch insoweit nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, als er keine Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthalte.[100] Die Entscheidung ist

für die Frage nach dem Erfordernis einer speziellen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen in der StPO insofern von maßgeblicher Bedeutung, als dass das *BVerfG* darin festhält, dass es sich bei dem Einsatz von V-Personen um einen »sehr schwerwiegenden Grundrechtseingriff« handelt. So heißt es wörtlich:

> »Zu unbestimmt oder unverhältnismäßig ist die Vorschrift auch nicht hinsichtlich der in § 20g II BKAG definierten Mittel der Überwachung. Allerdings umfassen diese – ungeachtet ihres unterschiedlichen Eingriffsgewichts im Einzelnen – auch sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie etwa die Möglichkeit von langfristig angelegten Wort- und Bildaufzeichnungen privater Gespräche und Situationen oder das Ausnutzen von Vertrauen durch Verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen.«[101]

Einen »sehr schwerwiegenden Eingriff« kann mit Blick auf das Verständnis des Gesetzgebers wie auch der Rechtsprechung von §§ 161, 163 StPO als sog. »begrenzte Generalermächtigungsklausel« für leichtere Grundrechtseingriffe durch einen Rückgriff auf eben diese nicht rechtfertigen. Im Hinblick auf den in § 20g Abs. 3 BKAG ausschließlich für den Einsatz Verdeckter Ermittler normierten Richtervorbehalt führt das *BVerfG* im Übrigen weiter aus:

> »§ 20g III BKAG sieht einen Richtervorbehalt unmittelbar für die erstmalige Anordnung der Maßnahme nur beim Einsatz Verdeckter Ermittler vor (vgl. § 20g III 1 BKAG). In anderen Fällen erlaubt er die erstmalige Anordnung unmittelbar durch das Bundeskriminalamt selbst und fordert eine richterliche Entscheidung erst für deren etwaige Verlängerung (§ 20g III 8 BKAG). Dies gilt [unter anderem] [...] für [...] den Einsatz von Vertrauenspersonen oder Verdeckten Ermittlern (§ 20g II Nr. 2b, 4 und 5 BKAG) [...] Diese Regelung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nur teilweise. […]Demgegenüber ist eine unabhängige Kontrolle verfassungsrechtlich aber unverzichtbar, wenn [...] Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Diese Maßnahmen dringen unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss. Insoweit reicht es nicht, die Anordnung der Maßnahmen zunächst der Sicherheitsbehörde selbst zu überlassen und die disziplinierende Wirkung wegen des Erfordernisses einer richterlichen Entscheidung erst für deren Verlängerung – möglicherweise auf der Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse – vorzusehen. Soweit für diese Maßnahmen eine erstmalige Anordnung ohne richterliche Entscheidung vorgesehen ist, genügt § 20g BKAG einer verhältnismäßigen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung nicht.«[102]

Das *BVerfG* hält mithin bereits eine gesetzliche Regelung, die den Einsatz von V-Personen unter der Bedingung zulässt, dass die Abwehr von Gefahren oder die Verhütung von Straftaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre oder Dritte unvermeidbar betroffen wären, angesichts des nicht geregelten Richtervorbehaltes für unverhältnismäßig. Insoweit kann eine derart offene Generalklausel, wie §§ 161, 163 StPO, die den Einsatz von darauf gestützten Ermittlungsmethoden an keinerlei Voraussetzungen knüpft, ersichtlich nicht als Grundlage für den grundrechtserheblichen Einsatz von V-Personen dienen. Auch dies unterstreicht das Erfordernis einer speziellen Regelung in der StPO, in welcher im Übrigen auch ein Richtervorbehalt festgelegt werden sollte.

d) Systematik: Vergleich mit Regelungen des Gefahrenabwehrrechts

Unabhängig von seiner festgestellten Verfassungswidrigkeit zeigt die bloße Schaffung von § 20g BKAG ebenso wie einige andere spezielle Normierungen des Einsatzes von V-Personen im präventiven Bereich, so etwa in § 9b BVerfSchG und in § 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG auf, dass hier trotz zuvor bereits bestehender Generalklauseln in den jeweiligen Gesetzen spezielle Regelungen für den V-Mann-Einsatz geschaffen wurden; daraus folgt, dass der Gesetzgeber ein entsprechendes Regelungsbedürfnis gesehen hat.[103] Wenn dies schon für den Bereich der Gefahrenabwehr gilt, wo es ggf. um Entscheidungen geht, die unter Umständen sehr kurzfristig zur Rettung von höchsten Rechtsgütern erforderlich sind, dann muss dies erst recht für den Bereich der repressiven Straftataufklärung gelten, bei der im Regelfall weniger Eilbedürftigkeit besteht.

Eine solche Sicht steht im Einklang mit dem herrschenden Verständnis im verfassungsrechtlichen Schrifttum – etwa wiederum bei *Di Fabio* – wonach bei Präventivmaßnahmen der Aspekt der Gefahrenabwehr im Hinblick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht eher Einschränkungen zulasse.[104] Wenn der Gesetzgeber also hier schon spezialgesetzliche Regelungen für erforderlich hält, so stellt sich der Rückgriff im Strafverfahrensrecht auf die §§ 161, 163 StPO als systematisch kaum vertretbar dar.

e) Konventionsrechtliche Sicht: Art. 8 EMRK

Für das Erfordernis einer speziellen Eingriffsermächtigung sprechen überdies – wie *Robert Esser* in seinem Gutachten innerhalb der Expertenkommission in 2015 ausgeführt hat – die in Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleisteten Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Korrespondenz.[105] Ein Eingriff in diese Rechte ist nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nur zulässig, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Das Erfordernis eines gesetzlich vorgesehenen Eingriffs ist Ausfluss des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips, insoweit sind daran nicht nur formale, sondern auch qualitative Anforderungen gestellt. Für den Bürger muss das Gesetz, das den Eingriff vorsieht, insoweit insbesondere vorhersehbar sein. Dies ist der Fall, wenn es hinreichend bestimmt ist, so dass der Bürger sein Verhalten an ihm ausrichten kann. Er muss – notfalls auch mit

rechtlicher Unterstützung – in angemessenem Umfang die Folgen vorhersehen können, die bestimmte Handlungen haben.

Der *EGMR* hat dies in der Entscheidung »Bykov gegen Russland« vom 10.03.2009 ausdrücklich auch für den Fall hervorgehoben, in welchem im Rahmen eines V-Mann-Einsatzes eine heimliche Aufzeichnung der Äußerungen des Beschuldigten erfolgt ist.[106] Um den Anforderungen an die Qualität des Gesetzes zu entsprechen, müsse das Gesetz, wenn es Ermessensbefugnisse übertrage, deren Umfang bestimmen, wenn auch die Einzelheiten des Verfahrens und der Voraussetzungen für den Eingriff nicht notwendig in die Gesetzesvorschriften aufgenommen werden müssten.[107] Das Ausmaß der von einem Gesetz insoweit verlangten Bestimmtheit hänge von dem jeweiligen Regelungsbereich ab. Weil geheime Ermittlungsmaßnahmen in der Praxis einer Prüfung durch die Betroffenen oder der Öffentlichkeit nicht zugänglich seien, widerspräche das Gesetz dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wenn das den Behörden oder Gerichten eingeräumte

Ermessen unbegrenzt wäre. Das Gesetz müsse also den Umfang dieses Ermessens und die Art seiner Ausübung ausreichend deutlich bestimmen, um den Einzelnen angemessen gegen willkürliche Eingriffe zu schützen.

Eine solche hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage, die den Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK durch den Einsatz von V-Personen für den Betroffenen vorhersehbar macht, enthalten die §§ 161, 163 StPO aber gerade nicht.[108]

f) Die Entscheidung des BVerfG vom 01.03.2000

Schließlich kommt in diesem Zusammenhang auch einer schon etwas älteren, im Rahmen der Expertenkommission auch diskutierten Entscheidung des *BVerfG* – genauer der *3. Kammer* des *2. Senats* – vom 01.03.2000 Gewicht zu,[109] nach der sich das Vorgehen der Vertrauensleute nicht nur als rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter darstelle, sondern zumindest bei Befragung einer Aussageperson durch V-Personen als Maßnahme darstellt, »die jedenfalls ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig war«.

Missverständlich ist auf den ersten Blick der sich unmittelbar hieran anschließende Satz, der auf die »darin liegende Missachtung des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Beschuldigten und seinen Angehörigen i.S.d. § 52 StPO« und dem damit einhergehenden Verstoß des Fair-Trial-Grundsatzes abstellt: Dies bedeutet – schon grammatikalisch – aber nicht, dass die Informationserlangung bei einer aktiven Befragung etwa nur Eingriffscharakter in den Fällen von besonders geschützten Angehörigkeitsverhältnissen habe. Es bedeutet vielmehr nichts anderes, als dass die aktive Befragung immer Eingriffscharakter hat; bei einer Befragung in das durch § 52 StPO geschützte Vertrauensverhältnis hinein, liegt *überdies* ein Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens vor. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass die *Kammer* diese beiden Gedanken inhaltlich und durch Satzzeichen voneinander getrennt hat.

g) Zwischenergebnis

Die §§ 161, 163 StPO taugen – jedenfalls seit der Entscheidung des *BVerfG* vom 20.04.2016 – ersichtlich nicht (mehr) als Eingriffsermächtigung für den V-Mann-Einsatz. Das *BVerfG* hat diesen – und zwar unabhängig von der konkreten Ausgestaltung – als schwerwiegenden Grundrechtseingriff bezeichnet. Für einen solchen bieten aber die §§ 161, 163 StPO nach herkömmlichen Verständnis (sowie dem Willen des Gesetzgebers) keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage.

5. § 34 StGB

In früheren Entscheidungen des *BGH*[110] wie auch immer wieder im Schrifttum[111] wird § 34 StGB prinzipiell als mögliche Ermächtigungsgrundlage für strafprozessuale Eingriffe herangezogen.

Dieser Ansicht wird mit Recht vom herrschenden – strafprozessualen wie verfassungsrechtlichen – Schrifttum entgegenhalten, dass die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf hoheitliche Eingriffe in Individual(grund)rechte ausnahmslos unanwendbar sind.[112] Dies gilt nicht nur für staatliche Bedienstete bei ihrer

unmittelbaren staatlichen Tätigkeit, sondern auch für den staatlich veranlassten Einsatz Privater, insbesondere den V-Mann-Einsatz.[113] Im Übrigen erkennen jedenfalls auch die Befürworter eines solchen »staatlichen Notstandsrechts« an, dass dieses nur in außerordentlichen »unvorhersehbaren« Situationen greife; insoweit besteht nahezu Einigkeit, dass die Norm nicht als Rechtfertigung bzw. Ermächtigung für übliche und vorhersehbare Maßnahmen der Ermittlungsbehörden greift[114] – um genau eine solche handelt es sich aber bei dem seit Jahrzehnten praktizierten V-Mann-Einsatz.[115] Auch § 34 StGB scheidet mithin als Ermächtigungsgrundlage aus.

6. Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht

Mit Blick auf die lange Tradition des V-Mann-Einsatzes sieht *Krey* diesen jedenfalls (»hilfsweise«) durch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht gerechtfertigt.[116]*Makrutzki* hat in seiner Dissertation »Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess« hierzu festgestellt, dass dies jedenfalls der »pointierteste Versuch einer verfassungsmäßigen Rechtfertigung von V-P-Einsätzen«[117] sei.

Diese Rechtfertigungsbemühungen bleiben allerdings aus mehreren Gründen im Versuchsstadium:

Zum einen dürfte ein Rückgriff auf das Institut des vorkonstitutionellen Gewohnheitsrechts mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot nicht als Rechtfertigung für strafprozessuale Grundrechtseingriffe zulässig sein.[118] Ferner verkennt

diese Ansicht die Anforderungen an Gewohnheitsrecht: Dieses setzt nicht nur eine längere tatsächliche Übung voraus, sondern auch den Umstand, dass die Übung dieses Rechts von allen beteiligten Rechtskreisen als zutreffend und verbindlich anerkannt wird.[119]

Nicht einmal eine etwaige »ständige Rechtsprechung« ist – so *Larenz* bereits in seiner »Methodenlehre« – insoweit ausreichend.[120] Im »Schily-Beschluss« hat das *BVerfG* klargestellt, dass die Billigung der beteiligten Kreise ohne »ernstlichen Widerspruch«[121] erfolgen müsse. Davon kann beim V-Mann-Einsatz, der – wie dargelegt – quasi von jeher umstritten war, keine Rede sein. Ein vermeintlich vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht kann mithin den Einsatz von V-Leuten ebenfalls nicht legitimieren.

IV. Ergebnis: Erfordernis einer speziellen Ermächtigungsgrundlage de lege ferenda

Es fehlt mithin trotz Regelungsbedürftigkeit an der erforderlichen spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den V-Mann-Einsatz. Die Chance den V-Mann-Einsatz endlich durch eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu regeln und damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben – nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Wesentlichkeitstheorie – gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber in seinen jüngsten Entwürfen zu einer StPO-Reform vertan. Die Empfehlung der Expertenkommission zu einer (spezial-)

gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen ist nicht zuletzt angesichts der Entscheidung des *BVerfG* vom 20.04.2016 aktueller denn je; eine solche Regelung ist von Verfassungs wegen geboten.

---

[1] *Bernsmann/Jansen*StV 1998, 217.

[2] *Dencker*StV 1994, 667 (678).

[3] Vgl. *Bernsmann/Jansen*StV 1998, 217; *Grünwald* StraFo 1990, 12 (15).

[4] *Dencker*StV 1994, 667 (678).

[5] Vgl. *Meilicke* NJW 1963, 425 (427) [BGH 01.08.1962 - 3 StR 28/62].

[6] Vgl. Abschnitt I.2.2 des Anhangs D der RiStBV.

[7] *Rogall* NStZ 2000, 489 (492).

[8] *Eschelbach* GA 2015, 545 (548); so auch SK-StPO/*Wolter/Jäger*, 5. Aufl. 2016, § 110a Rn. 3b.

[9] Zur unzulässigen Tatprovokation siehe BGHSt 60, 276 = StV 2016, 129 m. Anm. *Eidam* = JR 2016, 54 m. Anm. *Jahn/Kudlich*,

[10] *Körner*, in: Lüderssen (Hrsg.), V-Leute, Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 91.

[11] Nach *Weider*StV 2000, 48 (49) m.w.N.

[12] Vgl. *Maluga*, Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute, 2006, S. 48.

[13] Vgl. hierzu *Maluga* (Fn. 12).

[14] Vgl. BGH NStZ 2001, 379 [BGH 21.02.2001 - 5 StR 368/00].

[15] *Maluga* (Fn. 12), S. 30.

[16] So etwa die Einschränkung des Konfrontationsgebots gemäß Art. 6 Abs. 3d EMRK durch die Vernehmung der Verhörsperson oder die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift im Falle einer »vollständigen« Sperrerklärung, vgl. hierzu etwa VGH Kassel NJW 2014, 240 (241) = StraFo 2013, 330; HK-StPO/*Julius,* 5. Aufl. 2012, Vor § 240 Rn. 1 m.w.N.; sowie die Zulässigkeit der Vernehmung des V-Manns unter optischer oder akustischer Abschirmung im Falle einer »eingeschränkten« Sperrerklärung, vgl. dazu BGH NJW 2003, 74 [BGH 26.09.2002 - 1 StR 111/02]; *Weider*StV 2000, 38 (50).

[17] Vgl. OLG Düsseldorf NStZ 2013, 590.

[18] Ausführlich hierzu MüKo-StGB/*Erb*, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 49 ff.

[19] BVerfG NJW 1984, 419 [BVerfG 15.12.1983 - 1 BvR 209/83].

[20] So *Wolter*StV 1989, 358.

[21] Cilip 23/1986, S. 119 ff.

[22] Cilip 22/1985, S. 65 ff.

[23] Vgl. auszugsweise Veröffentlichung der Begründung des Gesetzesentwurfs in StV 1989, 172.

[24] *Wolter*StV 1989, 358 (371).

[25] BGBl. I, S. 1302.

[26] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum OrgKG, DRiZ 1991, 457.

[27] BT-Drs. 12/989, S. 41.

[28] BT-Drs. 12/989, S. 41.

[29] Vgl. Gutachten *Esser*, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anlage_1_StPO_Kommission.pdf;jsessionid=6123A770A491DBE14B9582B5EC493849.1_cid324?__blob=publicationFile&v=4, Anlagenband I, S. 45 ff. (zuletzt abgerufen – wie die nachfolgenden URLs – am 08.02.2017).

[30] Vgl. Abschlussbericht der Expertenkommission,https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf;jsessionid=6123A770A491DBE14B9582B5EC493849.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2, S. 81 f. sowie Anlagenband II,https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anlage_2_StPO_Kommission.pdf;jsessionid=6123A770A491DBE14B9582B5EC493849.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2, S. 237 ff.

[31] Vgl. dazu etwa das anschauliche Beispiel in BGH StV 2009, 225.

[32] Vgl. hierzu *Hüls* ZIS 2009, 160.

[33] Vgl. Abschlussbericht der Expertenkommission (Fn. 30), S. 81 f.

[34] BVerfGE 109, 279 = StV 2004, 169.

[35] BVerfGE 109, 279 (313 f.) = StV 2004, 169.

[36] BVerfGE 109, 279 (311) = StV 2004, 169.

[37] Vgl. etwa die Darstellung bei *Maluga* (Fn. 12), S. 6 ff.

[38] Kap. E Rn. 258.

[39] Vertiefend hierzu *B. Gercke* GA 2015, 339.

[40] *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 91.

[41] BVerfGE 109, 279 (321).

[42] BVerfGE 109, 279 (322) = StV 2004, 169.

[43] Vgl. hierzu *B. Gercke* FS Mehle, 2009, S. 219 (224), insbes. auch zur Differenzierung zum Verbot der Totalausforschung ohne direkte Verletzung von Art. 1 GG, eine Konstellation, die insoweit einer Abwägung grundsätzlich zugänglich ist.

[44] Dazu bereits *Duttge* JZ 1996, 556 (562 f.).

[45] Ausführlich hierzu: Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*/*Henneke*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 16.

[46] BVerfGE 65, 1 (42) [BVerfG 15.12.1983 - 1 BvR 209/83].

[47] BVerfGE 65, 1 (45) [BVerfG 15.12.1983 - 1 BvR 209/83].

[48] *Gusy* KritV 2000, 52 (55).

[49] BVerfGE 6, 273 (278) [BVerfG 21.02.1957 - 1 BvR 241/56].

[50] *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, 1992, S. 26 f.

[51] BVerfGE 78, 77 (84) [BVerfG 09.03.1988 - 1 BvL 49/86].

[52] So bereits: *Baron*, Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes verdeckt ermittelnder Personen und Vorschlag einer umfassenden gesetzlichen Regelung, 2002, S. 97 m.w.N.

[53] BVerfGE 96, 171 (181); näher hierzu Maunz/Dürig-GG/*Di Fabio*, 78. EL 2016, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187.

[54] *Maluga* (Fn. 12), S. 140.

[55] Ausführlich hierzu *Baron* (Fn. 52), S. 205 ff., m.w.N.

[56] SK-StPO/*Wolter* (Fn. 8), § 110c Rn. 1, m.w.N.

[57] BVerfG NJW 2004, 999 (1002) = StV 2004, 169.

[58] *Maluga* (Fn. 12), S. 142.

[59]

Maluga (Fn. 12), S. 142.

60 Ausführlich zur Bedeutung von Erhebungsverboten in diesem Zusammenhang, *B. Gercke* GA 2015, 339 (348 f.).

61 SK-StPO/*Wolter* (Fn. 8), § 110c Rn. 5 f., m.w.N.

62 *Montesquieu*, De l'esprit des lois, livre onzième, chap. 3 (»Freiheit ist das Recht alles zu machen, was die Gesetze gestatten.«).

63 Vgl. *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 12 f.

64 *B. Gercke* GA 2015, 339 m.w.N.

65 BVerfGE 8, 274 (325); 48, 210 (221).

66 BVerfGE 58, 257 (278) [BVerfG 20.10.1981 - 1 BvR 640/80].

67 *Eberle* DÖV 1984, 485 (488 ff); *Kisker* NJW 1977, 1313 (1314 f.); *Krey* FS Blau, 1985, S. 123 (142 ff.); *Schmitz*, Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler, 1996, S. 47.

68 BVerfGE 49, 89 [BVerfG 08.08.1978 - 2 BvL 8/77].

69 BVerfGE 49, 89 [BVerfG 08.08.1978 - 2 BvL 8/77] (126 f.).

70 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 1988, § 62 Rn. 42.

71 *Rogall* (Fn. 63), S. 1; HK-StPO/*B. Gercke* (Fn. 16), Vor § 94 Rn. 7 m.w.N.

72 *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 397; *Puschke*, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, 2005, S. 99; *Rogall* (Fn. 63), S. 2.

73 *Kühne* (Fn. 72); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 2 Rn. 4; *Rogall* (Fn. 63), S. 2.

74 *Rogall* NStZ 2000, 489 (492); ausführlich hierzu *Baron* (Fn. 52), S. 119 ff.

75 Vgl. BT-Drs. 19/989, S. 41.

76 *Rogall* NStZ 2000, 489 (492).

77 *Maluga* (Fn. 12), S. 152.

78 BGBl. I, S. 1302.

79 BGH NStZ 1995, 513 = StV 1995, 228.

80

BGH NStZ 1995, 513 f. = StV 1995, 228.

[81] Vgl. BGHSt 42, 139 = StV 1996, 465.

[82] Statt vieler *Amelung* NJW 1977, 833 (835); *Welp* JR 1991, 265 (267); *Wolter* GA 1988, 49 (60).

[83] BVerfGE 29, 183 [BVerfG 13.10.1970 - 1 BvR 226/70] (195 ff.).

[84] *B. Gercke*, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten, 2002, S. 112 m.w.N.

[85] BT-Drs. 12/989, S. 41.

[86] Vgl. etwa BGH NJW 1996, 2940 = StV 1996, 465.

[87] Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 59. Aufl. 2016, § 110a Rn. 4.

[88] *Rogall* NStZ 2003, 489 (492).

[89] Maunz/Dürig-GG/*Di Fabio* (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

[90] Maunz/Dürig-GG/*Di Fabio* (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 182.

[91] BVerfG NJW 2008, 822 = StV 2008, 169 (Ls).

[92] Maunz/Dürig-GG/*Di Fabio* (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 182.

[93] BGH NStZ 2007, 279 (281) = StV 2007, 115.

[94] BT-Drs. 14/1484, S. 16.

[95] *Hilger* NStZ 2000, 561 (564); *ders*. StraFo 2001, 109 (111).

[96] *Stock*, in: Kreuzer (Hrsg.), Hdb. BtM-Strafrecht, 1998, § 13 Rn. 623.

[97] *Eschelbach* GA 2015, 545 (548); so auch SK-StPO/*Wolter/Jäger* (Fn. 8), § 110a Rn. 3b.

[98] BVerfG NJW 2016, 1781 [BVerfG 20.04.2016 - 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09] (1790 f.) = StV 2016, 413 (Ls).

[99] BVerfG NJW 2016, 1781 [BVerfG 20.04.2016 - 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09] (1791 f.) = StV 2016, 413 (Ls).

[100] BVerfG NJW 2016, 1781 (1792) = StV 2016, 413 (Ls).

[101] BVerfG NJW 2016, 1781 (1790) = StV 2016, 413 (Ls).

[102] BVerfG NJW 2016, 1781 [BVerfG 20.04.2016 - 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09] (1791 f.) = StV 2016, 413 (Ls).

Beim *Versendungskauf* genügt es jedoch zur Ablieferung, daß der Verkäufer die Sache an den Beförderer ausgeliefert hat, die Ware am Bestimmungsort angekommen ist und der Beförderer den Käufer auf Veranlassung des Verkäufers aufgefordert hat, die Kaufsache abzuholen. Hier ist die Rechtslage anders als bei der Holschuld. Die Aufforderung des Beförderers muß aber ohne Wenn und Aber erfolgen. Hieran fehlt es, wenn der Beförderer dem Käufer die Ware nur aushändigen will, falls dieser zuvor den Kaufpreis gezahlt hat. Dies gilt, im Gegensatz zur Auffassung des *BGH*, auch dann, wenn der Käufer vorleistungspflichtig war.

Der *BGH* wendet die beim Versendungskauf entwickelten Ablieferungsgrundsätze auch für den *Sonderfall der Holschuld* an, daß die Kaufsache sich nicht beim Verkäufer, sondern bei einem Dritten befindet, von dem der Käufer sie abzuholen hat. Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Eine entsprechende Anwendung der für den Versendungskauf entwickelten Ablieferungsregeln kann nur dann bei der Holschuld in Betracht kommen, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache in Erfüllung des Kaufvertrages gesandt hat, dies aber nicht vom Erfüllungsort, sondern vom Herstellungsort geschehen ist und aus diesem Grund kein Versendungskauf im Sinne des § 447 BGB zustande gekommen ist.

Hat der Verkäufer die Sache dem Käufer zu *bringen*, so hat er sie erst abgeliefert, wenn er sie ihm gebracht hat. Verweigert der Käufer die Annahme der Ware und nimmt der Verkäufer sie deshalb wieder mit, so liegt keine Ablieferung vor. Der Verkäufer hat versucht, sie abzuliefern. Der Versuch ist aber gescheitert. Auch hier verstößt der Käufer nicht gegen Treu und Glauben, wenn er später geltend macht, die Verjährung habe erst begonnen, als er den unmittelbaren Besitz an ihr erlangt habe.

Bei *Grundstücken* beginnt die Verjährung mit der Übergabe. Hierunter ist grundsätzlich die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. An dieser (körperlichen) Übergabe fehlt es, wenn der Verkäufer dem Käufer nur den mittelbaren Besitz verschafft hat.

Die kurze Verjährung tritt nicht ein, es bleibt vielmehr bei der 30jährigen Verjährung, wenn der Verkäufer dem Käufer den Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat. Die Arglist muß, wenn ein Stückkauf abgeschlossen worden ist, beim Abschluß des Kaufvertrages, wenn ein Gattungskauf vereinbart ist, bei Ablieferung der Sache vorliegen. Auf diesen Zeitpunkt kommt es ausnahmsweise auch bei der Stückschuld an, wenn, was selten vorkommen wird, die Sache beim Abschluß des Kaufvertrages noch nicht vorhanden war, sondern vom Verkäufer erst aus Einzelteilen zusammengebaut werden mußte. Der entgegengesetzten Auffassung des *BGH*, der hier an das Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer keine Sanktionen knüpft, ist nicht zu folgen.

Die Parteien können den Beginn der Verjährung *anders regeln*, als es im Gesetz vorgesehen ist. Dies muß aber klar und eindeutig geschehen; Zweifel gehen zu Lasten der Partei, welche die Änderung behauptet.

Auf die Ablieferung der beweglichen oder die Übergabe der unbeweglichen Sache kommt es nicht an, wenn der Verkäufer, abweichend von § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, nur verpflichtet ist, dem Käufer (das Eigentum und) den mittelbaren Besitz zu verschaffen; auf die Ablieferung und die Übergabe kann nicht abgestellt werden, wenn der Verkäufer hierzu nicht verpflichtet ist. In diesem Fall beginnt die Verjährung mit der Verschaffung des mittelbaren Besitzes. Ist der Verkäufer aber gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben, so ist der Zeitpunkt der Ablieferung und der Übergabe auch dann maßgebend, wenn der Verkäufer dem Käufer zuvor den mittelbaren Besitz verschaffen mußte und verschafft hat. Dies gilt auch, wenn der Käufer vor diesem Zeitpunkt das Eigentum an der Kaufsache erlangt hat.

Hat der Verkäufer die Kaufsache vereinbarungsgemäß an den Abnehmer des Käufers zu liefern oder diesem zu übergeben, so muß der Käufer sich rechtlich so behandeln lassen, wie wenn ihm die Sache abgeliefert oder übergeben worden wäre.

Dr. **Gunnar Duttge**, Bochum

Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes*

Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) hat zwar die strafverfolgende Betätigung von Verdeckten Ermittlern gesetzlich geregelt (vgl. §§ 110 a ff. StPO); für den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) hat der Gesetzgeber dagegen keinen Regelungsbedarf gesehen. Werden jedoch die verfassungsrechtlichen Anforderungen einer näheren Betrachtung zugeführt, zeigt sich sehr wohl, daß es nicht genügt, den V-Mann-Einsatz lediglich in Verwaltungsvorschriften zu regeln. Der nachfolgende Beitrag mündet deshalb unter Abwägung der widerstreitenden Interessen in einen konkreten Vorschlag einer gesetzlichen Normierung.

I. V-Personen in der Diskussion

Im Zusammenhang mit dem (repressiven) Einsatz geheim ermittelnder Personen hat zunächst im Blickpunkt des Interesses vor allem die Frage gestanden, in welcher Weise Erkenntnisse dieser Personen, deren Identität die Ermittlungsbehörden geheimzuhalten suchen, ohne Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz[1] in das Strafverfahren eingeführt und verwertet werden können[2]. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfragen gelten jedoch inzwischen weitgehend als gelöst[3]. Dagegen lassen neuere Judikate des *BGH* deutlich erkennen,

* Für ihre Diskussionsbereitschaft und die hieraus entsprungenen wertvollen Anregungen und Hinweise bin ich Frau Professorin Dr. *Ellen Schlüchter* sehr dankbar.

[1] Zum Gebot formeller und materieller Unmittelbarkeit etwa *Schlüchter*, in: Systematischer Kommentar zur StPO und zum GVG (SK/StPO), Stand: 14. Aufbau-/Ergänzungslief. (Mai 1995), § 250 Rn. 1, sowie in: Das Strafverfahren, 3. Aufl. (in Vorbereitung), Rn. 470.

[2] Aus der Rspr. vor allem *BGHSt* (GS) 32, 115, 123 ff.; 33, 70, 74 = JZ 1985, 492, 493 m. Anm. *Fezer* = JR 1985, 213, 214 m. Anm. *Bruns*; *BGHSt* 33, 83, 90 = JZ 1985, 494 m. Anm. *Fezer* = NStZ 1985, 278, 279 m. krit. Anm. *Arloth*; *BGHSt* 35, 82, 84 ff. = NStZ 1988, 563, 564 m. Anm. *Naucke* und *Taschke* StV 1988, 137/138; *BGHSt* 36, 159, 164.

[3] Im Wege einer Abwägung zwischen der Justizförmigkeit des Verfahrens, den Belangen des Beschuldigten und dem staatlichen Interesse am weiteren Einsatz der verdeckt ermittelnden Personen hat die h. M. *drei Geheimhaltungsstufen* herausgebildet, vgl. etwa *Lesch* JA 1995, 691, 698 ff.; *ders.* StV 1995, 542, 544 ff.; *Schlüchter*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 251 Rn. 58 ff., sowie in: Das Strafverfahren (Fn. 1), Rn. 472. 1 ff.; kritisch dagegen *Velten*, Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung, 1995, S. 55 ff.

daß sich hierin die rechtliche Problematik verdeckter Ermittlungen keineswegs erschöpft. Dies gilt in besonderer Weise für den Einsatz von *V-Personen*, die bei der Aufklärung von Straftaten die Strafverfolgungsbehörden – anders als bloße *Informanten*[4] – *auf längere Zeit* vertraulich unterstützen, ohne daß sie – im Unterschied zu *Verdeckten Ermittlern*[5] – einer dieser Behörden angehören[6]. Zu erinnern ist nur an das vielbeachtete *Sedlmayr*-Urteil des *1. Strafsenates*[7] zur (Nicht-) Anwendbarkeit des § 252 StPO[8] oder an die Entscheidung des *3. Strafsenates* vom 22. 2. 1995[9], in der es der *BGH* ablehnte, für den gezielten Einsatz anonymer Vertrauenspersonen in entsprechender Anwendung von § 110b Abs. 2 StPO eine richterliche Zustimmung zu fordern[10].

Noch nicht vertieft erörtert worden ist dagegen die Frage, ob der Einsatz von V-Personen – unabhängig von den hierdurch berührten *materiellen* Themenkreisen – nicht *formal* einer hinreichend konkreten *gesetzlichen* Normierung bedarf. Hieran fehlt es bisher. Zwar hat der Gesetzgeber die (strafverfolgende[11]) Betätigung des Verdeckten Ermittlers im Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)[12] erfaßt (vgl. §§ 110a ff. StPO n. F.). Der *strafprozessuale* Einsatz von V-Personen findet sich dagegen *ausdrücklich* lediglich in Verwaltungsvorschriften normiert[13].

Dies soll nach Auffassung sowohl der Rechtsprechung als auch der h. L. einem Einsatz von V-Personen nicht entgegenstehen. Dieser sei vielmehr zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, vor allem der Betäubungsmittelkriminalität, unverzichtbar und daher auch ohne Bestehen einer *gesetzlichen* Grundlage zulässig[14]. Auch nach Einfügung der §§ 110a ff. StPO bleibe es „bei der bisherigen Rechtsgrundlage"[15], gemeint sind §§ 161, 163 StPO. Nur vereinzelt und zumeist erst in jüngerer Vergangenheit lassen sich Stimmen aus dem Schrifttum vernehmen, die eine ausdrückliche gesetzliche Normierung für „wünschenswert"[16] oder sogar für erforderlich halten[17]. Sie verweisen zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung zumeist auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere auf den (allgemeinen)[18] Vorbehalt des Gesetzes. Ob er eine besondere gesetzliche Regelung erfordert, ist am Spannungsfeld dieses Rechtsinstituts[19] zum Begriff des (Grundrechts-)Eingriffs sowie zu den grundrechtlichen Gewährleistungen zu messen, ehe sich an den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen der Einsatz von V-Personen messen lassen kann. Zugleich ergibt sich hieraus eine Antwort auf die Frage nach dem Erfordernis einer gesetzlichen Normierung, die in einen konkreten Gesetzgebungsvorschlag mündet.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Einsatz von V-Personen

1. Vorbehalt des Gesetzes, Eingriffsbegriff und Reichweite der grundrechtlichen Gewährleistungen

a) Den Begriff des ideengeschichtlich bis zur Magna Charta Libertatum von 1215 zurückreichenden Gedankens vom Vorbehalt des Gesetzes hat bekanntlich erstmals *Otto Mayer* in seinem Handbuch zum Deutschen Verwaltungsrecht geprägt[20]. Seine „Erfolgsgeschichte" ist vor allem mit der Ablösung der absolutistischen Monarchie und der Etablierung einer liberal-rechtsstaatlichen Staatsauffassung im Verlauf des

---

[4] Deren Tätigkeit beschränkt sich darauf, der Strafverfolgungsbehörde *im Einzelfall* gegen Zusicherung der Vertraulichkeit Informationen zu geben, vgl. Nr. I, 2.1. der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung, abgedr. bei *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, 42. Aufl. (1995), RiStBV (A 15), Anlage D.

[5] Hierzu die Legaldefinition des § 110a Abs. 2 StPO sowie *BGH* NStZ 1995, 516/517 m. Anm. *Geppert*, JK 95, StPO § 110a/2; *Krey/Jaeger* NStZ 1995, 517 ff.; *Weßlau* StV 1995, 506 ff., dort auch zur Frage, ob das Fehlen einer nachträglichen richterlichen Zustimmung gem. § 110b Abs. 2 S. 4 StPO es erlaubt, den zunächst durch eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft gebilligten Einsatz eines Verdeckten Ermittlers als von vornherein rechtswidrig anzusehen; zum Merkmal der „Dauer" vgl. *Kraushaar* Kriminalistik 1994, 481, 482, aber auch *BGH* (aaO).

[6] Vgl. Nr. I, 2.2 der Anlage D zur RiStBV (Fn. 4); aus dem Schrifttum etwa *Beulke*, Strafprozeßrecht (1994), Rn. 423; *Lesch* JA 1995, 691, 697/698: „freie Mitarbeiter".

[7] Vgl. *BGHSt* 40, 211 ff. = JZ 1995, 841 m. Anm. *Sternberg-Lieben* = NStZ 1994, 593 ff. m. Anm. *Geppert*, JK 95, StPO § 252/6; *Gollwitzer* JR 1995, 469 ff.; *Gusy* StV 1995, 449/450; *Schlüchter/Radbruch* NStZ 1995, 354/355; *Widmaier* StV 1995, 621/622.

[8] Über den Wortsinn des § 252 StPO hinaus findet sich hierin ein Verwertungsverbot normiert (anerkannt, etwa *Kleinknecht/Meyer-Goßner* [Fn. 4], § 252 Rn. 12; im Ergebnis auch *Mitsch* JZ 1992, 174, 180; *Paulus* JuS 1988, 873, 877 sowie in: KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Stand: 11. Ergänzungslief. [August 1993], § 252 Rn. 3/4); uneinheitlich beantwortet wird aber die (absolute oder relative) Reichweite des Verwertungsverbots, dazu einmal die (in beschränktem Maße relativierende) Rspr. des *BGH* seit *BGHSt* 2, 99, 101 ff. bis 36, 384, 387; weitergehend die Relativierung bei *Kohlhaas* NJW 1965, 1254, 1255; *Nüse* JR 1966, 281, 283; *Schlüchter*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 252 Rn. 25; für ein absolutes Verwertungsverbot dagegen die wohl h. L., vgl. etwa *Eser* NJW 1963, 234, 235; *Fezer* JZ 1990, 875, 876; *Meier*, in: Alternativkommentar zur StPO (AK/StPO), Bd. 2, Teilbd. 2 (1993), § 252 Rn. 10, 11; *Ranft*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. (1995), Rn. 1741/1742; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl. (1995), § 44 Rn. 19; neuerdings hierzu *Lesch* JA 1995, 691, 695/696.

[9] Vgl. *BGH* JZ 1995, 971 m. Anm. *Fezer* = NStZ 1995, 513/514; *Geppert* JK 95, StPO § 110a/1; *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514 ff.

[10] Nicht von einem V-Mann-Einsatz handelt dagegen der Vorlagebeschluß des *5. Strafsenates* v. 22. 3. 1995 (abgedr. in NStZ 1995, 410 ff. m. Bspr. *Roxin* NStZ 1995, 465 ff. und Anm. *Seitz* NStZ 1995, 519/520), wonach „mit Rücksicht auf §§ 163a IV 2, 136 I 2 StPO" ein Verwertungsverbot anzunehmen sei, wenn auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden eine Privatperson mit dem Beschuldigten ein Telefongespräch führt und dieses – wiederum auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden – von einer dritten Person mitgehört wird.

[11] Im Blick auf den *präventiven* Einsatz Verdeckter Ermittler sind auch bereits Landesgesetzgeber tätig geworden, vgl. exemplarisch Art. 33 Abs. 1 Nr. 3, 35 BayPAG (zur Vereinbarkeit mit der Bayerischen Verfassung vgl. *BayVerfGH* JZ 1995, 299 m. Anm. *Schrader/Werner* = BayVBl 1995, 143 ff.; für Nordrhein-Westfalen vgl. § 20 PolG-NW.

[12] Vom 15. 7. 1992, BGBl. I, 1302.

[13] S. Fn. 4; dagegen finden sich für die Betätigung von V-Personen zum Zwecke der *Gefahrenabwehr* in den Landespolizeigesetzen zum Teil einschlägige Regelungen, vgl. etwa § 19 PolG-NW: „Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist".

[14] Aus der Rspr. vor allem *BVerfGE* 57, 250, 284 = JZ 1981, 741; *BVerfG* NStZ 1991, 445; 1995, 600; *BGHSt* (GS) 32, 115, 121 ff.; 32, 345, 346; 40, 211, 215 ff. = JZ 1995, 841 m. Anm. *Sternberg-Lieben*; vgl. auch *BVerfG* NStZ 1995, 95, 96; für das Schrifttum statt vieler *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 163 Rn. 34b; *Krey*, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, 1993, Rn. 17, 19, 261; *ders.*, Miyazawa-Festschr. 1995, S. 595, 602; *Krey/Haubrich* JR 1992, 309, 315; *Pelchen*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO und zum GVG (KK), 3. Aufl. (1993), Vor § 48 Rn. 55; *Roxin* (Fn. 8), § 10 Rn. 29.

[15] *BGH* NStZ 1995, 513 unter Hinweis auf BT-Drucks. 12/989, S. 41.

[16] So *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 3. Aufl. (in Vorbereitung), Rn. 472.1.

[17] In diesem Sinne neuerdings *Fezer* JZ 1995, 972; *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514 ff.; zuvor schon *Achenbach*, in: AK/StPO (Fn. 8), § 163 Rn. 8c; *Dencker* StV 1994, 667, 672, 681/682; *Hund* StV 1993, 379/380; *Krumsiek*, Verdeckte Ermittler in der Polizei der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 95/96; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, 1992, S. 23 ff.; *Malek* StV 1992, 342 ff.; *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeß, 1992, S. 92; *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 94 Rn. 39, 48; § 110a Rn. 3, 14; für „erhebliche Grundrechtseingriffe" *Wolter*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 151 Rn. 99; in Bezug auf den Einsatz von Lockspitzeln auch *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7/8.

[18] Zu unterscheiden von den benannten (speziellen) Gesetzesvorbehalten, vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 7 Abs. 4 S. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 S. 2, Art. 13 Abs. 2, 3, Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2, Art. 16a Abs. 2 bis 5, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

[19] Dazu auch im Überblick *Erichsen* Jura 1995, 550, 552 ff.; zum Vorbehalt des Gesetzes in der griechischen Verfassungsordnung vgl. *Stylianidis*, Grundrechte und Gesetzesvorbehalt in der griechischen Verfassung und im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 69 ff.

[20] Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. (1924), S. 69/70.

19. Jahrhunderts verbunden, als die Forderung des Bürgertums nach einer Beteiligung an der Gesetzgebung erwachte. Darüber hinaus entwickelte sich der Vorbehalt des Gesetzes auch zunehmend zu einem politischen Instrument, um die bürgerliche Individualsphäre gegenüber den monarchischen Verwaltungen abzusichern[21]. Der gesetzlichen Normierung vorbehalten waren allerdings zunächst allein *Eingriffe in Freiheit und Eigentum* des Bürgers[22]. Außerhalb dieses Bereiches behielt die Verwaltung vorerst ihre originären Kompetenzen. Nachdem die Fortgeltung der klassischen Freiheits- und Eigentumsformel nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wegen des nunmehr vorhandenen Grundrechtskatalogs mit eigenen speziellen Vorbehalten[23] vorübergehend in Frage gestellt worden ist[24], wird heute – maßgeblich beeinflußt durch die wegweisende *Strafvollzugs*-Entscheidung des *BVerfG* aus dem Jahre 1975[25] – der Anwendungsbereich des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes in einem wesentlich umfassenderen Sinne gesehen.

Allerdings hat sich die *Lehre vom Totalvorbehalt*[26], die für einen allumfassenden, alle Gebiete des staatlichen Verhaltens umgreifenden Gesetzesvorbehalt plädiert, zu Recht nicht durchsetzen können. Mißachtet sie doch das in Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende „tragende Organisations- und Funktionsprinzip"[27] der Gewaltenteilung, das allen drei Staatsgewalten originäre Kompetenzen zuerkennt. Auch die Exekutive verfügt – und zwar institutionell in gleichem Maße – über eine *eigenständige demokratische Legitimation* und damit auch über einen *Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung*[28]. Aus dieser Erwägung heraus verbietet sich die Annahme eines „aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts"[29].

Im Bestreben, einerseits die mit einem solchen Totalvorbehalt einhergehenden einseitigen Ergebnisse zu vermeiden[30], andererseits sich aber von der klassischen Freiheits- und Eigentumsformel zu lösen, stellt das *BVerfG* bekanntlich auf das Kriterium der *Wesentlichkeit* ab[31]. Hiernach sollen – „und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des ‚Eingriffs'"[32] – dem Gesetzgeber alle jene Angelegenheiten zur ausschließlichen Behandlung und Entscheidung zugewiesen sein, die im Vergleich zu anderen Belangen für das Gemeinwesen besonders bedeutsam, gewichtig oder grundlegend erscheinen. Dies soll allgemein anhand des Grundgesetzes, vor allem aber unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung der Grundrechte zu beurteilen sein. Wesentlich, so das *BVerfG* in seiner Entscheidung zum *Sexualkunde-Unterricht*, bedeute im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel: „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte"[33]. Die eingangs gestellte Frage nach der Reichweite des legislativen Vorbehaltsbereiches wird mit dieser Formel allerdings nur scheinbar beantwortet, tatsächlich aber auf eine andere Kategorie, die der „Grundrechtsrelevanz", verschoben[34]. Nicht zu Unrecht setzt sie sich damit dem Einwand aus, letztlich Banales und Nichtssagendes zum Ausdruck zu bringen[35]. Darüber hinaus[36] birgt die Wesentlichkeits„theorie"[37] mangels hinreichend konkreter Abgrenzungsmerkmale die Gefahr einer uferlosen Ausweitung des vom Vorbehalt des Gesetzes erfaßten Bereiches in sich[38]. Daß die Furcht vor einer solchen Annäherung an die Lehre vom Totalvorbehalt nicht ohne praktische Relevanz ist, zeigen exemplarisch die neueren Entscheidungen des *BVerfG* zur Verwendung von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen[39] sowie zu Einsätzen der Bundeswehr „out of area"[40].

Diese soeben dargelegten kritischen Erwägungen gelten aber nicht nur für die Wesentlichkeitsformel; gelingt es doch auch den im Wege einer Fortentwicklung dieser bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung oder eigenständig hierzu entwickelten Lösungsansätzen des Schrifttums[41] letztlich nicht, allein aus dem Rechtsbegriff „Vorbehalt des Gesetzes" eine auch nur annähernd konturenscharfe Abgrenzung der Kompetenzbereiche von Legislative und Exekutive abzuleiten. Die Reichweite des Vorbehaltsbereiches gehört damit noch immer zu den „ewigen (ungelösten) Problemen des Verfassungsrechts"[42].

b) Verweist die Wesentlichkeitsformel auf das Kriterium der „Grundrechtsrelevanz"[43], läßt eine Betrachtung der in Art. 1 ff. GG normierten grundrechtlichen Gewährleistungen nähere Aufschlüsse über das Ausmaß des legislativen Vorbehaltsbereiches erhoffen. Hierzu bietet sich zum einen eine Differenzierung anhand der Kategorie des Grundrechts*eingriffs* (aa), zum andern anhand der Reichweite der grundrechtlichen *Schutzbereiche* (bb) an[44].

aa) Die früher vorgenommene, heute als *klassisch* apostrophierte Bestimmung des *Eingriffs*begriffs hatte sich an vier eng gefaßten Voraussetzungen orientiert[45]: Es mußte *erstens*

---

[21] Näher *Kloepfer* JZ 1984, 685/686; *Ossenbühl*, in: *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1992, § 5 Rn. 10.

[22] Weiterführend *Grawert* Jura 1982, 247, 254; *Krebs* Jura 1979, 304; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 62 Rn. 13.

[23] S. Fn. 18.

[24] Vgl. noch *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 32/33; *Papier*, in: *Götz/Klein/Starck*, Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 36, 46 ff.; *Vogel* VVDStRL 24 (1966), 125, 151.

[25] *BVerfGE* 40, 237, 249: „Die von der konstitutionellen, bürgerlich-liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts geprägte Formel, ein Gesetz sei nur dort erforderlich, wo ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum' in Rede stehen, wird dem heutigen Verfassungsverständnis nicht mehr gerecht."

[26] Hierfür stehen – ungeachtet ihrer unterschiedlichen Konzeptionen – vor allem *Dietrich Jesch* (Gesetz und Verwaltung, 1961) und *Hans Heinrich Rupp* (Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965); zu ähnlichen Auffassungen in der österreichischen und schweizerischen Staatsrechtslehre vgl. die Nachweise bei *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 22), § 62 Rn. 18.

[27] *BVerfGE* 34, 52, 59.

[28] Vgl. *BVerfGE* 67, 100, 139 = JZ 1985, 129, 133 m. Bspr. *Bogs* S. 112 ff.; 68, 1, 87; näher und mit umfassenden Nachweisen versehen *Duttge*, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Straßprozeßrecht, 1995, S. 115/116.

[29] *BVerfGE* 68, 1, 87.

[30] Hierzu schon eingehend *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 211 ff.

[31] Vgl. vor allem *BVerfGE* 33, 125, 158/159; 33, 303, 345/346 = JZ 1972, 686 m. Anm. *Kimminich*; 34, 165, 192/193; 41, 251, 259/260 = JZ 1976, 363 m. Anm. *Dietze*; 58, 257, 268 ff. = JZ 1982, 755 m. Anm. *Wilke*; aus der Rspr. des *BVerwG* etwa *BVerwGE* 47, 194, 197/198.

[32] *BVerfGE* 40, 237, 249.

[33] *BVerfGE* 47, 46, 78/79 = JZ 1978, 304, 308 m. Bspr. *Oppermann* S. 289 ff.; wiederholt in *BVerfGE* 58, 257, 268/269; 80, 124, 132 = JZ 1989, 840 m. Anm. *Hoffmann-Riem*.

[34] Zum Einwand der Tautologie auch *Baader* JZ 1992, 394, 395; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 22), § 62 Rn. 45.

[35] Als „Leerformel" wird die Wesentlichkeitstheorie auch gesehen von *Ehrich* DB 1993, 1237, 1239; *Kisker* NJW 1977, 1313, 1317; *Kloepfer* JZ 1984, 685, 689; *Ossenbühl* DÖV 1980, 545, 550; *Stober* GewArch 1993, 136, 145; *Umbach*, Faller-Festschr. 1984, S. 111, 124.

[36] Zu weiteren, hier nicht vorgetragenen Einwänden gegen die Wesentlichkeitsformel vgl. *Duttge* (Fn. 28), 118 ff.

[37] Kritisch zum Anspruch einer Theorienbildung *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 22), § 62 Rn. 41.

[38] Wie hier auch *Frohn* ZG 1990, 117, 124 ff.; *Isensee* ZRP 1985, 139, 140; *Schröder* DVBl 1984, 814, 816: „Sog der Wesentlichkeitstheorie".

[39] *BVerfG* NJW 1993, 1377/1380 m. Bspr. *Ehrich* DB 1993, 1237 ff. und JuS 1994, 116 ff.; *Isensee* DZWiR 1994, 309 ff.

[40] *BVerfG* NJW 1994, 2207 ff. m. Bspr. *Arndt* S. 2197 ff.; *Blumenwitz* BayVBl 1994, 641 ff., 678 ff.; *Riedel* DÖV 1995, 135 ff.; *W. Schroeder* JuS 1995, 398 ff.; *Stein/Kröninger* Jura 1995, 254 ff.

[41] Zu diesen näher *Duttge* (Fn. 28), 126 ff.

[42] *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 22), § 62 Rn. 8.

[43] S. o. bei Fn. 33/34.

[44] Zur Unterscheidung von Schutzbereich und Eingriff etwa *Duttge* (Fn. 28), 45/46.

[45] Hierzu im einzelnen *Bleckmann*, Staatsrecht II, 3. Aufl. (1989), 1. Teil, § 12 III c; *Discher* JuS 1993, 463, 464; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*,

ein hoheitliches Handeln in Rede stehen, welches die Betroffenheit beim Grundrechtsträger *final* herbeiführte[46]. *Zweitens* genügte allein eine *unmittelbare* Beeinträchtigung des Schutzbereiches, und zwar *drittens* durch einen hoheitlichen Akt, der in *rechtlicher* Hinsicht diese Wirkung nach sich zog. *Viertens* setzte die klassische Lehre für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs eine Anordnung bzw. Durchsetzung des betreffenden Rechtsakts mit *Befehl und Zwang* voraus. Diese enge Begriffsbestimmung wird allerdings in neuerer Zeit überwiegend als überholt angesehen[47]. Ist doch nicht recht einzusehen, daß die *Form* einer staatlichen Maßnahme als maßgebliches Kriterium den Grundrechtsschutz auch dann noch bedingen soll, – wenn sogen. „informelle"[48] Störungen die schutzwürdigen Belange des Bürgers gleichermaßen tangieren können. Zur Vermeidung von Lücken im Grundrechtsschutz rückt damit die *Wirkung* des hoheitlichen Handelns in den Vordergrund des Interesses[49]. Folgerichtig treffen mit einer *erweiterten Umschreibung* des Eingriffsbegriffs[50] auch unbeabsichtigte, mittelbare[51], rein tatsächliche[52] und ohne Befehl und Zwang unternommene Schutzbereichsbeeinträchtigungen auf die Abwehrkraft der Grundrechte. Damit verliert aber die Kategorie des (Grundrechts-)Eingriffs mangels hinreichend konkreter Kriterien zugleich ihre Funktion, einer Rechtsgrundlage bedürftige Grundrechtsbeeinträchtigungen von anderen abzugrenzen[53]. Einschlägige Gestaltungen im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts[54] zeigen, daß die Überwindung der klassischen Eingriffsformel vielmehr dazu führt, einem Träger öffentlicher Gewalt zurechenbare[55], *vom Schutzbereich eines Grundrechts erfaßte* Maßnahmen *stets* auch als Grundrechts*eingriffe* anzusehen[56]. Um dies zu vermeiden, differenzieren Rechtsprechung[57] und Schrifttum[58] zwar teilweise zwischen einer legitimierungsbedürftigen Beeinträchtigung einerseits und einer bloßen *Belästigung, Bagatelle* oder *alltäglichen Lästigkeit* andererseits. Die Postulierung einer solchen Eingriffs*schwelle* behauptet aber nicht lediglich eine Grenze, die im konkreten Einzelfall „schwierig zu ziehen (ist)"[59], sondern verzichtet gerade auf einen *objektiven* und *rational nachprüfbaren Maßstab*. Bleibt es doch letztlich dem einzelnen Rechtsanwender selbst überlassen, die jeweils maßgebliche Schwelle zu markieren[60]. Darüber hinaus erscheint es auch ungereimt, durch Zugrundelegung einer Eingriffsschwelle gleichermaßen „Grundrechtsrelevantes" lediglich *zu einem Teil* dem erhöhten Schutz zu unterstellen, den die Grundrechtsbindung aller staatlicher Gewalt gewährt. Art. 1 Abs. 3 GG differenziert diesbezüglich doch gerade nicht danach, ob es sich um eine erhebliche oder nur geringfügige grundrechtliche Betroffenheit handelt. Auch letzterenfalls muß dem Bürger die Möglichkeit gegeben sein, gegen Beeinträchtigungen seiner Grundrechte – mögen sie auch unterhalb einer Intensitätsschwelle liegen – abwehrrechtlich vorzugehen[61].

bb) Für die eingangs formulierte Frage nach der Reichweite des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes verbleibt damit nur die Möglichkeit, die erforderliche Differenzierung bereits auf der Ebene der grundrechtlichen *Schutzbereiche* vorzunehmen[62]. In diesem Zusammenhang bedarf es der Erinnerung an eine tiefgründige Bemerkung *Hans Hugo Kleins*, die sich in seinem Nachwort zum Göttinger Symposium des Jahres 1985 findet[63]. Danach stelle die *extensive Interpretation der Grundrechte* das eigentliche Problem der Wesentlichkeitstheorie dar[64]. Tatsächlich zeigt eine nähere Betrachtung der grundrechtlichen Schutzbereiche, insbesondere des Art. 2 Abs. 1 GG, daß es seit Inkrafttreten des Grundgesetzes unter maßgeblicher Wegweisung durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu einer stetigen Ausweitung des Bereiches verfassungsrechtlich geschützter Individualpositionen gekommen ist[65]. Einen ersten weitreichenden Schritt in diese Richtung stellt die bereits frühzeitig mit der *Elfes*-Entscheidung[66] erfolgte Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit dar, die – ohne erkennbare Begrenzung – einer jeglichen menschlichen Verhaltensweise eine *verfassungsrechtliche Fundierung* zukommen läßt. Das nachfolgend aus einer Zusammenschau von Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht[67] verstärkte nochmals den individuellen Freiheitsbereich für besondere Schutzgüter[68]. Hieraus leitete das *BVerfG* schließlich in seinem *Volkszählungs*-Urteil[69] das sog. „Recht auf informationelle Selbstbestimmung" ab, das sich – wie nachfolgende Judikate[70] ver-

---

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 61; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 10. Aufl. (1994), Rn. 256 ff.; *Sachs*, in: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2 (1994), § 78 II.

[46] So auch ein Teil der jüngeren Rspr., vgl. *BVerwGE* 71, 183, 189 ff.: „final und grundrechtsspezifisch"; kritisch hierzu etwa *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 186 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. (1995), Vorb. vor Art. 1 Rn. 21 a; *Leidinger* DÖV 1993, 925, 928/929; *Spaeth*, Grundrechtseingriff durch Information, 1995, S. 150, 154.

[47] Vgl. aber die Begründung zum Entwurf eines OrgKG, BT-Drucks. 12/989, S. 38.

[48] *Kloepfer* JZ 1991, 737, 738.

[49] Überzeugend *Friauf*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966, S. 40/41; *Pinger* JuS 1988, 53, 54/55; *Ramsauer* VerwArch 72 (1981), 89, 94 ff.

[50] Vgl. *Rogall* GA 1985, 1, 8: „Vergeistigung des Eingriffsbegriffs".

[51] Gegen das Kriterium der Unmittelbarkeit bereits *Bachof* JZ 1966, 167, 174; *Lerche* DÖV 1961, 486, 490; neuerdings statt vieler *Eckhoff* (Fn. 46), 208 ff.; *Spaeth* (Fn. 46), 158.

[52] Zum faktischen Grundrechtseingriff grundlegend *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 12 ff., 41 ff.

[53] So auch *Bleckmann* (Fn. 45), 1. Teil, § 12 III d; *v. Hippel/Weiß* JR 1992, 316, 319; *Pietzcker*, Bachof-Festschr. 1984, S. 131, 133; *Spaeth* (Fn. 46), 168.

[54] Zu den aktuellen Fällen hoheitlicher Warnungen, Empfehlungen und Hinweise etwa *BVerfG* NJW 1989, 3269 ff.; *BVerwGE* 82, 76 ff. = JZ 1989, 997 m. Anm. *Gusy*; 87, 37 ff. = JZ 1991, 625 m. Anm. *Gröschner*, dazu auch *Hans Albrecht Hesse* JZ 1991, 744; 90, 112 ff. = JZ 1993, 33 m. Anm. *Badura*.

[55] Vgl. dazu etwa *Badura* JZ 1993, 37, 39; *v. Heintschel-Heinegg/Schäfer* DVBl 1991, 1341, 1345; *Sachs* JuS 1995, 303, 305; zu einzelnen Zurechnungskriterien vgl. *Discher* JuS 1993, 463, 465 ff.

[56] Wie hier auch *Knemeyer* NVwZ 1988, 193, 195; *Sachs* JuS 1995, 303 ff.; die hier vertretene Ansicht findet sich neuerdings anschaulich bestätigt durch die *Kruzifix*-Entscheidung des *BVerfG*, vgl. *BVerfG* JZ 1995, 942, 944 m. Bspr. *Müller-Volbehr* S. 996 ff. = NJW 1995, 2477, 2479: „Zwar ... kein *Zwang* zur Identifikation ... Es (scil.: Das Kreuz) hat (aber) *appellativen* Charakter ..." (Hervorhebung des *Verfassers*).

[57] Vgl. *BVerwGE* 87, 37, 43 ff.; 90, 112, 121/122.

[58] Statt vieler etwa *Di Fabio* JZ 1993, 689, 695; *Kunig* Jura 1993, 595, 600/601; *Pieroth/Schlink* (Fn. 45), Rn. 267; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität", 1989, S. 206 ff.; weitere Nachweise bei *Duttge* (Fn. 28), 106, 147/148.

[59] So *Pieroth/Schlink* (Fn. 45), Rn. 264.

[60] Wie hier schon *Ramsauer* VerwArch 72 (1981), 89, 97; *Schulte* DVBl 1988, 512, 517; *Spaeth* (Fn. 46), 154 ff.

[61] Zutreffend *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 277/278.

[62] In die gleiche Richtung zielen die Ausführungen bei *Geiger*, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, 1994, S. 171; *Spaeth* (Fn. 46), 166.

[63] Über den „Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen".

[64] Vgl. *H. H. Klein*, in: *Götz/Klein/Starck* (Fn. 24), 126, 128.

[65] Zum Folgenden näher *Duttge* (Fn. 28), 50 ff. m. w. N.

[66] *BVerfGE* 6, 32 ff.; bestätigt durch *BVerfGE* 80, 137 ff.

[67] Vgl. dazu *BVerfGE* 27, 1, 6; 27, 344, 350/351 = JZ 1970, 250; 32, 373, 379; 34, 238, 245/246 = JZ 1973, 504 m. Anm. *Arzt*; 34, 269, 282/283 = JZ 1973, 662 m. Anm. *Kübler*; 35, 202, 220 = JZ 1973, 509; 44, 353, 373 = JZ 1977, 506; 45, 187, 238 f., 245; 54, 148, 154 = JZ 1980, 719 m. Bspr. *Roellecke* S. 701 ff.; 63, 131, 142 = JZ 1983, 492 m. Anm. *Kübler*; 78, 38, 49 = JZ 1988, 451 m. Bspr. *Grasmann* S. 595 ff.; 79, 256, 268/269 = JZ 1989, 335 m. Anm. *Starck*; 80, 367, 373 ff. = JZ 1990, 431 m. Bspr. *Küpper* S. 416 ff.

[68] Zu diesen etwa *Duttge* (Fn. 28), 53 ff. m. w. N.

[69] *BVerfGE* 65, 1 ff.

[70] Vgl. *BVerfGE* 67, 100 ff.; 78, 77 ff. = JZ 1988, 555; *BVerfG* NJW 1988,

deutlichen – in seinem Schutzgehalt keineswegs nur gegen die Gefahren der modernen Datenverarbeitung richtet[71]. Vielmehr soll dieses Grundrecht[72] erheblich weiterreichend die Verfügungsbefugnis des einzelnen über alle ihn betreffenden Informationen umfassen, in der Diktion des *BVerfG*: seine Entscheidung darüber, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über... (ihn) weiß"[73].

Diese soeben in der gebotenen Kürze[74] dargelegten Ergebnisse einer fortlaufenden Entwicklungstendenz in der Rechtsprechung des *BVerfG*, die das Schrifttum überwiegend zustimmend begleitet (hat)[75], können hier nicht (nochmals) einer eingehenden kritischen Würdigung unterzogen werden; dies ist bereits an anderer Stelle geschehen[76]. Nur in Form einiger weniger zusammenfassender Thesen lassen sich die dort gewonnenen Erkenntnisse – soweit für die hiesige Fragestellung relevant – im Folgenden referieren: So stößt *erstens* die Anerkennung einer verfassungsrechtlich fundierten allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne eines „Jeder kann tun und lassen, was ihm beliebt", auf erhebliche Bedenken. Nicht nur spricht bereits die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG eher gegen eine solche extensive Interpretation des Schutzbereiches[77]. Vor allem gründen sich die Bedenken auf eine Gefahr der Banalisierung und des „Leerlaufs" grundrechtlicher Gehalte[78], einer Subjektivierung des Rechtsstaatsprinzips mit der Folge eines erheblich erweiterten Anwendungsbereiches der Verfassungsbeschwerde[79] sowie einer Verschiebung der Aufgabenteilung zwischen dem *BVerfG* und den Fachgerichten[80]. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt zwar zutreffend einen Freiraum zur Entfaltung „nach je eigenem Entwurf, (eigenen) Anlagen und Möglichkeiten"[81] voraus. Dies gilt aber nur innerhalb eines äußersten Rahmens. Erforderlich ist stets eine *gewisse Relevanz* für die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen[82]. Neben diesem aus Art. 2 Abs. 1 GG fließenden Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt *zweitens* das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Wege einer Zusammenschau mit Art. 1 Abs. 1 GG Persönlichkeitssegmente, die für die menschliche Wesensart von *gesteigerter Relevanz* sind. Hierzu zählt u. a. das Verbot eines Zwanges[83] zur Selbstbezichtigung („nemo tenetur se ipsum accusare"[84])[85]. Allerdings ist es bisher nicht gelungen, aus dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfaßten Gewährleistungsbereich alle denkbaren Schutzgüter konkret herauszuarbeiten[86]. Die damit erforderlich erscheinende äußerste Umgrenzung des Schutzbereiches läßt sich im Wege einer „Vereinigung zweier Stränge"[87] beschreiben: Seine „statische" Dimension gewährt dem einzelnen Individuum einen Rückzugsbereich („right to be let alone"[88]), der mittels eines Sphärenmodells[89] veranschaulicht werden kann[90]. Daneben gewährt die „dynamische" Komponente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dem Bürger ein allgemeines Recht auf Kommunikation und Selbstdarstellung[91]. Erfaßt wird hiervon aber allein die Entscheidungsfreiheit des Individuums, *ob und wie es sich* gegenüber seinem sozialen Umfeld *darstellen will*. Dagegen steht dem einzelnen kein Recht zu, selbst und *autonom* zu steuern, welches Bild sich *seine soziale Mitwelt* von ihm *macht*[92]. Hinderte dies doch die freie Kommunikation und käme letztlich einem „Maulkorb" gleich[93]. Demzufolge kann *drittens* aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kein eigentumsähnliches Verfügungsrecht über alle „personenbezogenen" Informationen erwachsen; ein eigenständiges „Recht auf informationelle Selbstbestimmung" entbehrt damit einer normativen Grundlage[94].

c) Soweit eines der in Art. 2 Abs. 2, Art. 4 ff. GG normierten speziellen Freiheitsrechte[95] oder ein aus Art. 2 Abs. 1 (i. V. m. Art. 1 Abs. 1) GG fließender Schutzbereich – in seiner hier enger gefaßten Ausprägung – durch hoheitliches Handeln *betroffen*[96] wird, unterliegt dieses *stets* dem Vorbehalt des Gesetzes und bedarf einer hinreichend konkreten gesetzlichen Grundlage. Über eine solche „Schutzbereichsbetroffenheit" hinaus kann sich eine Normierungspflicht des Gesetzgebers allerdings auch schon aus einer *drohenden Gefährdung* ergeben. Dahingehend läßt sich gerade die *Volkszählungs*-Entscheidung[97] trefflich interpretieren. Geben die Urteilsgründe doch mehrfach deutlich zu erkennen, daß sich das Ansinnen des *BVerfG* maßgeblich auf eine *Vorverlagerung* des Men-

3009; *BVerfGE* 84, 192 ff.; 85, 219 ff. = JZ 1992, 752; *BVerfG* DVBl 1993, 601; NJW 1995, 3110, 3111.

[71] In diesem Sinne aber *Ehmann* AcP 188 (1988), 230, 264 ff., 310, 318; *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 94 Rn. 45.

[72] Bemerkenswert ist, daß das *BVerfG* (genauer: die 2. Kammer des Zweiten Senats) inzwischen selbst von einem eigenständigen „Recht auf Datenschutz" spricht und dieses auf „Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I und Art. 14 I GG" stützt, vgl. *BVerfG* NJW 1995, 2839, 2840; ähnlich allerdings auch schon *BVerfGE* 84, 239, 279 = JZ 1991, 1133 m. Anm. *Goerlich*: „Der in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 und Art. 14 GG verbürgte grundrechtliche Datenschutz ..."; weiterhin etwa *Kirchhof*, Tipke-Festschr. 1995, 27, 29 et passim.

[73] *BVerfGE* 65, 1, 42/43; zum verfassungsrechtlichen Datenschutz in den Mitgliedsstaaten des Europarats vgl. den rechtsvergleichenden Überblick bei *Vassilaki* CR 1995, 412 ff.

[74] Im einzelnen *Duttge* (Fn. 28), 50 ff. m. w. N.

[75] Zahlreiche Nachweise bei *Duttge* (Fn. 28), 62 ff.

[76] Vgl. *Duttge* (Fn. 28), 66 ff. sowie vor allem 150 ff.

[77] Dazu *Duttge* (Fn. 28), 150 ff.

[78] Vgl. *Duttge* (Fn. 28), 158 ff.

[79] Näher *Duttge* (Fn. 28), 161 ff.

[80] Zur Gefahr einer „Überstülpung" der Fachgerichtsbarkeit durch eine „Kompetenz-Kompetenz" der „Superrevisionsinstanz *BVerfG*" vgl. *Duttge* (Fn. 28), 163/164.

[81] Vgl. *Erichsen*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 1989, § 152 Rn. 20; *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 64 ff., 67.

[82] Im einzelnen *Duttge* (Fn. 28), 164 ff.; ähnlich, aber wohl noch restriktiver *Grimm*, Sondervotum zu *BVerfGE* 80, 137 ff., in: *BVerfGE* 80, 164, 165; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 428.

[83] Zum Ausmaß der hierzu erforderlichen „Zwangseinwirkung" s.u. 2.

[84] Bzw. „Nemo tenetur prodere seipsum", vgl. *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 67, sowie in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 133 Rn. 130.

[85] Vgl. *BVerfGE* 38, 105, 113 ff. = JZ 1975, 59; 55, 144, 150/151; 56, 37, 42 ff. = JZ 1981, 303 m. Bspr. *Schäfer*, Dünnebier-Festschr. 1982, S. 11 ff. und *Stürner* NJW 1981, 1757 ff.; weiterhin *BGHSt* 14, 358, 364/365; 31, 304, 308 = JZ 1984, 386 m. Bspr. *Gössel*, S. 361; 34, 39, 45/46; 38, 214, 220 = JZ 1992, 218 m. Anm. *Roxin* = NStZ 1992, 294 m. Anm. *Bohlander*, NStZ 1992, 504 ff., Bspr. *Hauf* MDR 1993, 195 ff.; *Nothhelfer*, Die Freiheit von Selbstbezichtigungszwang, 1989, S. 77 ff., 83; allein auf Art. 1 GG abstellend *Gössel*, Meyer-Gedächtnisschr. 1990, S. 121, 136; *ders.* GA 1991, 483, 500; *Lammer* (Fn. 17), 156; *Schlüchter/Radbruch* NStZ 1995, 354, 355; *Wolter*, Meyer-Gedächtnisschr. 1990, S. 493, 498; für eine Verankerung sowohl in der Menschenwürdegarantie als auch im Persönlichkeitsrecht *Gollwitzer*, in: *Löwe/Rosenberg* (LR), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 24. Aufl. (1984 ff.), Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 249; *Rogall*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 133 Rn. 132.

[86] Explizit *BVerfGE* 54, 148, 153/154 = JZ 1980, 719 m. Bspr. *Roellecke* S. 701 ff.

[87] *Wolter*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 151 Rn. 132.

[88] Vgl. *Benda*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. (1994), § 6 Rn. 26.

[89] In Anlehnung an die Sphärenlehre *Heinrich Hubmanns*, vgl. in: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. (1967), § 34; zu Konzeption und Kritik des Sphärenmodells näher *Duttge* (Fn. 28), 67 ff. m. w. N.

[90] Im einzelnen *Duttge* (Fn. 28), 170 ff.

[91] Vgl. *Duttge* (Fn. 28), 183 ff.

[92] Zum Konzept der autonomen Selbstdarstellung näher *Duttge* (Fn. 28), 76 ff. m. w. N.

[93] Instruktiv *Ehmann* AcP 188 (1988), 230, 235 Fn. 18; *Schickedanz* BayVBl 1984, 705, 708.

[94] Dazu *Duttge* (Fn. 28), 186 ff. m. w. N.; weiterhin auch *Rogall* (Fn. 17), 43, 57; *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, §§ 55 ff. sowie kürzlich *Nitsch* ZRP 1995, 361 ff. und *Sternberg-Lieben* Jura 1995, 299, 303 Fn. 70.

[95] Zu den Konkurrenzfragen näher *Duttge* (Fn. 28), 89 ff.

[96] Zur Unmaßgeblichkeit des Eingriffsbegriffs bereits o. bei Fn. 53.

[97] *BVerfGE* 65, 1 ff., insbesondere 4, 41, 42, 44, 46, 48, 53.

schenwürde- und Persönlichkeitsschutzes gerichtet hat gegenüber den *drohenden Gefährdungen*, die aus den modernen Informationstechnologien erwachsen[98]. Tatsächlich ist nicht einzusehen, dem in seinen Grundrechten gefährdeten Bürger stets zunächst den Eintritt einer Grundrechts*verletzung* zuzumuten und erst hieran bestimmte Folgen[99] zu knüpfen. Anlehnen kann sich die hier befürwortete Statuierung einer Normierungspflicht (auch) für gewisse Grundrechtsgefährdungen an die *Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*[100], die den Gefährdungsgedanken für Konflikte im „Rechts-Dreieck"[101] fruchtbar gemacht hat. Unter Nutzbarmachung der dort gewonnenen Erkenntnisse bedarf es somit einer gesetzlichen Grundlage auch dann, *wenn mindestens ein Grundrecht unter maßgeblicher Berücksichtigung seiner Bedeutung und seiner Schutzbedürftigkeit, weiterhin von Art, Nähe und Ausmaß des Risikos sowie einer fehlenden Abhilfemöglichkeit durch den Grundrechtsträger als besonders gefährdet anzusehen ist*[102].

2. Einsatz von V-Personen als Zwangsmaßnahme

Eine „Schutzbereichsbetroffenheit" oder „Schutzbereichsgefährdung" im dargelegten Sinne kommt im Blick auf den Einsatz von *V-Personen* unter mehreren Aspekten in Betracht. Eindeutig liegt es, wenn die V-Person über ihre Betätigung als solche hinaus mit technischen Mitteln das nichtöffentlich gesprochene Wort anderer Personen aufzeichnet oder von diesen Bildaufnahmen fertigt. Ist doch in solchen Fällen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen Ausprägungen (Recht am eigenen Wort[103] bzw. am eigenen Bild[104]) tangiert. Es bedarf daher einer gesetzlichen Normierung[105]. Diese findet sich allerdings schon de lege lata in § 100 c (sowie in § 100 d) StPO. Hiernach ist der Einsatz technischer Mittel unter den näher benannten Voraussetzungen *allgemein* zulässig, ohne daß § 100 c StPO danach differenziert, ob die Maßnahme durch eine offen oder verdeckt agierende Person durchgeführt wird. Folgerichtig finden nach Auffassung des Schrifttums §§ 100 c, d StPO ohne weiteres auch Anwendung für die Betätigung eines *Verdeckten Ermittlers*[106]. Gleiches muß auch für die *V-Person* gelten. Die Schaffung einer neuen eigenständigen gesetzlichen Regelung für den Einsatz technischer Mittel *durch V-Personen* ist daher entbehrlich.

Eine Schutzbereichsbetroffenheit anderer Art ließe sich denken, wenn die V-Person im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit eine fremde Wohnung betritt und dabei den Hausrechtsinhaber (zumindest stillschweigend) über ihre Identität und/oder Funktion täuscht. Soll hierin doch nach einer in der Strafprozeßrechtslehre wohl vorherrschenden Auffassung[107] ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 GG liegen. Allein durch den Eintritt der V-Person in die Wohnung, verstanden in ihrer *räumlichen Integrität* im Sinne eines „elementaren Lebensraumes"[108], eines „Mittelpunkt(es) der menschlichen Existenz"[109], wird bereits der Schutzbereich als betroffen angesehen. Dabei soll es auf eine besondere Ausforschungsabsicht der V-Person nicht ankommen[110]. Auch wird es als unerheblich betrachtet, daß der getäuschte Hausrechtsinhaber regelmäßig mit dem Zutritt seines „Gastes" einverstanden ist. Wird doch diesem „Einverständnis" wegen einer in der Vorgehensweise der V-Person erblickten Täuschung keine Bedeutung beigemessen.

Hiergegen mag zwar letztlich nicht der Einwand durchgreifen, daß der im Betreten einer fremden Wohnung liegende Hausfriedensbruch bereits tatbestandlich ausgeschlossen wird, wenn der Hausrechtsinhaber *tatsächlich* – unabhängig von einem Willensmangel – hiermit einverstanden ist[111]. Nicht zwingend erscheint der logische Schluß von einem solchen Entfallen der Strafbarkeit aus § 123 StGB zur Annahme, es liege kein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff vor. Zudem gebietet es das in Art. 1 Abs. 3 GG niedergelegte Verbot, den einfachen Gesetzgeber „zum Schöpfer des ihn bindenden Maßstabes" zu erheben[112], ohnehin, nach einer *verfassungsrechtlich* fundierten Lösung zu suchen. Diese findet sich aber entgegen verbreiteter Annahme keineswegs im Rechtsinstitut des Grundrechtsverzichts[113]. Ist doch von einem solchen Verzicht auf grundrechtlich geschützte Güter der bloße Grundrechts*gebrauch* zu unterscheiden. Dieser erfaßt das Verhalten[114] *innerhalb des Schutzbereiches eines Grundrechts*[115]. Erst im Wege dieser schon bei *Klaus Stern* höchst anschaulich herausgearbeiteten feinsinnigen Differenzierung[116], die eine Auflösung der teilweise vorgenommenen „Verbindung von Grundrechtsgebrauch und Grundrechtsverzicht"[117] bewirkt, gelingt es, die jeweiligen rechtserheblichen Vorkommnisse ihrer Natur gemäß zu beurteilen. So besteht eben ein bedeutsamer Unterschied zwischen einem Ausspähen der Wohnung von außen einerseits und einem Betreten der Wohnung mit Willen des Hausrechtsinhabers andererseits. Mit seiner Entscheidung, welcher Person der Zutritt zu seiner manifestierten Privatsphäre[118] gestattet sein soll, verzichtet der Berechtigte nicht – auch nicht teilweise – auf sein Grundrecht,

---

98 Vgl. auch *Ernst*, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozeß, 1993, S. 65; *Rogall* (Fn. 17), 58; *Wolter*, Meyer-Gedächtnisschr. 1990, S. 493, 495/496.

99 Wie etwa das Erfordernis einer hinreichend konkreten gesetzlichen Grundlage.

100 Aus der Rspr. vor allem *BVerfGE* 39, 1, 41/42 = JZ 1975, 205 m. Anm. *Kriele*; 46, 160, 164 = JZ 1977, 750; 49, 89, 132, 141/142 = JZ 1979, 179 m. Anm. *Fiedler*; 53, 30, 57 = JZ 1980, 307 m. Anm. *Albrecht Weber*; 56, 54, 73; 88, 203, 251 = JZ 1993, im Anschluß an 1172 m. Bspr. *Starck* JZ 1993, 816 ff.; kürzlich *BVerfG* NJW 1995, 2343; näher *Duttge* (Fn. 28), 196 ff. m. w. N.

101 Vgl. etwa *Pietrzak* JuS 1994, 748.

102 Zu den Gefährdungsindikatoren vgl. *Duttge* (Fn. 28), 205, 218 ff.

103 Hierzu *BVerfGE* 34, 238, 246 = JZ 1973, 504 m. Anm. *Arzt*; *BVerfG* NJW 1992, 815/816.

104 Vgl. *BVerfGE* 34, 238, 245/246; weiterhin *BGH* JZ 1994, 413, 414 m. Anm. *Helle*; vgl. im Privatrecht §§ 22 ff. KUG.

105 Vgl. etwa auch *Krey* (Fn. 14), Rn. 125; zum präventiv-polizeilichen Einsatz besonderer technischer Mittel vgl. *BGH* NStZ 1995, 601/602 m. krit. Anm. *Welp*.

106 In diesem Sinne *Fezer*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. (1995), Fall 8 Rn. 30 (anstelle „§ 110 c" ist sicherlich § 100 c StPO gemeint); *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 110 c Rn. 2 a. E., § 110 e Rn. 1; *Krey* (Fn. 14), Rn. 278; zu §§ 163 g, m des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts (StVÄG 1988) wie hier schon *Hilgendorf-Schmidt* wistra 1989, 208, 211.

107 Vor allem *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 102 ff.; *ders.* StV 1985, 257, 263; *Eisenberg* NJW 1993, 1033, 1038, *Frister* StV 1993, 151, 152/153; *Ranft* Jura 1989, 449, 450; *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 110 c Rn. 4; *Weil* ZRP 1992, 243, 245; a. A. dagegen *Krey* (Fn. 14), Rn. 250 ff.

108 *BVerfGE* 42, 212, 219 = JZ 1976, 532; 51, 97, 110 = JZ 1979, 637; zuletzt *BVerfGE* 89, 1, 12.

109 *BVerfGE* 18, 121, 131/132.

110 Näher *Frister* StV 1993, 151, 152.

111 Vgl. *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl. (1995), § 123 Rn. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, Strafgesetzbuch, 24. Aufl. (1991), § 123 Rn. 22 m. w. N.; a. A. *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK/StGB), 24. Lief. (1995), § 123 Rn. 18.

112 *Nierhaus* AöR 116 (1991), 72, 82; vgl. zum Vorrang der Verfassung auch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 45), § 111 Rn. 52, sowie in: Sendler-Festschr. 1991, S. 39, 44.

113 Erwogen – aber letztlich offengelassen – bei *Krey* (Fn. 14), Rn. 254; wie hier dagegen *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 13 Rn. 19; zum Grundrechtsverzicht näher *Bleckmann* JZ 1988, 57 ff.; *Robbers* JuS 1985, 925 ff.

114 Erfaßt ist nicht nur das aktive Tun, sondern auch das Unterlassen.

115 Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 45), Rn. 231.

116 *Stern*, in: *Stern* (Fn. 45), § 86 II 2; weiterhin etwa *Pieroth/Schlink* (Fn. 45), Rn. 231.

117 Sie findet sich etwa bei *Göldner* JZ 1976, 352, 354/355.

118 Zum Verständnis des Art. 13 GG im Sinne einer speziellen Gewährleistung der Privatsphäre vgl. *Duttge* (Fn. 28), 100 ff.

sondern übt gerade die ihm zustehende Freiheit aus[119]. Diese Freiheit, deren sich der Berechtigte auch bewußt ist[120], wird nicht *von Staats wegen* dadurch geschmälert, daß er sich über die Person des in den Privatbereich Aufgenommenen irrt. Selbst wenn es sich bei dieser Person um ein Organ hoheitlicher Gewalt handelt, entfällt die *staatliche* Verantwortlichkeit für Einwirkungen auf grundrechtliche Schutzgegenstände, die der Grundrechtsträger in Ausübung seiner Freiheit durch faktisches Tun selbst herbeiführt oder abzuwenden unterläßt[121]. Dies gilt jedenfalls so lange, wie die *V-Person* nicht durch eigene Verhaltensweisen „nachhilft" und erst *dadurch* eine Gestattung des Hausrechtsinhabers bewirkt[122]. Die vom Schutzbereich des Art. 13 GG erfaßte Privatsphäre wird folglich durch den bloßen Zutritt der V-Person nicht *gegen den Willen des Berechtigten* betroffen[123]. Es fehlt bereits an einer hoheitlichen *grundrechtsbezogenen* Maßnahme[124], so daß es insoweit keiner gesetzlichen Regelung bedarf[125].

Es fragt sich aber, ob nicht der Einsatz von V-Personen *als solcher* grundrechtsrelevant ist. Zweifel an der (ablehnenden) Auffassung der wohl h. M.[126] ergeben sich zwar nicht unter dem häufig genannten Gesichtspunkt eines „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung"[127]. Im Blick auf den bereits erwähnten[128] *nemo-tenetur-Grundsatz* könnte es aber anders liegen. Ist doch nicht zu übersehen, daß der Einsatz einer V-Person in der Regel gerade darauf abzielt, unter Verschleierung seines hoheitlichen Charakters[129], oftmals unter Ausnutzung entgegengebrachten Vertrauens[130] sowie unter Umgehung der bei offener Vernehmung des Betroffenen zur Sicherung seiner Schweigerechte an sich erforderlichen Belehrungen[131] diesen zu Äußerungen zu bewegen, die ihn selbst oder eine nahestehende andere Person[132] belasten. Allerdings schützt der Grundsatz des „nemo tenetur se ipsum accusare" den Betroffenen lediglich vor einer *erzwungenen* Selbstbelastung. In diesem Sinne ist er bereits im *Gemeinschuldner*-Beschluß des *BVerfG* interpretiert worden[133]. Auch das Schriftum verlangt eine „unmittelbare oder mittelbare Ausübung von Druck"[134] oder zumindest einen „Schein von Zwang"[135]. Eine sonstige (auch täuschende) *Veranlassung* zur Selbstbezichtigung wird dagegen vom Schutzbereich dieser grundrechtlichen Gewährleistung nicht erfaßt. Hiermit korrespondiert auch eine neuere Entscheidung des *Kammergerichts*[136], wonach selbstbelastende Angaben eines Versicherungsnehmers gegenüber seinem Haftpflichtversicherer in einem nachfolgenden Strafverfahren verwertet werden dürfen, ohne daß dies gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstößt. Ebensowenig wie gegenüber einem Versicherungsunternehmen ist der Betroffene gegenüber einer V-Person zu Äußerungen verpflichtet. Nicht einmal ein dahin gehender Anschein wird erweckt, so daß die anvisierte Person gerade nicht in einen Interessenwiderstreit gerät, sich selbstbelastend zu erklären oder die Aussagepflicht zu verletzen. Damit verstößt der Einsatz von V-Personen nicht gegen den nemo-tenetur-Grundsatz und bedarf daher auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes keiner gesetzlichen Grundlage[137].

Wie bereits erwähnt[138], decken die bisher bekannten und von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten konkreten Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aber nicht den gesamten von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG erfaßten Schutzbereich ab. Vielmehr bleibt Raum für das allgemeine Persönlichkeitsrecht *als solches*. So läßt sich erwägen, ob nicht der Einsatz von V-Personen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner statischen Dimension („right to be let alone") tangiert[139]. Zu ihrer Beschreibung bildet die *Sphärenkonzeption* trotz verbleibender Unschärfen ein taugliches Modell. Danach läßt sich das Schutzgut der Privatheit bildhaft im Sinne eines „kreisförmigen Schichtenmodells" vorstellen, bei dem die Intensität „von innen nach außen abnimmt"[140]. Den intensivsten Schutz vermittelt die innerste Sphäre (sogen. *Kernbereich privater Lebensgestaltung*)[141]. Dieser umfaßt alle diejenigen Handlungen, Äußerungen und Gedanken, von denen niemand oder lediglich ein eng begrenzter und exakt determinierter Kreis von Vertrauten Kenntnis nehmen soll *und* die ihrer Art nach besonders

---

119 Zutreffend *Pieroth/Schlink* (Fn. 45), Rn. 232.

120 So weiß er doch etwa, daß er den Besucher jederzeit anweisen kann, die Wohnung wieder zu verlassen.

121 In diesem Sinne vor allem *Sachs*, in: *Stern* (Fn. 45), § 78 III 3 e ε) αα).

122 Bekanntes Beispiel bei *Rogall* JZ 1987, 847, 853: der die Wohnung Betretende gibt sich als Gasmann aus; vgl. auch *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. 113), Art. 13 Rn. 19.

123 Zu diesem Erfordernis etwa *Dagtoglou*, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (BK), Zweitbearbeitung, Art. 13 Rn. 54; *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. 113), Art. 13 Rn. 19.

124 So auch *Kunig* Jura 1992, 476, 480, allerdings bezogen auf das Institut der „Einwilligung"; ähnlich der Ausgangspunkt bei *Weil* ZRP 1992, 243, 244: „Da jeder Wohnungsinhaber selbst entscheiden kann, wen er in seinen Privatbereich aufnimmt, handelt es sich folgerichtig um keinen Grundrechtseingriff, wenn ein Besucher die Wohnung mit der Einwilligung des Berechtigten betritt und darin verweilt".

125 Wie hier im Ergebnis auch *Krey* (Fn. 14), Rn. 250 ff., 261; vgl. auch *Ranft* (Fn. 8), Rn. 850, wonach durch Wahrnehmung der in § 110 c S. 1 StPO normierten (verfassungsgemäßen) Befugnis des *Verdeckten Ermittlers* nicht der „Kernbereich des Art. 13 I GG" betroffen werde.

126 Zur Auffassung der Rspr. und der wohl h. L. vgl. o. bei Fn. 14.

127 Zu den Erwägungen, die gegen die Anerkennung eines eigenständigen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sprechen, vgl. o. bei Fn. 92; dagegen heben im Zusammenhang mit dem Einsatz von V-Personen auf diesen rechtlichen Aspekt maßgeblich ab: *Fezer* JZ 1995, 972; *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514, 515; *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 94 Rn. 48; § 110 a Rn. 14.

128 Siehe o. bei Fn. 85.

129 Vgl. *Rieß*, in: LR (Fn. 85), § 163 Rn. 57.

130 Näher *Dencker*, Dünnebier-Festschr. 1982, S. 447, 455; *Roxin* NStZ 1995, 465, 467: „Vertrauensbruch".

131 Vgl. § 136 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 163a Abs. 4 S. 2/§ 163 a Abs. 3 S. 2 bzw. § 52 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 163 a Abs. 5/§ 161 a Abs. 1 S. 2 StPO.

132 Unter dem Aspekt des nemo-tenetur-Grundsatzes stehen sich die Selbst- sowie die Angehörigenbezichtigung gleich, dazu *Rogall*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 133 Rn. 153 m. w. N.; differenzierend, aber im Ergebnis wie hier *Sternberg-Lieben* JZ 1995, 844: „... das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Zeugen wurzelnde, dem Nemo-tenetur-Grundsatz verwandte Recht, seinen Angehörigen nicht belasten zu müssen".

133 Vgl. *BVerfGE* 56, 37, 42 = JZ 1981, 303; dazu auch *OLG Karlsruhe* NStZ 1989, 287, 288 m. Anm. *Rogall*.

134 Vor allem *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), Einl. Rn. 29 a; *Gollwitzer*, in: LR (Fn. 85), Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 253; *Rogall*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 133 Rn. 139/140; neuerdings *Kohlmann*, Tipke-Festschr. 1995, S. 487, 507 sowie eingehend *Besson*, Steuergeheimnis und *Nemo-tenetur*-Prinzip im (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Diss. Bochum (in Vorbereitung).

135 *Wolter*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 151 Rn. 124; a. A. *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung, 1990, S. 125.

136 *KG* NStZ 1995, 146/147 = NZV 1994, 403 ff.; vgl. nunmehr auch *BVerfG* NStZ 1995, 599/600.

137 Wie hier auch *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 110 c Rn. 13, allerdings zum Verdeckten Ermittler; zur Frage einer (unmittelbaren oder entsprechenden) Anwendbarkeit der *einfachgesetzlichen* Ausprägungen des nemo-tenetur-Grundsatzes (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 136 a StPO), die hier nicht vertieft werden soll, vgl. etwa *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 136 a Rn. 4; *Rogall*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 136 a Rn. 7, 19; *Roxin* NStZ 1995, 465 ff., 468, 469; *Seitz* NStZ 1995, 519, 520; *Sternberg-Lieben* JZ 1995, 844, 848; im Blick auf die sogen. „Hörfalle" auch *Sternberg-Lieben* Jura 1995, 299, 306 ff.; vgl. weiterhin *BGH* NStZ 1995, 410 ff., allerdings nicht im Blick auf einen Einsatz von V-Personen, sondern in einem Falle, in welchem auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden eine Privatperson mit dem Beschuldigten ein Telefongespräch führt und dieses – wiederum auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden – von einer dritten Person mitgehört wird.

138 Siehe o. bei Fn. 86.

139 Diese erlaubt dem Bürger, sich aus dem weitgehend von der Öffentlichkeit beherrschten Bereich nach eigenem Gutdünken zurückzuziehen und innerhalb dieses Rückzugsbereiches von der Außenwelt unbeeinträchtigt zu bleiben.

140 Vgl. die Abbildung bei *Duttge* (Fn. 28), 170.

141 Zur Frage einer Abgrenzung von den anderen Sphären vgl. *Duttge* (Fn. 28), 173 ff.

schutzbedürftig sind[142]. Hieran schließt sich nach außen hin der Bereich der *schlichten Privatsphäre* an, der jene Lebensumstände erfaßt, die einem beschränkten Personenkreis ohne weiteres zugänglich sind, aber der Öffentlichkeit entzogen sein sollen *und* ihrer Art nach nur beschränkt geheimhaltungsbedürftig sind. Die *Sozialsphäre* schließlich verschiebt die betreffenden Vorgänge so weit in den Bereich der Öffentlichkeit, daß der einzelne gegen eine ungewollte Anteilnahme keinen Schutz mehr genießt. Im Blick auf die Betätigung von V-Personen erscheint vor allem bedeutsam, daß diese sich gezielt darum bemühen, in das nahe Umfeld der anvisierten Personen zu gelangen, um dadurch zur Aufklärung von Straftaten relevante Informationen zu gewinnen. Diese wird der hiervon Betroffene der Öffentlichkeit aber wohl stets vorenthalten wollen, möchte er seiner eigenen Strafverfolgung nicht Vorschub leisten. Die betreffenden Informationen sind ihrer Art nach auch regelmäßig nicht nur von rein geschäftlichem Interesse. Durch den Einsatz von V-Personen wird damit in der Regel die *schlichte Privatsphäre* betroffen. Dies ist auch der öffentlichen Gewalt zurechenbar[143], ohne daß es hierbei auf die verwaltungsorganisatorische Qualifizierung der V-Person[144] ankäme[145]. Darf sich die staatliche Gewalt doch ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht dadurch entziehen, daß sie ihre Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform oder mittels Inanspruchnahme Privater erfüllt[146]. Demzufolge bedarf es *insgesamt* einer eigenständigen gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen.

III. Folgerungen und Vorschlag einer gesetzlichen Regelung

Damit bestätigen sich – wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis – die eingangs referierten Stimmen aus dem neueren Schrifttum, die von einer „verfassungsrechtlich höchst bedenklich(en)"[147] Rechtslage ausgehen. Dies soll aber nicht dahin gehend mißverstanden werden, als dürften die Ermittlungsbehörden zukünftig in keinem Falle mehr V-Personen *einsetzen*[148] bzw. die hierdurch gewonnenen Informationen *verwerten*[149]. Eine strenge Anwendung der hier dargelegten Grundsätze hätte allerdings *für die gegenwärtige Rechtslage* an sich eben dies zur Folge, *solange der Gesetzgeber untätig bleibt*. Erscheint es doch höchst bedenklich, die Betätigung von V-Personen weiterhin auf §§ 161, 163 StPO (i. V. m. der Zuerkennung eines sog. „Übergangsbonus") zu stützen. Abgesehen von der methodischen Bedenklichkeit einer solchen „Flucht in die Generalklauseln"[150] handelt es sich doch bei §§ 160 bis 163 StPO um bloße Aufgabeneröffnungsnormen, die grundrechtsrelevantes Staatshandeln nicht rechtfertigen können[151]. Zwar erkennt die überwiegende Auffassung eine vorübergehende Befreiung der Exekutive von den Vorgaben des Verfassungsrechts[152] auf der Grundlage eines „Übergangsbonus" an[153], um wichtige Belange der Allgemeinheit – wie etwa die Funktionstüchtigkeit der (Straf-)Rechtspflege[154] – zu sichern. Es mehren sich aber Stimmen, die inzwischen für einen Ablauf des Übergangsbonus plädieren, sei es bereits Ende 1990[155], sei es bei Zuerkennung eines „Bonus Deutsche Einheit" mit Ablauf des Jahres 1994[156] oder 1995[157]. Hinzu kommt, daß sich ein Ausweg aus diesem Dilemma auch nicht darin findet, die bestehende Regelungslücke (zumindest vorübergehend) im Wege einer (analogen) Anwendung der für Verdeckte Ermittler geltenden §§ 110 a ff. StPO zu schließen. Eine solche Vorgehensweise stieße nicht nur im Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes auf Bedenken[158]. Sie läßt sich auch nach Bekanntwerden der Entscheidung des *3. Strafsenats* vom 22. 2. 1995 kaum noch vertreten, der sich wegen Fehlens einer *planwidrigen* Regelungslücke gerade gegen eine analoge Anwendung der §§ 110 a ff. StPO ausgesprochen hat[159]. Damit bleibt nur die *dringende Bitte an den Gesetzgeber*, den Einsatz von V-Personen baldmöglichst hinreichend konkret zu normieren. Ungeachtet der vielfältigen und zahlreichen Aufgaben, denen sich der Gesetzgeber im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands[160] sowie der am Horizont schimmernden europäischen Einigung[161] zu stellen hat, steht ansonsten zu befürchten, daß Rechtsprechung und Rechtslehre sich nicht mehr länger bereit erklären werden, den Einsatz von V-Personen auf der Grundlage bloßer Verwaltungsvorschriften zu akzeptieren. Im Blick auf die Bekämpfung der Organisier-

---

142 Zu der Kombination von subjektiver und objektiver Betrachtung bei der Abgrenzung der Sphären sowie zu der sich hieraus ergebenden „Zwei-Schritt-Folge" vgl. *Duttge* (Fn. 28), 172.

143 Zur erforderlichen Zurechenbarkeit bereits o. bei Fn. 55.

144 Als Beliehener oder Verwaltungshelfer nähme der V-Mann unmittelbar hoheitliche Aufgaben wahr, vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1994, § 23 Rn. 56 ff.

145 Zutreffend *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514, 515; vgl. auch *Sternberg-Lieben* JZ 1995, 844, 846/847; anders aber *Gollwitzer* JR 1995, 469, 470 et passim: „Privatgespräch" bzw. „Gespräch zwischen Privatleuten".

146 Zu den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts näher *Ehlers*, in: *Erichsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 2 Rn. 75 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 23 Rn. 29 ff.

147 *Fezer* JZ 1995, 972.

148 In diesem Sinne aber *Velten* (Fn. 3), 76 ff. mit Blick auf Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 1 Abs. 1 GG sowie das Rechtsstaatsprinzip; hiergegen *Arloth* CR 1995, 698, 699; *Gollwitzer* JR 1995, 469, 471/472.

149 Die Frage eines sich aus dem Beweis*erhebungs*verbot ergebenden *unselbständigen* Beweis*verwertungs*verbotes läßt sich hier nicht näher erörtern; vgl. allgemein *Schlüchter*, in: SK/StPO (Fn. 1), § 261 Rn. 33 ff. sowie neuerdings *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995.

150 Vgl. *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933; zur Notwendigkeit „wertausfüllungsbedürftiger Begriffe" aber auch *Lenckner* JuS 1968, 249 ff., 304 ff.

151 Näher *Duttge* (Fn. 28), 141 ff. m. w. N.

152 Vgl. *Scholderer* NStZ 1989, 585: „befristete Außerkraftsetzung von Art. 1 Abs. 3 GG".

153 In diesem Sinne vor allem die Rspr., vgl. *BVerfGE* 41, 251, 267 = JZ 1976, 363 m. Anm. *Dietze*; 58, 257, 280 = JZ 1982, 755 m. Anm. *Wilke*; *BVerfG* NJW 1992, 1875, 1876; *BayVerfGH* NJW 1986, 915, 916; *BVerwG* DVBl 1984, 443, 445; 1990, 707, 710; RDV 1995, 125, 127; *OLG Karlsruhe* NStZ 1994, 50, 51/52 m. krit. Anm. *Otto* JR 1995, 83, 84; zu den Bedenken aber auch *Duttge* (Fn. 28), 216 ff. m. w. N.

154 Aus der Rspr. des *BVerfG* etwa *BVerfGE* 33, 367, 382/383 = JZ 1973, 780 m. Anm. *Würtenberger*; 34, 238, 248/249 = JZ 1973, 504 m. Anm. *Arzt*; 44, 353, 374, 378 = JZ 1977, 506; 46, 214, 222/223; 80, 367, 375 = JZ 1990, 431 m. Bspr. *Küpper* S. 416 ff.; weiterhin statt vieler *Gollwitzer* JR 1995, 469, 471; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, 24 ff.; *Wolter* NStZ 1993, 1, 2; krit. *Hassemer* StV 1982, 275 ff.

155 So etwa *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990, S. 56; *Simitis* NJW 1989, 21; *Simitis/Fuckner* NJW 1990, 2713, 2715.

156 Vgl. *Ernst* (Fn. 98), 188 sowie neuerdings auch *VGH Kassel* – 6 UE 152/92 – mitgeteilt in NJW 1995, Heft 28 S. XXXIV; a. A. *OLG Hamburg* NJW 1995, 3399.

157 So *Wolter*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 151 Rn. 96 a.

158 Zur umstrittenen Frage, ob dem Vorbehalt des Gesetzes für strafprozessuale Grundrechtseingriffe ein Analogieverbot zu entnehmen ist, einerseits (befürwortend) *Bleckmann* (Fn. 45), 1. Teil, § 12 IV 1 e; *Krey* ZStW 101 (1989), 838, 840, 854 ff.; *Rudolphi*, in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 94 Rn. 27; *Wolter* GA 1988, 49, 60; andererseits etwa *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), Einl. Rn. 198; *Vahle* Kriminalistik 1984, 305, 308, allerdings „nur in engen Grenzen"; eingehend zum Streitstand *Bär*, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S. 69 ff.

159 Vgl. *BGH* NStZ 1995, 513: „Auf die Voraussetzungen und die Modalitäten der Inanspruchnahme von Vertrauenspersonen sind die Regelungen der §§ 110 a ff. StPO über Verdeckte Ermittler nicht entsprechend anzuwenden"; für eine Analogie dagegen *Zaczyk* StV 1993, 490, 492.

160 Aus der großen Zahl aktueller Gesetzesvorhaben sei exemplarisch erwähnt der Entwurf eines Gesetzes zur Einbeziehung der Mauer- und Grenzgrundstücke in das Vermögensgesetz (BR-Drucks. 1033/94).

161 Vgl. etwa den Entwurf eines Gesetzes zu dem Protokoll Nr. 11 v. 11. 5. 1994 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BR-Drucks. 42/95) sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht (BT-Drucks. 13/668); in Kraft getreten sind etwa das Markenrechtsreformgesetz v. 25. 10. 1994 (BGBl. I, 3082) und das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und andere Vorschriften über Kreditinstitute v. 28. 9. 1994 (BGBl. I, 2735).

ten Kriminalität, die den Rechtsstaat ernstzunehmend bedroht[162], käme dies einem herben Rückschlag gleich. Allerdings sollte die Rechtspraxis schon de lege lata V-Personen nicht mehr zur Aufklärung jeglicher Kriminalitätsformen, sondern nur noch unter Berücksichtigung des folgenden – maßvollen – Regelungsvorschlages zum Einsatz kommen lassen.

Dieser im folgenden zur Diskussion gestellte Vorschlag einer künftigen gesetzlichen Regelung basiert auf Grundannahmen, die hier nur grob skizziert werden können: Auszugehen ist dabei von der Erkenntnis, daß die mittels Verdeckter Ermittler unternommenen Bemühungen zur Aufklärung von Straftaten – vor allem bei der Verfolgung ethnisch geschlossener Gruppen – einerseits häufig der Ergänzung durch einen Einsatz von V-Personen bedürfen[163], dieses Allgemeininteresse an einer wirksamen Strafverfolgung aber andererseits nicht einseitig zu Lasten der Belange der Betroffenen gewichtet werden darf. Deshalb erscheint es – auch aus Gründen der Rechtssicherheit[164] – zweckmäßig, im Blick auf das „Ob" dieser Maßnahme eher strenge *materielle* Anforderungen zu stellen und hierzu in Parallele zu § 110a Abs. 1 StPO einzelne Straftaten zu katalogisieren. Für das Einführen der von einer V-Person gewonnenen Erkenntnisse in die Hauptverhandlung sowie deren Verwertung im Urteil haben dies bereits *Schlüchter/Radbruch*[165] überzeugend vorgetragen. Soweit sie zur Begründung ihrer Auffassung nicht den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, sondern das Rechtsstaatsprinzip herangezogen haben, weicht dies letztlich nicht von dem hier zugrunde gelegten Maßstab ab. Wird doch bekanntlich als Einzelausprägung des Rechtsstaatsprinzips neben anderen der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gesehen[166], aus dem nicht nur das Gebot des Vorrangs, sondern auch des (allgemeinen) Vorbehalts des Gesetzes fließen[167]. Wird der Einsatz von V-Personen somit an einen Katalog von Straftaten geknüpft, sollte zudem zum Ausdruck kommen, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren ist. Dies ließe sich in ähnlicher Weise wie in § 112 Abs. 1 S. 2 StPO geschehen zum Ausdruck bringen.

Um den Einsatz einer V-Person aber – zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege[168] – nicht dort zu hindern, wo er zur Kriminalitätsbekämpfung erforderlich ist, erscheint es notwendig, bei Vorliegen der strengen *materiellen* Voraussetzungen die *formellen* Anforderungen eher schwächer auszugestalten. Diese Auffassung läßt sich um so leichter begründen, als bei Fehlen der Einsatzvoraussetzungen retrospektiv[169] ein Rechtsfehler gesetzt wird, der – steht er in normativem Zusammenhang mit dem Urteil[170] – dieses revisibel werden läßt. Dann dürfen aber hieraus gewonnene Erkenntnisse bereits prospektiv nicht verwertet werden.

Die Normierung von Befugnissen zum Einsatz technischer Mittel sowie zum Betreten fremder Wohnungen ist dagegen entbehrlich[171]. Letzteres sollte aber zur Klarstellung in Parallele zu § 110c StPO dennoch geregelt werden. Weiterhin erscheint es zweckmäßig, daß der neue, wohl im Anschluß an §§ 110a–e StPO einzufügende Regelungskomplex auch Fragen zur nachträglichen Benachrichtigung betroffener Personen, zur Verwahrung und Vernichtung der Unterlagen, zur Geheimhaltung der Identität der V-Person sowie zur zweckgebundenen Verwertung der erlangten Informationen beantwortet. Außerdem sollte ähnlich § 110a Abs. 2 StPO der Begriff der Vertrauensperson per Gesetz umschrieben werden. Insgesamt ergibt sich hieraus folgender Vorschlag einer neuen gesetzlichen Normierung:

§ 110f: Vertrauenspersonen – Begriff und Einsatzvoraussetzungen

(1) Vertrauenspersonen (V-Personen) werden von den Strafverfolgungsbehörden zu deren vertraulicher Unterstützung bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit gezielt eingesetzt, ohne einer dieser Behörden anzugehören.

(2) V-Personen dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine Straftat

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs,
2. auf dem Gebiet der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
3. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),
4. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
5. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist. Der Einsatz ist nur zulässig, wenn er zur Aufklärung dieser Straftaten erforderlich ist und zu der Bedeutung der Sache sowie der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung nicht außer Verhältnis steht.

§ 110g: Befugnisse der V-Person

(1) V-Personen dürfen unter Geheimhaltung ihrer Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden Wohnungen, die nicht allgemein zugänglich sind, betreten, soweit dies der Berechtigte gestattet. Seine Gestattung darf die V-Person nicht durch Täuschungen erwirken, die über eine Geheimhaltung der Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden hinausgehen.

(2) Maßnahmen nach Abs. 1 dürfen sich sowohl gegen den Beschuldigten als auch gegen andere Personen richten, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie mit dem Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird. Werden Dritte unvermeidlich betroffen, hindert dies ein Vorgehen nicht. Gegen einen Verteidiger sind Maßnahmen nach Abs. 1 nicht zulässig.

---

[162] Wie hier auch *Caesar* ZRP 1993, 67, 69; *Kaiser* Kriminalistik 1994, 762, 765/766, 771; *Lorenz* JZ 1992, 1000, 1002/1003; *Schlüchter*, Gutachten im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11. 4. 1994 zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP (BT-Drucks. 12/6853) sowie der SPD (BT-Drucks. 12/6784), 191, 192; vgl. zu Begriff, Erscheinungsformen und Indikatoren der Organisierten Kriminalität etwa *Bögel*, Struktur und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland, 1994; *Schneider*, Stree/Wessels-Festschr. 1993, S. 813ff.; *Schwind*, Kriminologie, 6. Aufl. (1995), § 26; *ders.*, Remmers-Festschr. 1995, S. 629ff.; *Sieber* JZ 1995, 758ff.; *Sieber/Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993.

[163] Weitgehend anerkannt, vgl. *Krey* (Fn. 14), Rn. 24ff.

[164] Vgl. die zum Merkmal einer „Straftat von erheblicher Bedeutung" (§ 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO) geäußerte Kritik bei *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 100c Rn. 3.

[165] NStZ 1995, 354, 355.

[166] Allgemeine Meinung, vgl. nur *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* u. a., Grundgesetz-Kommentar, Stand: 27. Lief. (1989), Art. 20 Rn. 22; *Schnapp*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. 113), Art. 20 Rn. 23; *Stern*, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. (1984), § 20 IV 4 α) und β) („negative" und „positive" Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

[167] Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes wird deshalb sowohl aus dem Demokratie- als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, vgl. etwa *BVerfGE* 33, 303, 346 = JZ 1972, 686 m. Anm. *Kimminich*; 34, 165, 192/193; 47, 46, 78/79 = JZ 1978, 304 m. Bspr. *Oppermann* S. 289ff.; eingehend *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 176ff.

[168] Siehe o. Fn. 154.

[169] Zur retrospektiven und prospektiven Sichtweise vgl. *Schlüchter* (Fn. 1), Rn. 4.1ff. sowie in: Kernwissen Strafprozeßrecht, 2. Aufl. (1995), S. 179.

[170] Zum normativen Zusammenhang wie auch zu dessen Zerschlagung näher *Schlüchter*, Krause-Festschr. 1990, S. 485ff. sowie in: SK/StPO (Fn. 1), Vor § 213 Rn. 64ff.; der Normativierung zustimmend *Kelnhofer*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994, S. 102, 103.

[171] Vgl. o. bei Fn. 103ff. bzw. Fn. 107ff.

§ 110h: Anordnungskompetenz
Soll eine V-Person eingesetzt werden, bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Kann diese nicht rechtzeitig eingeholt werden oder ist der Untersuchungszweck gefährdet, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.

§ 110i: Benachrichtigung des Berechtigten; Verwahrung und Vernichtung der Unterlagen
(1) Personen, deren nicht allgemein zugängliche Wohnung die V-Person betreten hat, oder die in sonstiger Weise von Maßnahmen der V-Person betroffen wurden, sind vom Einsatz zu benachrichtigen, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib und Leben einer Person sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung der V-Person geschehen kann.
(2) Entscheidungen und sonstige Unterlagen über den Einsatz der V-Person werden bei der Staatsanwaltschaft verwahrt. Zu den Akten sind sie erst zu nehmen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt sind. Sind die durch die Maßnahmen erlangten Unterlagen zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich, so sind sie unverzüglich unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft zu vernichten. Über die Vernichtung ist eine Niederschrift anzufertigen.

§ 110j: Verwendung erlangter Informationen
Die durch den Einsatz der V-Person erlangten personenbezogenen Informationen dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweiszwecken verwendet werden, soweit sich Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer Straftat im Sinne des § 110f Abs. 2 S. 1 benötigt werden.

§ 110k: Geheimhaltung der Identität
Die Geheimhaltung der Identität der V-Person ist nach Maßgabe des § 96 zulässig, insbesondere dann, wenn Anlaß zu der Besorgnis besteht, daß die Offenbarung Leben, Leib oder Freiheit der V-Person oder die Möglichkeit ihrer weiteren Verwendung gefährden würde.

Umschau

Nachruf

Richard Lange †

Am 14. September 1995 hat *Richard Lange* in voller geistiger Klarheit, Herr seiner Sinne und seines Körpers, ohne Einbußen an Unabhängigkeit, in wacher Anteilnahme am Zeitgeschehen in seinem 90. Jahr das Ziel seines Lebens erreicht.

Die biographischen Daten sind in der Festschrift zu *Richard Langes* 70. Geburtstag[1] gesichert, die umfangreiche Bibliographie[2] ist in seiner Sammlung *Summa criminologica* von Dipl. Bibl. *Gertrud Wirtz* erneut geordnet[3] und bis zur abschließenden Originalarbeit von 1991: „Strafen wir wirklich den Täter?"[4] fortgeschrieben worden. Zahlreiche Würdigungen[5] bezeugen übereinstimmend nicht nur das hohe Ansehen *Richard Langes*, sondern auch, daß es an diesem unbequemen Menschen kein bequemes Vorbeikommen gibt.

I. *Richard Lange* wußte, daß der Mensch, „das nicht-festgestellte Tier" (*Adolf Portmann*), wegen seiner Offenheit bei bloßen Instinktresiduen sich seines Verhaltens wie seiner selbst nicht sicher sein kann. *Animal rationale* ist er nur in einem Verbund divergierender Antriebe, die insgesamt im Untergrund „mehr Chaos als Kosmos" (*Richard Lange*) erkennen lassen. Aber auch wenn man es einmal nur mit dem *animal rationale* zu tun hat, besteht Grund zur Vorsicht. Der Mensch kann seine intellektuellen Fähigkeiten höchst rational dazu benutzen, sich auf dem Umweg über ein System, eine Schule, eine Ideologie ... seiner relativen Offenheit, Freiheit und Verantwortung zu entledigen, indem er die Defizite an Instinktleistungen durch Sätze unbegrenzten Geltungsumfanges ausgleicht. Das Register von *Langes* „Das Rätsel Kriminalität; was wissen wir von Verbrechen?"[6] weist dazu unter „Geltungsanspruch" bis „Generalisierung" das Induktionsmaterial für das von *Richard Lange anthropologisch* und nicht *erkenntnistheoretisch* begründete Mißtrauen gegenüber der Produktion reiner Lehren durchaus repräsentativ nach.

Wenn es keine Entlastung z.B. durch „das System" gibt, dann braucht es Bescheibungen dessen, was als Problemlösung verantwortet werden kann. Dazu gehören Sätze, deren Geltungsanspruch auf einen angegebenen Sachzusammenhang beschränkt ist[7] und die darüber hinaus auch in anderen nützlich sein mögen, wenn wir sie immer wieder überprüfen und neu zu bedenken bereit sind. Hier geht es nicht um ein Psychogramm, sondern um notwendige Präparation von dem, was jenseits der zeitbedingten Anlässe von *Richard Lange* gelernt werden kann: Hellwaches Problembewußtsein. Das wohl schönste Beispiel bis in die Klarstellung verschiedener Prioritäten hinein ist die große Kontroverse zwischen *Richard Lange*[8] und *Hans Welzel*[9] zur Frage: Schuld- oder Vorsatztheorie im Nebenstrafrecht? Für *Welzel* ist die Einheit des Systems zwingendes Postulat, für *Richard Lange* die unterschiedliche Behandlung von Verschiedenem, auch wenn die Aufteilung in *delicta per se* und solche *mere prohibita* nie ohne Rest aufgehen wird. Auch *Lange* hätte mit geläufigen dogmatischen Mitteln eine einheitliche Theorie produzieren können, aber die wäre gefährlich in der Hand des Personals vor Ort, das sich bei einem den sachlichen Unterschied markierenden Bruch des Systems eher sachgerecht verhalten wird. „Wir müssen es endlich lernen, das Fragmentarische nicht länger als ein Unglück zu begreifen", war deshalb ein wiederkehrender Satz dessen, der einen „tragischen Humanismus" gelebt und ein „herbes Glück" erstrebt hat.

II. *Richard Lange* erwarb sich früh und ohne Zeichen der Saturiertheit sein Erbe europäischer Hochkultur. Für fremde Förderung blieb er ein Leben lang dankbar. Hier liegt eine Wurzel für seine stets wache Bereitschaft, andere zu fördern, ohne sie auf seine Wege zu verpflichten. Der Gedanke an geschlossene Systeme, Wahrheit in der Tasche, Monopole auf oder Schulen der Wahrheit, war ihm von Grund auf fremd. Musik und Malerei, die er auch selber ausübte, berührten ihn tief, waren ihm Glück, aber blieben für ihn wie das Schachspiel privat: Das Glück des Ästheten war nicht das Seine.

III. Skepsis als Gebot der Verantwortung hat *Richard Lange* auch auf sich angewendet. In zwei totalitären Systemen hat der elegante Redner den Weg der Botmäßigkeit zum Ruhm gemieden und in unserer Republik den Sprachregelungen und anderen Knebelungen der Kulturrevolutionäre widerstanden.

1. 1936 wurde *Eduard Kohlrauschs* Habilitand und Assistent aufgrund von Denunziationen und Druck des Dozentenbundführers vom Rektor der Humboldt-Universität als politisch untragbar entlassen. Damit war der Weg einer normalen Habilitation verbaut.

a) *Richard Lange* ging in die Praxis und wurde 1937 zum Staatsanwalt in Berlin ernannt. Bereits diese Ernennung wirkt aus heutiger Sicht erstaunlich, denn unter dem stasigestützten System der direkten politischen Lenkung durch das Politbüro über das Zentralkomitee wäre dies unmöglich gewesen. Ein wesentlicher Unterschied der Diktaturen besteht darin, daß in der sog. DDR im Prinzip alle uner-

[1] 1976, S. 1043f.
[2] Ebenda S. 1045ff.
[3] Bd. II 1991, S. 377–389.
[4] AaO. S. 331–373.
[5] In dieser Zeitschrift: *Klaus Roxin* zum 70. Geburtstag JZ 1976, 252 und *Günter Warda* zum 80. Geburtstag JZ 1986, 379f.
[6] 1970, S. 377, li. Sp.
[7] Z.B. den der Rechtskraft.
[8] JZ 1956, 73; 1956, 519; 1957, 233.
[9] JZ 1956, 238; 1957, 129.

Wolters Kluwer

gespeichert: 23.07.2021, 09:19 Uhr

Quelle: https://research.wolterskluwer-online.de/document/d2619967-0a88-4a04-b196-09c6e5ee2d8a

Zeitschrift	StV - Strafverteidiger
Autor	Dr. Ralf Eschelbach
Rubrik	Aufsätze
Referenz	StV 2000, 390 - 398 (Heft 7)
Verlag	Carl Heymanns Verlag

Eschelbach, StV 2000, 390
Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*

Dr. Ralf Eschelbach, wiss. Mitarb. am BVerfG, Heidesheim/Karlsruhe, RiOLG

I. Einleitung

Beschuldigte bleiben bei Falschaussagen straflos; dem entspricht ein prozessuales »Recht auf Lüge«, das allerdings umstritten ist.[1] »Waffengleichheit« herrscht indes nicht. Den professionellen Akteuren im Strafverfahren ist eine Lüge verboten. Strafverteidigern ist sie durch § 43 a Abs. 3 S. 2 BRAO untersagt.[2] Strafrichter und Strafverfolgungsbeamte sind an Recht und Gesetz gebunden; eine Lüge ist damit unvereinbar. Eine Ausnahme kommt nur für Verdeckte Ermittler in Betracht, soweit ihnen die Verwendung einer falschen Identität, die § 110 a Abs. 2 StPO als »Legende« bezeichnet,[3] gesetzlich gestattet ist. V-Leute, die im behördlichen Auftrag handeln, stehen zwischen den professionellen und den nicht professionellen Akteuren im Strafverfahren. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie dauernd eingesetzt und dafür bezahlt werden. In der Hauptverhandlung sind sie Zeugen und durch die § 153 ff. StGB zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet, auch über ihre Identität und die Eigenschaft, in der sie ihre Wahrnehmungen gemacht haben; dies wird nur durch § 68 Abs. 3 S. 1 StPO begrenzt. Die Frage eines »Rechts auf Lüge« für V-Leute als Mittel der Sachaufklärung im Vorverfahren ist dagegen ungeklärt.

§ 136 a Abs. 1 StPO, eine Ausformung des Art. 1 Abs. 1 GG,[4] verbietet Täuschungen[5] gegen über Beschuldigten und Zeugen (§ 69 Abs. 3 StPO) oder Sachverständigen (§ 72 StPO) absolut,[6] also »jede Art der Lüge«[7] als Vernehmungsmethode. Daraus kann aber nicht entnommen werden, daß andere Verhaltensformen unter Verwendung einer »Legende« ohne gesetzliche Grundlage erlaubt seien; diese unterscheiden sich nur hinsichtlich der Rechtsfolgen. Durch sie wird kein ebenso zwingendes Beweisverbot (§ 136 a Abs. 3 StPO) begründet, wie im Falle der Täuschung bei einer Vernehmung. Das bedeutet aber nicht, daß ein Beweisverbot generell ausgeschlossen wäre. Es hängt vielmehr, soweit es nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[8] zu prüfen ist, von einer Abwägung der betroffenen Belange ab.[9] Die sich daraus im Einzelfall ergebende Unverwertbarkeit eines fehlerhaft erhobenen Beweises steht zur Disposition der Verteidigung, die durch die »Widerspruchslösung«[10] kanalisiert wird.[11]

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

§ 110 a Abs. 2 und 3 StPO erlaubt als Spezialgesetz dem Verdeckten Ermittler die Aufstellung und Benutzung einer »Legende« . Diese Regelung ist aber weder direkt noch analog auf

Eschelbach: Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten - StV 2000 Heft 7 - 391>>

V-Leute anwendbar.[12] Eine Analogie würde auch dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen.[13] Deshalb stellt sich die Frage, ob es V-Leuten ohne spezialgesetzliche Grundlage gestattet ist, sich einer »Legende« zu bedienen, um Informationen für die Strafverfolgungsbehörden zu erlangen oder Straftaten zu provozieren, die dann verfolgt werden sollen. Das hängt von der Bewertung der bisher ausschließlich durch Richtlinien[14] und Richterrecht[15] geprägten Rechtslage ab.

II. Risiken des V-Mann-Einsatzes

Salditt bemängelt zu Recht, daß die Rechtsprechung sich mit einem Motiv für möglicherweise falsche Angaben durch V-Personen zu wenig befaßt.[16] V-Leute sind »belohnte Zeugen« ,[17] die das gemeine deutsche Recht noch entschieden abgelehnt hatte.[18] Im heutigen positiven Recht findet sich ausschließlich in § 31 Nr. 1 BtMG bei thematischer Begrenzung eine Art von Belohnung für die Mitwirkung im Strafverfahren, freilich nur in der Form der Strafmilderung für Beschuldigte in eigener Sache, wenn sie fremde Tatbeiträge aufzudecken helfen. Eine Vorschrift über die Bezahlung von Zeugen wegen ihrer Mitwirkung im Strafverfahren fehlt.

Die Beweisgründe tatrichterlicher Entscheidungen weisen insoweit zum Handlungs- und Aussagemotiv von V-Leuten oft Lücken auf, auch weil einer Aufklärung von Fall zu Fall Beschränkungen nach § 54, 96 StPO und Nr. I.5.5 Anlage D zu den RiStBV entgegenstehen. Die Art und Weise, wie in der V-Mann-Praxis eine »Legende« gebildet, abgesichert und untermauert wird, findet ebenfalls wenig Beachtung. Die Vorgeschichte der Informationsbeschaffung durch V-Leute kann aber nicht stets offen bleiben, denn deren Vorgehensweiseüberschreitet bisweilen herkömmliche Grenzen. Parallel zu einer zunehmenden Brutalisierung auf der Täterseite haben offenbar auch Ermittlungsmaß nahmen ihre Unschuld verloren. Einige Beispiele aus dem Bereich der Tatprovokationen verdeutlichen das:

- In einem Fall hatte eine V-Frau eine Intimbeziehung zu einem Beschuldigten aufgebaut; dies wurde zur Legendenbildung ausgenutzt, auf deren Grundlage ein Drogengeschäft provoziert wurde.[19]

- In einem anderen Fall war ein V-Mann in das Vertrauensverhältnis zwischen einem Verurteilten und dessen Strafverteidiger eingedrungen.[20] Er hatte auf Bitte der inhaftierten[21] Zielperson ein Verteidigermandat angebahnt, für Vorschuß zahlungen gesorgt und als Informationsmittler gedient, um seine Legende zu sichern. Diese Legende bildete den Hintergrund für das »Anschieben« eines neuen Drogengeschäfts.

- In einer dritten Konstellation wurden (von Verdeckten Ermittlern) Morddrohungen gegen die Zielperson und deren Familie eingesetzt, um eine Tatbegehung herbeizuführen.[22]

- Selbst dem Staat zuzurechnende Aktivitäten, die auf die Weckung eines Tatentschlusses der Zielperson

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

zum Mord gerichtet sind, kamen alsäußerster Extremfall bereits vor; sie blieben glücklicherweise im Stadium des § 30 StGB stecken.[23]

Hartnäckige Einwirkungen auf Zielpersonen, Verlockung durch Vorzeigen großer Geldbeträge, Ausnutzung von Notlagen, präzise Vorbereitung und intensive Steuerung der Begehung von Straftaten, Beschaffung von Tatmitteln einschließlich der Freigabe sichergestellter Drogenmengen[24] und das Aufstellen vielfältiger Fallen gehören zum Repertoire der Tatprovokationen durch V-Leute.[25] Mögen dies auch immer noch Ausnahmen vom Regeltyp des V-Mann-Einsatzes sein,[26] so ist es doch geboten, rechtliche Grenzen zu setzen. Die bisherige Verneinung kategorischer Rechtsfolgen durch die Rechtsprechung hat es nicht verhindert, daß V-Leute zunehmend den Boden rechtsstaatlicher Vorgehensweisen verlassen.

III. Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung

Es fehlt immer noch an einer gesetzlichen Regelung des VMann- Einsatzes.[27] Der Gesetzgeber[28] lehnt die Zurechnung des Verhaltens von V-Leuten zum staatlichen Strafverfahren ab; dies schade dem Ansehen der Strafverfolgungsorgane.[29] Das trifft zwar zu; dennoch kommt der V-Mann-Einsatz in sehr verschiedenen Varianten vor. Die Rechtsprechung begnügt sich dann mit der Annahme, der V-Mann-Einsatz sei erforderlich und deshalb zulässig,[30] auch soweit es um Lockspitzeleinsätze gehe.[31] Dies

kann aber im Einzelfall nicht mehr genügen, soweit das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes[32] gilt.[33]

Die Erforderlichkeit heimlicher Ermittlungen als Reaktion auf moderne Kriminalitätsformen wird nirgends ernsthaft in Zweifel gezogen.[34] Die Zulässigkeit bestimmter Ermittlungshandlungen mit Eingriffscharakter ohne spezialgesetzliche Ermächtigung[35] ist aber ein ungelöstes Problem. Es wird durch Zweckmäßigkeitserwägungen nicht ausgeräumt.[36]

Auch im Ausland[37] findet sich meist keine gesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes, aber dessen Billigung durch die Rechtsprechung. Jedoch ist dies nicht ohne Ausnahme: Eine positivrechtliche Regelung, die der Normenkontrolle durch das schweizerische Bundesgericht[38] standhielt, gibt es im Kanton Basel-Landschaft. Dort sind die Voraussetzungen eines zeitlich befristeten, kontrollierten, in den Akten dokumentierten Einsatzes von V-Leuten zur Aufklärung schwerer Straftaten geregelt. Bemerkenswert ist, daß V-Leuten danach »keine Erfolgsprämien« gezahlt werden dürfen, was in Deutschlandüblich ist. V-Personen ist in Basel-Landschaft auch jedes Verursachen eines Tatentschlusses bei der Zielperson verboten, während in Deutschland zumindest ein »Auf den Busch-Klopfen« als unbedenklich gilt.[39] Überschreiten die V-Leute in Basel- Landschaft diese Grenze, dürfen die auf diese Weise unmittelbar gewonnenen Erkenntnisse nicht gegen den Beschuldigten verwertet werden.[40] Für Zufallsfunde gilt, daß diese verwertbar sind, wenn ihretwegen ein V-Mann-Einsatz zulässig gewesen wäre; sonst nicht.[41] Geregelt ist in Basel-Landschaft schließlich das Recht des Angeklagten, die Vernehmung des V-Manns vor Gericht erwirken zu können. Ausnahmsweise kann natürlich auch dort eine Anonymisierung oder Sperrung erfolgen;[42] in diesem Fall aber hat der Vorsitzende des Gerichts »in camera« zu prüfen, ob die V-Person glaubwürdig ist. Diese Prüfungsmöglichkeit hat das *BVerfG*,[43] das ein »in camera-Verfahren« im Verwaltungsprozeßbefürwortet, für den Strafprozeß[44] abgelehnt.[45] Dies geschah mit Hinweis

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

darauf, es müsse im Strafprozeßdie Anwendung des Zweifelssatzes gesichert werden. Der Zweifelssatz spielt jedoch im Freibeweis zur Prüfung der Berechtigung einer behördlichen Aktensperrung keine Rolle und er besitzt im Strengbeweis zur Schuldund Straffrage als Entscheidungsregel bei einem »non liquet« nach Gesamtwürdigung aller Beweise nur dann eine ausschlaggebende Bedeutung, wenn eine richterliche Überzeugungsbildung auf dieser Grundlage nicht gelingt.[46] Wie immer die Einzelfrage der gerichtlichen Nachprüfung der behördlichen Aktensperrung aber zu beurteilen ist, angesichts der Normen im Kanton Basel-Landschaft läßt sich jedenfalls nicht sagen, es sei unmöglich, eine Regelung des V-Mann-Einsatzes zu schaffen.[47]

Entscheidend für die strafrechtliche Praxis in Deutschland ist die Frage, ob es einer spezialgesetzlichen Regelung bedarf, um aus der an sich verbotenen Lüge eine erlaubte »Legende« zu machen. Das hängt davon ab, ob das Verhalten der V-Leute dem Staat zuzurechnen ist, und ob es die Qualität eines Grundrechtseingriffs besitzt.

IV. Zurechnung des V-Mann-Handelns zum staatlichen Strafverfahren

Die Frage der Zurechnung[48] bewertet der *BGH*[49] zu Recht differenziert.

1. Befindet sich der Beschuldigte in Haft, so ist ihm die Staatsanwaltschaft zur Fürsorge verpflichtet. Sie darf nicht nur keinen Spitzel in der Haftanstalt auf ihn ansetzen.[50] Sie hat ihn auch vor ungebetener Ausforschung durch einen Informanten zu schützen, wenn begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß dies geschieht.[51] Zurechnungsgrund ist dabei die Fürsorgepflicht im besonderen Verhältnis zwischen dem Inhaftierten und dem Staat, in dem der Beschuldigte der Konfrontation mit einem auf ihn angesetzten V-Mann oder einem ihn ausforschenden Informanten nicht ausweichen kann. Die

Rechtsprechung[52] hat Eingriffsakte in der Haft auch vorrangig als Zwang i.S. d. § 136 a Abs. 1 StPO klassifiziert.

2. Im Fall einer - weisungswidrigen - Tatprovokation eines nicht tatgeneigten Unverdächtigen durch einen V-Mann wurde ausgesprochen,[53] daß das Verhalten des V-Manns der Behörde zuzurechnen ist, wenn es auf seinem Auftrag beruht und für die zuständige Behörde jedenfalls vorhersehbar und vermeidbar war. Der Zurechnungsgrund besteht also im Handeln aufgrund eines Auftrags,[54] der den V-Mann gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB zum »Amtsträger« macht. Insoweit hat die Behörde, die dem V-Mann einen Ermittlungsauftrag erteilt, eine Überwachungs- und Kontrollpflicht.

3. Exzesse oder Handlungen, die auf rein »privaten« Motiven beruhen, sind von der Zurechnung ausgenommen. Damit ist es nicht ausgeschlossen, daß das Verhalten von V-Leuten, das auf dem behördlichen Auftrag beruht und zugleich »nebenbei« private Motive (Neid, Eifersucht, Rache o.ä.) zur Grundlage hat, dem Staat zugerechnet wird. Die Zurechnungsfrage ist damit für die Praxis im rechtlichen Ansatz geklärt. Nur Details zum Vorliegen von Exzessen oder zur Motivation des V-Manns bei Handlungen, die den Grenzbereich des behördlichen Auftrags erreichen oder überschreiten, harren noch der näheren Prüfung.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

V. Grundrechtseingriffe bei der Informationsbeschaffung oder der Tatprovokation durch V-Leute im Vorverfahren

Unklar ist, wann ein Verhalten von V-Leuten die Qualität eines Eingriffs in Grundrechte erlangt[55] und daher einem Gesetzesvorbehalt unterliegt.[56] Dabei ist die Frage des Eingriffscharakters der konkreten Handlung des V-Manns beim heimlichen Befragen der Zielperson oder bei der Tatprovokation am modernen Eingriffsbegriff zu orientieren. Der für das Strafprozeß recht nach denälteren Regeln der StPO wesentliche Unterschied zum klassischen Eingriffsbegriff liegt darin, daß sich letzterer noch an dem Bild von Maßnahmen in einem Über-/Unterordnungsverhältnis orientierte, in dem die Anordnung der Maßnahme durch behördlichen oder gerichtlichen Befehl[57] und ihre Durchsetzung mit Zwang erfolgte. Der moderne Eingriffsbegriff[58] setzt Befehl und Zwang nicht mehr voraus.[59] Er ist »weiter und weicher«.[60] Es muß nur ein staatliches Handeln vorliegen, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.[61] Dieser Eingriffsbegriff deckt neue Felder ab, führt zugleich aber zu neuen Fragen nach der Eingriffsschwelle.[62]

1. Aufgezeigt hat der *BGH* die Problematik anhand eines möglichen Eingriffs in das Spezialgrundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG beim Betreten einer Wohnung durch einen beamteten Scheinaufkäufer;[63] für V-Leute gilt nach Bejahung der Zurechnungsfrage dasselbe. Zu prüfen ist danach, ob das durch die »Legende« beeinflußte Einverständnis des Wohnrechtsinhabers dazu führt, daß im Betreten der Wohnung kein Eingriff liegt;[64] denn wer freiwillig eine Rechtsposition preisgibt, erleidet keinen staatlichen Eingriff.[65] Jedoch setzt ein Grundrechtsverzicht, soweit man diesem rechtliche Bedeutung zumißt,[66] die Kenntnis der entscheidenden Tatsachen voraus.[67] Daran fehlt es, wenn das staatliche Vorgehen als solches verheimlicht wird. Die Lüge oder »Legende« kann insoweit nicht gegen den Betroffenen wirken, wenn er darauf hereinfällt.[68]

2. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch dann ein Eingriff vorliegt, wenn kein Spezialgrundrecht eingreift.

a) Es geht zunächst um das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht[69] in der Form des informationellen Selbstbestimmungsrechts, wenn ein Beschuldigter oder zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge heimlich befragt wird, der in einer Vernehmung keine Angaben machen müßte und aus Fürsorge[70] dar über zu belehren wäre. Der *Große Senat* des *BGH* für Strafsachen[71] hat die Möglichkeit eines »Informationseingriffs« schon begrifflich abgelehnt.

Das *BVerfG* hatte aber im »Volkszählungsurteil« eben jenen Begriff gebraucht und betont, es gebe bei der staatlichen Erfassung von personenbezogenen Informationen »kein belangloses Datum«.[72] Ob dies dem Standpunkt des *BGH* entgegensteht, hängt von der Übertragbarkeit der Sätze des Volkszählungsurteils auf das Strafverfahren ab. Das ist nicht abschließend geklärt, wird aber in der Literatur meist bejaht.[73]

b) Auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht kommt es nicht an, wenn eine andere Rechtsposition betroffen ist. Gemeint ist der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Strafverfahren, der aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet wird[74] und sich auch aus Art. 6 Abs. 1 MRK ergibt.[75] Es handelt sich um ein

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Verfahrensgrundrecht.[76] Gewiß ist das »fair trial« eine konturlose Rechtsmasse, aber sie hat einen greifbaren Kern. Der Anspruch auf ein faires Verfahren wird zwar nicht durch jeden Verfahrensfehler verletzt. Ein Eingriff durch nicht positivrechtlich geregelte Maßnahmen liegt aber bei einer Mißachtung rechtsstaatlicher Prinzipien, die sich eindeutig aus einer Gesamtschau der Verfahrensnormen vor, vorausgesetzt eine Abweichung von einem Strukturprinzip des geschriebenen Strafverfahrensrechts läßt sich eindeutig feststellen.

[77] Zu derartigen Prinzipien der Strafprozeßordnung zählt etwa der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Beschuldigten und seinen Angehörigen i.S. d. § 52 StPO. Dieses Vertrauensverhältnis gibt dem Angehörigen das Recht zur Zeugnisverweigerung,[78] über das er in einer Vernehmung zu belehren ist. Das Vertrauensverhältnis begründet ferner ein Beschlagnahmeverbot (§ 97 Abs. 1 StPO). Es zwingt nach § 100 c Abs. 3 StPO zur Zurückhaltung bei der Aufzeichnung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in der Wohnung. Es schließt zumindest teilweise den Rückgriff auf frühere Aussagen des Angehörigen aus, wenn dieser in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert.[79] In die so geschützte Vertrauensbeziehung dürfen Ermittlungsmaß nahmen nur eindringen, wenn ein Spezialgesetz dies gestattet. Soweit insbesondere in den § 100 a, 100 c, 110 a StPO heimliche Ermittlungsmethoden geregelt sind, die dort hineinwirken können, unterliegen diese Maßnahmen engen Voraussetzungen:[80] Sie sind nur bei Vorliegen des konkreten Verdachts einer bestimmten Kategorie von Straftaten von erheblicher Bedeutung zulässig; sie setzen die Beachtung der Subsidiarität der Maßnahme und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus und unterliegen einem Richtervorbehalt; sie sehen schließlich Verwendungsbeschränkungen für die erhobenen Daten vor. Ein Eingriff in eine solche gesetzlich geschützte Vertrauensbeziehung ohne eine vergleichbare spezialgesetzliche Gestattung, wie bei der gezielten Ausforschung eines Angehörigen des Beschuldigten durch einen V-Mann, verletzt bei Gesamtbetrachtung des gesetzlichen Regelwerkes den Anspruch eines Beschuldigten auf ein rechtsstaatliches Strafverfahren.[81] Eine allgemeine Ermittlungsgeneralklausel, die in den § 161, 163 StPO gesehen wird,[82] reicht dafür nicht aus.[83]

3. Unklar ist, ob ein Spezialgesetzüberhaupt eine Ausforschung, die mit einer aktiven Herbeiführung vonäußerungen der Zielperson des V-Mann-Einsatzes verbunden wird,[84] oder aber eine staatliche Tatprovokation gestatten kann.[85]

a) Die bisherigen Regelungen über verdeckte Ermittlungen (§ 100 a, 100 c StPO) erlauben nur die Abschöpfung von Äußerungen der Zielpersonen, die nicht staatlich veranlaßt sind. Nach § 110 c S. 3 StPO[86] gelten für Verdeckte Ermittler die allgemeinen Regeln; auch Verdeckte Ermittler sind danach jedenfalls nicht ausdrücklich zur aktiven verdeckten Ausforschung berechtigt,[87] soweit man die § 110 a, 110 b Abs. 2 Nr. 1 StPO[88] nicht dahin interpretiert. Die Fragestellung wird besonders akzentuiert, wenn es um die heimliche Befragung von Beschuldigten geht, die im Strafverfahren eine besondere Subjektstellung besitzen.[89]*Lesch*[90] bemerkt zutreffend: »Weshalb etwa die Täuschung des Beschuldigten bei der Vernehmung ›eines Rechtsstaats unwürdig‹ sein soll…,der auf Täuschung angelegte Einsatz von Verdeckten Ermittlern (Legende!), V-Leuten und sonstigen privaten Ermittlungsgehilfen aber nicht…‚ist axiologisch ungereimt und objektiv nicht nachvollziehbar«. Deshalb liegt eine Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf ein rechtsstaatliches Verfahren nahe. Durch verdeckte Befragungen von Beschuldigten wird dann möglicherweise aber auch der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG[91] angetastet.[92] In einer dem Staat zuzurechnenden Verursachung der Äußerung des Beschuldigten liegt jedenfalls der entscheidende Unterschied zu den gesetzlich gestatteten »Lauschangriffen« (§ 100 a f., 100 c f. StPO),[93] die mit Hilfe technischer Mittel nicht staatlich veranlaßteäußerungen abschöpfen und insoweit nicht die Menschenwürde des Belauschten verletzen.[94]

b) Erst recht kann die Tatprovokation einer unverdächtigen und nicht tatgeneigten Person, um auch diese

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Person zu verfolgen und den deshalb zur Tatbegehung Provozierten im Interesse der Bekämpfung der organisierten Kriminalität zu instrumentalisieren, dessen Menschenwürde antasten.[95]

Ob Gleiches für die Provokation einer Person gelten muß, die der ihr angesonnenen Tat - noch - nicht verdächtig ist, aber tatgeneigt erscheint,[96] kann bezweifelt werden.[97] Jedenfalls kollidiert das Vorgehen von Ermittlungsorganen ohne einen konkreten Verdacht »in personam« mit der Unschuldsvermutung;[98] denn grundsätzlich ist nur der Anfangsverdacht als

Arbeitshypothese bestehender Schuld mit dieser aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip[99] hergeleiteten Vermutung vereinbar.[100]

VI. Rechtsfolgen für die gerichtliche Untersuchung

Mit der Feststellung der Unzulässigkeit eines jedenfalls nicht spezialgesetzlich gestatteten Eingriffsakts im Vorverfahren hat die Verteidigung noch nicht gewonnen. Damit ist nämlich nicht gesagt, welche Rechtsfolge sich aus dem Fehler im Vorverfahren für das Urteil des Strafgerichts ergibt, das alleine auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruht (§ 261 StPO). Der Eingriffstatbestand besagt noch nichts über seine Rechtsfolge, denn vieles kommt in Betracht: Ist das Verfahren insgesamt unangemessen, kann ein Verfahrenshindernis entstehen.[101] Betrifft der rechtswidrige Akt dagegen nur einen einzelnen Beweis, müssen Verwertungsverbote geprüft werden. Ist die Schuld durch staatliche Tatprovokation gemindert, kommt in Extremfällen ein Schuldaufhebungsgrund,[102] sonst ein Strafmilderungsgrund[103] in Frage. Schließlich muß das Vorgehen zweifelhafter Aufklärungsgehilfen bei der Beweiswürdigung Beachtung finden.[104] Bekanntlich hält sich die Rechtsprechung mit alledem zurück.[105]

1. Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen gibt es nach heutiger Ansicht des *BGH*, der früher anders entscheiden hatte,[106] grundsätzlich nicht.[107] Dies soll auch nicht im Anschluß an eine Entscheidung des *EGMR*[108] der Fall sein, der bei der Tatprovokation eines Unverdächtigen angenommen hatte, das Verfahren[109] sei »ab initio und endgültig«[110] unfair gewesen.[111] Die Strafzumessungslösung der deutschen Rechtsprechung, [112] die jedenfalls darauf verweisen kann, daß der Provozierte im Anschluß an die staatliche Anstiftungshandlung auch eigenverantwortliche Handlungen vorgenommen hat, trifft vor diesem Hintergrund auf Kritik in der Literatur.[113]

a) Der *EGMR* besitzt keine Rechtsfolgenkompetenz für das Strafrecht. Er kann auch nicht die Zulässigkeit einzelner Beweiserhebungsakte prüfen. Ihm obliegt nur die Klärung der Frage, ob der Beweisgang insgesamt i.S. v. Art. 6 Abs. 1 MRK fair war. Das wird im Fall der Tatprovokation eines Unverdächtigen verneint. Die Aussage, dann sei keiner der hierdurch gewonnenen Beweise verwertbar,[114] entspricht den dem Gerichtshof allein zur Verfügung stehenden Rechtsbegriffen. Rechtsinstitute des nationalen Rechts, wie Verfahrenshindernisse oder Schuldausschließungsgründe, kann er nicht benennen. Seine Prüfung orientiert sich am Maß stab des Art. 6 Abs. 1 MRK. In diesem Sinne muß die Begriffswahl des Gerichtshofs verstanden werden. Seiner Bemerkung, alle Beweise, die durch die provozierte Tat entstehen, seien unverwertbar, kann dann aber eine Rechtsfolge, die auch einen Schuldspruch betrifft, entsprechen.[115] Das bedeutet, daß ein Strafverfahren, das »ab initio und endgültig unfair« ist, von Anfang an gar nicht betrieben werden darf.[116] Wenn

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

es aber doch bis zur gerichtlichen Untersuchung vorangetrieben wird, so kann ein Schuldspruch gehindert sein, sei es durch Annahme eines Verfahrenshindernisses mit der Folge der Verfahrenseinstellung, sei es durch Annahme eines Schuldausschließungsgrundes mit der Folge des Freispruchs, oder sei es durch Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbots mit derselben Entscheidungsfolge.[117]

b) Das *BVerfG* hat Lockspitzeleinsätze nicht für unbedenklich gehalten. Es wurde bisher stets nur das Vorliegen eines Extremfalls der Verletzung der Beschuldigtenrechte, der eine Verfahrenseinstellung von Verfassungs wegen gebiete, verneint.[118] Damit wurde nicht etwa ausgesprochen, daß keine Rechtsverletzung im Vorverfahren vorgelegen habe. Eine solche war regelmäßig schon zuvor Gegenstand einer Strafmilderung. Auf welcher Grundlage dann weitergehend ein Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen in Betracht kommt, ist bisher offen. In anderem Zusammenhang hat das *BVerfG* ausgesprochen, die Strafverfolgung sei am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen.[119] Sie sei zwar regelmäßig zur Erreichung des Verfahrensziels geeignet und erforderlich. In Extremfällen könne sie aber unangemessen sein. Dann folge unmittelbar aus der Verfassung ein Verfahrenshindernis. Unbeschadet der umstrittenen Rechtsanwendung im Einzelfall enthält diese Entscheidung einen allgemeinen Maß stab.[120] Wann aber beim V-Mann-Einsatz ein Extremfall vorliegt, der das Verfahren selbst unangemessen erscheinen läßt, ist unklar. Denkbar erscheint dies theoretisch bei einer Ausforschung der Verteidigungslinie durch einen V-Mann in einer Weise, die eine sachgerechte Verteidigung endgültig ausschließt. Die so herbeigeführte Verteidigungsunfähigkeit stünde einer Verhandlungsunfähigkeit gleich; denn eine effektive Verteidigung gehört zum Grundbestand der garantierten prozessualen Rechte.[121] Bereits ungeeignet sein könnte die Tatprovokation eines nicht tatgeneigten Unverdächtigen durch V-Leute zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität;[122] jedenfalls ist sie dazu wohl unangemessen.[123]

Eschelbach: Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten - StV 2000 Heft 7 - 396<<>>

2. Für die strafrechtliche Praxis wichtiger ist die Frage, ob Verfahrensfehler bei Ermittlungen mit Eingriffscharakter ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung zu einem Beweisverwertungsverbot[124] führen. Das ist ein weites Feld, von dem hier nur ein Ausschnitt betrachtet werden kann.[125]

a) Nach der Rechtsprechung des *BVerfG*, vor allem dem Gemeinschuldnerbeschluß[126] und der Tagebuchentscheidung,[127] ist ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen nur bei einem Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit[128] oder bei Herabwürdigung eines Beschuldigten, eines Zeugen oder eines Sachverständigen (§ 69 Abs. 3, 72 StPO) durch einen Beweisgewinnungsakt zum bloßen Objekt des Verfahrens[129] zwingend. In diesen Fällen kann aufgrund einer Anlehnung an § 136 a Abs. 3 StPO[130] ein absolutes, nicht von einer Interessenabwägung abhängiges und nicht zur Disposition der Verteidigung stehendes Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein. Freilich ist die Objektformel zu Art. 1 Abs. 1 GG schwer zu handhaben. Bleibt dem Beschuldigten ein Rest an Entschluß freiheit und nutzt er diese, so ist es schon fraglich, ob er durch verdeckte Befragung oder durch Tatprovokation als Verdächtiger zum »bloßen« Objekt des Verfahrens wird. Nur krasse Fälle werden deshalb zur Rechtsfolge i.S. d. § 136 a Abs. 3 StPO führen.

b) Ist weder der materielle Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung noch der Kern einer prozessualen Rechtsposition, insbesondere der Beschuldigtenstellung, betroffen, so ist im Blick auf eine verbleibende Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ein Verwertungsverbot von Verfassungs wegen durch Abwägung der betroffenen Belange unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.[131] Diesem Ansatz folgt im Ergebnis auch der *BGH*.[132] Allerdings ist der Ansatz Bedenken ausgesetzt, weil die Abwägung oftmals infolge ihres für den Betroffenen negativen Ergebnisses letztlich doch zur Aufhebung der beeinträchtigten Rechtsposition führt.[133]

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

c) Wichtig ist demnach vor allem die Abgrenzung zwischen einem Kernbereich der Beschuldigtenstellung und anderen, weniger geschützten Rechtspositionen. Der Streit geht darum, ob das »nemo tenetur-Prinzip«[134] zum Unverfügbaren[135] im Strafprozeßgehört[136] und was darunter zu verstehen ist. Löst man sich von der Metapher »nemo tenetur se ipsum accusare«, die für sich genommen kein (einheitlicher) Rechtsbegriff des deutschen Rechts ist, so kann man die Rechtslage differenziert betrachten:[137].

- Freiheit von Zwang zur Aussage und vergleichbar schwerwiegenden Eingriffen kann zum Kernbereich der subjektiven prozessualen Rechtsposition des Beschuldigten gezählt werden (1. Stufe).

- Geringere Eingriffe in das Recht auf Schutz vor staatlich veranlaß ter irrtumsbedingter Selbstbelastung[138] - unterhalb der Schwelle des § 136 a Abs. 1 StPO - liegen dann auf einer zweiten Ebene; sie führen zwar nicht zu einem absoluten Beweisverbot i.S. d. § 136 a Abs. 3 StPO, aber zu einem abwägungsbedingten Verwertungsverbot für die Hauptverhandlung, wenn dies aufgrund einer durch Widerspruch der Verteidigung aktualisierten Dispositionsentscheidung gewollt ist (2. Stufe).

- Öffentliche oder sonst freiwillig gemachteäußerungen von Beschuldigten, die an den V-Mann ohne dessen Zutun, auch ohne Kausalität der »Legende«, herangetragen werden, liegen schließlich auf der untersten prozessualen Stufe, die von Beweisverboten frei ist (3. Stufe).

Dieses prozessuale Drei-Stufen-Modell für unselbständige Beweisverwertungsverbote für die Urteilsberatung als Rechtsfolge eines Verfahrensfehlers im Ermittlungsverfahren korrespondiert der parallel immer noch geltenden Sphären-Theorie zu den selbständigen Verwertungsverboten von Verfassungs wegen.[139] Es fügt sich auch in das aus den § 136 Abs. 1 S. 2, 136 a Abs. 1 und 3 StPO abgeleitete strafprozessuale Beweisverbotssystem ein.[140]

3. Wo Schuldausschließungsgründe, Verfahrenshindernisse oder Beweisverbote nicht eingreifen, bleibt zu beachten, daß die Beweiswürdigung sich mit den V-Leuten als »belohnten Zeugen«[141] besonders zu befassen hat, soweit deren Erkenntnisse von Beweisbedeutung sind.[142]

a) Die Tatsache, daß V-Leute (meist) aus dem kriminellen Milieu stammen und infolge der ihnen (regelmäßig) gewährten Belohnung parteilich sind, macht sie zu Beweismitteln von zweifelhaftem Beweiswert.[143] Daß »Erfolgsprämien« für V-Leute, die auf Seiten der Polizei bei der Strafverfolgung tätig werden,[144] Einfluß auf das Einsatz- und Aussageverhalten nehmen können, liegt auf der Hand. Nur bei Beschuldigten ist - mit umgekehrtem Vorzeichen - ein vergleichbarer Mangel an Neutralität bei der Aussage in Vernehmungen über einen Tatvorwurf zu beobachten, weil ein günstiger Aussageinhalt diesen aus ihrer Sicht ebenfalls unmittelbar selbst zugute

kommt. Bezahlte Zeugen sind deshalb dem positiven Recht fremd.[145] Nach deutscher Rechtstradition[146] dürften sie am Strafverfahren nicht mitwirken. Belohnungen sind andererseits nach geltendem Recht nicht ohne weiteres nach den § 69 Abs. 3, 136 a Abs. 1 S. 3 StPO verboten.[147] Doch ist schon diese Annahme nicht zweifelsfrei,[148] was die Bedenklichkeit der Bezahlung von V-Personen verdeutlicht. Wenn deren »gekaufte«

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Angaben[149] überhaupt verwertbar sind, muß für sie jedenfalls materiell-beweisrechtlich im Ergebnis ähnlich wie beim wiederholten Wiedererkennen,[150] bei der Zeugenaussage vom Hörensagen[151] und bei der Aussage eines Zeugen, der bereits in einem wesentlichen Aussageteil bewußt die Unwahrheit gesagt hat,[152] die Regel gelten, daß allein auf eine solche Aussage ein Schuldspruch nicht gestützt werden darf. Der Schuldspruch ist von diesem Standpunkt aus nur dann nicht zu beanstanden, wenn die Aussage durch Zusatzindizien abgesichert wird. In allen genannten Fällen beruht die Notwendigkeit einer Absicherung des Beweisergebnisses auf generellen Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Bekundungen, die - bewußt oder unbewußt - von suggestiven Einflüssen beherrscht sein können.

b) Ob besondere Anforderungen an die (materielle) Beweiswürdigung ein (prozessuales) Defizit i.S. d. Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK ausgleichen können, wenn der V-Mann als Zeuge in der Hauptverhandlung für eine unmittelbare Befragung, auch durch die Verteidigung, nicht zur Verfügung steht und durch den polizeilichen V-Mann-Führer als Zeuge vom Hörensagen ersetzt wird, ist zweifelhaft.[153] Die deutsche Rechtsprechung bejaht dies grundsätzlich.[154] Der Beweis durch Zeugen vom Hörensagen verstößt nicht gegen das Unmittelbarkeitsprinzip aus § 250 StPO;[155] ein Gesetzentwurf, der dies einschränken sollte, wurde nicht umgesetzt.[156] Verfassungsrecht wird nicht verletzt.[157] Von der deutschen Rechtsprechung werden Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK bzw. § 250 StPO dahin interpretiert, daß der Belastungszeuge, dessen unmittelbare Befragung durch die Verteidigung durch diese Vorschrift garantiert wird, der Zeuge vom Hörensagen sei, nicht der gesperrte V-Mann.[158] Das entspricht nicht dem Ansatz des *EGMR*, der bei staatsvertraglich autonomer Auslegung des Art. 6 MRK auch den gesperrten Zeugen als Belastungszeugen im Sinne dieser Vorschrift bewertet.[159] Der *EGMR* prüft indes nur die Fair- neß des Beweisgangs und der Beweiswürdigung durch die nationalen Gerichte im Ganzen, nicht die Behandlung einzelner Beweise.[160] Seine Rechtsprechung stünde daher der Rechtsanwendung in Deutschland nur für Fälle entgegen, in denen die Wahrnehmungen des gesperrten V-Manns den einzigen Belastungsbeweis darstellen; allein darauf darf auch nach deutschem Recht ein Schuldspruch nicht gestützt werden.[161]

c) Im materiellen Beweisrecht ist zwar eine abschließende Glaubwürdigkeitsbeurteilung des gesperrten Zeugen in der Hauptverhandlung nicht möglich, weil das Gericht und die Verfahrensbeteiligten nicht mit ihm konfrontiert werden.[162] Der Sperrungsgrund ist insoweit nicht von Belang.[163] Die Glaubwürdigkeitsprüfung trifft jedenfalls auf eine Grenze,[164] die durch Sekundärbeweise - für sich genommen - nichtüberwunden werden kann.[165] Erforderlich ist aber stets eine Gesamtwürdigung der Beweise,[166] so daß in der Gesamtschau einer Mehrzahl von Indizien ein Ausgleich für das Fehlen eines einzelnen Prüfungskriteriums der Glaubwürdigkeitsbeurteilung, nämlich der Beobachtung des Zeugen bei der unmittelbaren Befragung, gefunden werden kann. Der Zweifelssatz gilt nur für das Ergebnis der Gesamtwürdigung aller Beweise, nicht für ein Einzelindiz.[167] Daher ist er auch nicht auf einzelne entlastende Indiztatsachen anwendbar, die in das Wissen des gesperrten V-Manns gestellt werden und für sich genommen nicht widerlegt werden können. Diese Indiztatsachen sind in die Gesamtwürdigung einzubeziehen; sie zwingen aber nicht zur Anwendung des Zweifelssatzes.[168] Im Blick auf die generellen Glaubwürdigkeitsbedenken[169] gegen V-Leute als bezahlte Zeugen und die Zusatzproblematik einer Einführung ihres Wissens durch Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung ist es andererseits angebracht, den Beweismaß stab besonders hoch anzusetzen.[170] Daher kann auf die V-Mann-Informationen, insbesondere wenn sie das Kerngeschehen[171] der angeklagten Tat betreffen, ein Schuldspruch nur gestützt werden, wenn diese durch weitere aussagekräftige Indizien, vor allem solche, die außerhalb der Wahrnehmungen des gesperrten

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Zeugen liegen und sich ihrerseits auf das Kerngeschehen beziehen,[172] abgesichert werden.[173] Andernfalls fehlt dem Schuldspruch eine tragfähige objektive Beweisgrundlage, die nicht allein durch eine subjektive richterliche Überzeugung ersetzt werden kann.[174] Das durch eine Bezahlung drastisch reduzierte Beweisgewicht der V-Mann-Informationen ist also nicht nur als Abwägungsfaktor bei der Prüfung von Beweisverboten auf der zweiten Stufe einer prozessualen Drei-Stufen-Theorie zu beachten. Es muß auch zur Verhinderung von Fehlentscheidungen einschließlich der Prüfung und Bewertung der Handlungs- und Aussagemotive der »bezahlten Zeugen« bei der Beweiswürdigung Beachtung finden.

---

* Der folgende Beitrag beruht auf einem Vortrag v. 11.03.2000 zum 24. Strafverteidigertag in Würzburg (10. - 12.03.2000) in der Arbeitsgruppe »Jedem sein Lügenrecht?«. Ich widme den Aufsatz Herrn Richter des *BVerfG Klaus Winter*, dem ich stets zu Dank verpflichtet bin.

1 Näher *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 3. A., Rdnr. 550 ff.; *Fezer* in: FS Stree/Wessels (1993), S. 663 ff.; *Hanack* in: LR, 25. A., § 136 Rdnr. 41 ff.

2 *Köllner* in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht (1999), Teil A Rdnr. 54.

3 Die »Legende« ist eine legale Identitätstäuschung, krit. dazu *Zaczyk* StV 1993, 490, 492 f.; § 110 a Abs. 3 StPO stellt sich als Rechtfertigungsgrund für Urkundenfälschungen dar; vgl. *von Stetten* Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler (1999), S. 55. Soweit § 110 a Abs. 2 und 3 StPO nicht einschlägig ist, spricht z.B. *Körner* BtMG, 4. A., § 31 Rdnr. 186 für vergleichbare Identitätstäuschungen von einer »Lüge« .

4 *BGHSt* 5, 332, 333; 44, 308, 317; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO, 44. A., § 136 a Rdnr. 1; *Hanack* (Fn. 1) § 136 a Rdnr. 2; SK-*Rogall* StPO (1995) § 136 a Rdnr. 3.

5 Kritisch zur einschränkenden Auslegung des Täuschungsbegriffs KMR *Lesch* StPO (1999) § 136 a Rdnr. 28 ff.; enger für verdeckte Ermittlungen *BGHSt* 42, 139, 149; *Reiche* Das Täuschungsverbot des § 136 a StPO - ein objektiv-überindividueller Bestandteil des Beweisrechts (1999), S. 134 ff.; *von Stetten* (Fn. 3) S. 134 ff.; zur Frage der konkludenten Täuschung *Dencker* StV 1994, 667, 671.

6 *Kahlo* in: FS E. A.Wolff (1998), S. 153, 185 f.

7 KK-*Boujong* StPO, 4. A., § 136 a Rdnr. 19.

8 Vgl. *BVerfGE* 34, 238, 249 f.; 80, 367, 375 f.

9 *Bockemühl* Private Ermittlungen im Strafprozeß(1996), S. 108 ff.; S. *Schröder* Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß(1992), S. 55 ff., jew. m.w.N.; die Abwägungsthese gilt ggf. auch für die Reichweite eines Verwertungsverbots, vgl. *Rothfuß* StraFo 1998, 289, 291 m.w.N.

10 *BGHSt* 38, 214, 225 f.; 39, 349, 352; 42, 15, 22; zust. *Basdorf* StV 1997, 488, 490 f.; *Hamm* NJW 1996, 2185, 2186 ff.; *Meyer-Goßner/Appl* StraFo 1998, 258 ff.; *Widmaier* NStZ 1992, 519 ff.; krit. LR-*Hanack* StPO, 25. A., § 136 Rdnr. 57 ff.;

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Maul/Eschelbach StraFo 1996, 66 ff.; *Roxin* JZ 1997, 343, 346; abl. *Beulke* NStZ 1996, 257, 262; *Dahs* StraFo 1998, 253 ff.; *Fezer* JR 1992, 385, 386; JZ 1994, 686, 687 und StV 1997, 57, 58; *Tolksdorf* in: FG Graß hof (1999), S. 255 ff.

11 Zur Geltung bei der heimlichen Befragung durch Verdeckte Ermittler *BGH* StV 1996, 529; *Basdorf* StV 1997, 488, 491; *Maul/Eschelbach* Stra- Fo 1996, 66, 68; *Maul* StraFo 1997, 38, 40.

12 *BGHSt* 41, 42 ff. mit krit. Anm. *Fezer* JZ 1995, 972; *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514 ff.; *Eisenberg* (Fn. 1) Rdnr. 358 c; KK-*Nack* StPO, 4. A., § 110 a Rdnr. 9; *von Stetten* (Fn. 3) S. 47 ff.; ebenso für nicht offen ermittelnde Polizeibeamte, die keine VE sind, *BGHSt* 41, 64 ff.; *BGH* StV 1996, 241, 242; 1997, 233 f.; für eine Orientierung an den § 110 a ff. StPO als hypothetischer Ersatzeingriff *Bockemühl* (Fn. 9) S. 80.

13 *Riepl* Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren (1997), S. 213 f.; SK-*Rudolphi* StPO, Vor § 94 Rdnr. 26 f. m.w.N.

14 Vgl. RiStBV Anlage D, abgedr. bei *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO, 44. A., Anh. A15; die Geltung von Richtlinien anstelle eines förmlichen Gesetzes wird von der Praxis als Problem betrachtet, vgl. *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 176 f.

15 *BGHSt* 40, 211, 213 ff.; 41, 42 f.; 42, 139 ff.; 44, 129, 133 ff.; 45, 321 ff.

16 *Salditt* AnwBl. 1999, 134 ff.; zu Glaubwürdigkeitsbedenken gegen V-Leute auch *Geiß dörfer* Kriminalistik 1993, 679 f.; *Hoffmann* Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren (1991), S. 191 ff.; *Joachim* StV 1992, 245, 248; *Scherp* Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Perso-nen. Eine Untersuchung von Führungskonzepten und Motivationsstrukturen (1992), S. 79 ff.; *von Zwehl* Der Einsatz von V-Leuten und die Einführung des Wissens von V-Leuten in das Strafverfahren (1987), S. 66 ff.

17 BGHR StPO § 244 Abs. 2 Zeugenvernehmung 14 weist darauf hin, eine Belohnung von V-Leuten sei inzwischenüblich; ebenso *Hund* in: Kreuzer (Hrsg.) Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts (1999), § 12 Rdnr. 534; *Kühne* Strafprozeßrecht, 5. A., Rdnr. 534: »Es gibt Haushaltspositionen, welche Mittel zur Entlohnung der V-Personen vorhalten«; nach *Wächtler* in: Handbuch (Fn. 2) Teil E Kap. 3 Rdnr. 43 erfolgt die Bezahlung in Betäubungsmittelsachen nach der sichergestellten Drogenmenge; für eine Entlohnung nach der Qualität der aufgeklärten Straftat *Weihrauch* Kriminalistik 1992, 310.

18 Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 bestimmte in ihrem Art. 64 »Vonn belonten zeugen Jtem belonte zeugen sein auch verworffenn vnd nit zulessig, sonndern peinlich zu strafen.«

19 *LG Hamburg* Urt. v. 14.09.1990 - (95) 19/89 KLs; dazu *BGH*, Beschl. v. 23.05.1991 - 5 StR 176/91; weitere Fälle des Eindringens in die Intimsphäre *LG Münster* NStZ 1983, 474; *AG Heidenheim* NJW 1981, 1628; dazu *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 212.

20 *LG Hamburg* Urt. v. 17.06.1999 - 619 KLs 5/99; dazu *BGH*, Beschl. v. 12.01.2000 - 5StR 617/99.

21 Das Ausnutzen der Haftsituation für V-Mann-Aktivitäten gilt als »Zwang«; *BGHSt* 34, 362, 364 mit Anm. *Fezer* JZ 1987, 937 ff.; *Kramer* Jura 1988, 520 ff.; *Wagner* NStZ 1989, 34 f.; *BGHSt* 44, 129, 133 ff. mit Anm. *Hanack* JR 1999, 348 ff.; *Jahn* JuS 2000, 441, 443; *Roxin* NStZ 1999, 149 ff.

22 *BGH* StV 1995, 364 ff. = NStZ 1995, 506 ff.

23 BGHR StGB § 30 Beteiligung 2. *Foth* NJW 1984, 221 f. weist zu Recht darauf hin, daß die Verfolgung eines Tötungsverbrechens nicht wegen staatlicher Tatprovokation ausgeschlossen ist; sie kann grundsätzlich nicht i.S. v. *BVerfGE* 92, 277, 326 unverhältnismäßig sein.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[24] Vgl. *BGH* StV 1999, 79 mit Anm. *Endriß /Kinzig* StraFo 1998, 299 ff.

[25] *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 205 ff. m.w.N.

[26] Weitere »Entgleisungen« bei *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 157 f.; *Lüderssen* Jura 1985, 113, 114 f.

[27] *BGH* NStZ 1996, 200 ff. mit Anm. *Fezer* NStZ 1996, 289 f. und *Roxin* NStZ 1995, 465, 468 hatte ein Spezialgesetz als Ermächtigung für Hörfallen gefordert; *BGHSt* 42, 139, 151, 155 stützte sich dagegen auf die § 161, 163 StPO. Für das Erfordernis einer spezialgesetzlichen Regelung der verdeckten Befragung dagegen etwa *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7, 10; *Maul* StraFo 1997, 38, 39.

[28] BT-Drucks. 12/989 S. 41.

[29] *Hilger* in: FS Hanack (1999), S. 207, 212 f. Auf die Bedenklichkeit z.B. der jahrelangen Zusammenarbeit einer »schillernden Persönlichkeit«, die als angebliche Wahrsagerin in der Haftanstalt Mitgefangene ausforschte, mit der Polizei im Falle von *BGHSt* 44, 129 ff. weist auch *Jahn* JuS 2000, 441, 443 hin. Weitere Hinweise zur Wirklichkeit des V-Mann- Einsatzes gibt *Lüderssen* Jura 1985, 113 ff.

[30] *BGHSt* 32, 115, 121 f.; 32, 345, 346; 40, 211, 215; 41, 42, 43; 42, 139, 155; ebenso KK-*Senge* StPO, 4. A., Vor § 48 Rdnr. 55, 78; *Weber* BtMG (1999) § 4 Rdnr. 61, 77; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 174.

[31] *BGHSt* 32, 345; 33, 356, 362; 42, 139, 153; 45, 321 ff. = StV 2000, 57 ff. mit Anm. *Roxin* JZ 2000, 369 ff. und *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114 ff.; anders bereits *Lüderssen* in: FS Peters I (1974), S. 349, 352; w. N. zur Lit. bei *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 192; *Imme Roxin* Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. A., S. 32 ff.

[32] Näher *Perschke* Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren (1998), S. 25 ff.

[33] Zum Gesetzesvorbehalt für die Informationsbeschaffung durch V-Leute *Duttge* JZ 1996, 556; *Kühne* (Fn. 17) Rdnr. 369, 534; *Lagodny* StV 1996, 167; *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514; *Podolsky* Wahrnehmung, Ermittlung und Verfolgung neuer Kriminalitätsformen in Deutschland (1995), S. 159 ff.; *Riepl* (Fn. 13) S. 214 f.; *Schmitz* Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler (1996), S. 29 ff., 141 ff.; s. a. HK-*Krehl* StPO, 2. A., § 163 Rdnr. 12; *Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. A., § 10 Rdnr. 29; SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 99; a.M. *Beulke* Strafverfahrensrecht, 4. A., Rdnr. 424; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO [44] § 163 Rdnr. 34 b; *Krey* Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten (1994), S. 74 ff. Daß die Annahme der Vereinbarkeit der V-Mann-Tätigkeit mit § 136 a StPO noch keine Legitimation ist, betont LR-*Rieß* StPO [24] § 163 Rdnr. 58.

[34] *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 167 m.w.N.

[35] Abl. zu Versuchen, aus allgemeinen Regeln eine Ermächtigung zu entnehmen, *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 169 ff.; *Lammer* Verdeckte Ermittlungen (1992), S. 31 ff.; *Perschke* (Fn. 32) S. 91 ff.

[36] *EGMR* EuGRZ 1999, 660, 663 (Nr. 36): »Selbst wenn die Ausweitung des organisierten Verbrechens in der Tat keinen Zweifel an der Wahl geeigneter Mittel gebietet, nimmt in einer demokratischen Gesellschaft gleichwohl das Recht auf eine ordnungsgemäße Rechtspflege einen so herausragenden Platz ein…, daß es Zweckmäßigkeitserwägungen nicht geopfert werden darf…«

[37] Rechtsvergleichende Hinweise bei *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 180 ff.; *Kühne* (Fn. 17) Rdnr. 1205, 1235, 1249, 1295, 1308, 1355, 1400.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[38] *BGer* EuGRZ 1999, 134 f.

[39] *Roxin* JZ 2000, 369, 370;ähnlich LR-*Rieß* StPO [24] § 163 Rdnr. 66 f.; s. a. *BGH*, Beschl. v. 08.03.2000 - 3 StR 50/00 und v. 03.04.2000 - 5 StR 87/00; a.M. *Endriß /Kinzig* NStZ 2000, 271, 273; SK-*Rudolphi* StPO § 110 a Rdnr. 10 f.; *Taschke* StV 1999, 633. Die bloße Anstiftung bzw. zurechenbare Verursachung des Tatentschlusses reicht z.B. nach *EGMR* EuGRZ 1999, 660, 663 f. (Nr. 39) und § 100 h Nr. 1 lit. a der StPO von Basel- Landschaft (*BGer* EuGRZ 1999, 134, 135) für die Annahme einer (unzulässigen) Tatprovokation aus.

[40] Vgl. *EGMR* EuGRZ 1999, 660, 663.

[41] Ein zulässiger hypothetischer Ersatzeingriff kann auch nach deutschem Recht einem Beweisverwertungsverbot entgegenstehen; vgl. *Bockemühl* (Fn. 9) S. 80. *BGHSt* 42, 139, 157 hat mit den Erfordernissen der Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung, wenn sonst die Sachaufklärung aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre, den denkbaren Ersatzeingriff mit anderen Mitteln um den Richtervorbehalt gekürzt; zu dessen Gewährleistungsgehalt *Lin* Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1998), S. 259 ff.; zum Richtervorbehalt bei verdeckten Ermittlungen *Jahn* JuS 2000, 441, 445; *Lammer* (Fn. 37) S. 204. Auf die Bedeutung des Richtervorbehalts im Blick auf die Gewaltenteilung verweisen *Endriß /Kinzig* NStZ 2000, 271, 273. *Krey* in: FS Miyazawa (1995), S. 595, 601 sieht im Richtervorbehalt dagegen eine »Überspannung rechtsstaatlicher Anforderungen«. Der Richtervorbehalt führt aber - theoretisch - dazu, daß eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 304 Abs. 1 StPO gegeben ist, die einen Begründungszwang gem. § 34 StPO nach sich zieht, vgl. *BGHSt* 42, 103 ff. mit Anm. *Bernsmann* NStZ 1997, 250 f.; *Weß lau* StV 1996, 579 f. Der durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei angeordnete V-Mann-Einsatz läßt dies vermissen. Seine Anfechtbarkeit jenseits einer Urteilsanfechtung ist unklar (s. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog, § 23 ff. EGGVG).

[42] Zu den Anforderungen an die Einführung des Wissens gesperrter V-Personen in die Hauptverhandlung nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d MRK bes. *EGMR* StV 1997, 617 ff. mit Anm. *Wattenberg/Violet* ; *Krauß* V-Leute im Strafprozeßund die Europäische Menschenrechtskonvention (1998), S. 79 ff.

[43] *BVerfG* NStZ 2000, 151, 152; s. a. *Krauß* (vorige Note) S. 171 ff. m.w.N.

[44] *BVerfGE* 57, 250, 273 ff.

[45] Zust. *BGH* NStZ 2000, 265, 266.

[46] Vgl. LR-*Gollwitzer* StPO [25] § 261 Rdnr. 104; *Roxin* Strafverfahrensrecht [25] § 15 Rdnr. 15; umfassend *Zopfs* Der Grundsatz »in dubio pro reo« (1999), S. 269 ff. Zur Vermeidung eines Leerlaufens des auf die subjektive richterliche Überzeugung bezogenen Zweifelssatzes fordert die Rechtsprechung eine tragfähige objektive Beweisgrundlage, vgl. *BGH* NJW 1999, 1562, 1564; a.M. *Frister* in: FS Grünwald (1999), S. 169 ff.

[47] Eine gesetzliche Regelung der verdeckten Befragung von Beschuldigten anstelle einer Vernehmung fehlt dort allerdings ebenso wie im deutschen Recht (vgl. § 110 c S. 3 StPO). Die Frage, ob diesüberhaupt regelungsfähig ist, bleibt offen; abl. *Weß lau* ZStW 110 (1998), 1, 17 ff.

[48] Vgl. dazu auch *Dencker* StV 1994, 667, 671 f.; SK-*Rogall* StPO § 136 a Rdnr. 7, 12 ff.; *Weiler* GA 1996, 101, 108; weitere Nachweise bei *Imme Roxin* (Fn. 31) S. 32. Zur Entbehrlichkeit der Zurechnungsfrage bei unmittelbarer Anwendung des § 136 a StPO auf private Informationsbeschaffungsmaß nahmen *Jahn* JuS 2000, 441, 444 ff. Die Zurechnung grundsätzlich ablehnend etwa HK-*Lemke* StPO, 2. A., § 110 a Rdnr. 5.

[49] *BGHSt* 44, 129, 134 f. mit Anm. *Fahl* JA 1999, 102 ff.; *Hanack* JR 1999, 348 ff.; *Jahn* JuS 2000, 441 ff.; *Roxin* NStZ 1999,

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

149 ff.; *BGHSt* 45, 321 ff. = StV 2000, 57, 61 mit Anm. *Endriß /Kinzig* NStZ 2000, 271 ff.; *Roxin* JZ 2000, 369 ff.; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114 ff.; *Sommer* StraFo 2000, 150 ff.

50 *BGHSt* 34, 362, 364 mit Anm. *Fezer* JZ 1987, 937; *Grünwald* StV 1987, 470; *Neuhaus* NJW 1990, 1221; *Seebode* JR 1988, 427; *Wagner* NStZ 1989, 34; dazu auch SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 124.

51 *BGHSt* 44, 129, 136 f.

52 *BGHSt* 34, 362, 364; 44, 129, 133 f.

53 *BGH* StV 2000, 57, 61; insoweit zust. *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 115.

54 Zur Zurechnung von Tatprovokationen aufgrund des behördlichen Auftrags auch *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 223 m.w.N., freilich noch mit engerem Maß stab.

55 Zum Eingriffscharakter bei gezielten Maßnahmen *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 168; a.M. *Krey* in: FS Miyazawa (1995), S. 595, 602 ff. Nicht gemeint ist hier die Einschaltung von V-Leuten, »um von diesen wiederholt zufällig erlangte Informationen zu gewinnen«, die LR-*Rieß* StPO [24] § 163 Rdnr. 54 anspricht, bzw. eine rein »passive Informationserlangung« , die *BVerfG* StV 2000, 233, 234 ausgeschlossen hat.

56 Dem Gesetzgeber, der nach *Hilger* (Fn. 29) S. 207, 212 f., eine Regelung bisher ablehnt, ad infinitum einen »Übergangsbonus« einzuräumen und »an sich rechtswidrige« Eingriffsakte zum Nachteil von Beschwerdeführern damit rückwirkend zu legitimieren, erscheint bedenklich; dagegen etwa *Perschke* (Fn. 32) S. 133 ff.; jedenfalls dürfte die Übergangsfrist abgelaufen sein, vgl. *Endriß /Kinzig* StraFo 1998, 299, 301 und NStZ 2000, 271, 273 Note 14; SK-*Wolter* StPO (1994), § 151 Rdnr. 96; s. a. *Hefendehl* StV 2000, 270, 276 f. (»... verwirkt…«); a.M.*Krey* (vorige Note) S. 595, 603.

57 Die Begriffe »Durchsuchungsbefehl« oder »Haftbefehl« kennzeichnen das.

58 Vgl. *Podolsky* (Fn. 33) S. 159 ff.; *Renzikowski* JZ 1997, 710, 713 f.

59 Dies ist ein Bedenken gegen die Annahme, nur ein Zwang des Beschuldigten zur Aussage sei ein Eingriff; vgl. *Renzikowski* JZ 1997, 710, 713 f. Auch *BGHSt* 38, 214, 220 ff. hatte einen Eingriff schon bei fehlerhaften Vernehmungen i.S. d. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO bejaht. Schließlich wird auch das Verbot der Würdigung eines Schweigens des Beschuldigten zu seinem Nachteil aus dem »Grundsatz, daß niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht«, hergeleitet; vgl. *BGHSt* 38, 302, 305; *BGH* StV 2000, 234 f.; *Miebach* NStZ 2000, 234, 235. In der Literatur wird das »nemo-tenetur-Prinzip« gleichwohl z. T. ausschließlich als Freiheit von Aussagezwang gewertet, vgl. *Ackermann* Rechtmäßigkeit und Verwertbarkeit heimlicher Stimmvergleiche im Strafverfahren (1997), S. 41 f., 46 ff., z. T. aber auch als Schutz vor staatlich veranlaß ter irrtumsbedingter Selbstbelastung, vgl. *Roxin* NStZ 1995, 465, 466; 1997, 18 f.; *von Stetten* (Fn. 3) S. 119 ff., 125.

60 *Dencker* StV 1994, 667, 682.

61 *Pieroth/Schlink* Grundrechte, 14. A., Rdnr. 240; weitere Nachweise bei *Schmitz* (Fn. 33) S. 9.

62 *Jarass/Pieroth* GG, 5. A., Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 27.

63 *BGH* NJW 1997, 1516 ff. mit Anm. *Felsch* StV 1998, 285 ff.; *Frister* JZ 1997, 1130 ff.; *Hilger* NStZ 1997, 449 f.; *Nitz* JR 1998, 211 ff.; *Roxin* StV 1998, 43 ff.; *Wollweber* StV 1997, 507 ff.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Zum Streitstand *Perschke* (Fn. 32) S. 69 ff.

65 Das soll nach *BGHSt* 39, 335, 343; 42, 139, 154 auch bei »freiwilligen« äußerungen am Telefon gelten.

66 Zur verfassungsrechtlichen Problematik *Bleckmann* JZ 1988, 57 ff.; *Jarass/ Pieroth* GG, 5. A., Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 34; *Pietzker* Der Staat 17 (1978), 527 ff.; *Robbers* JuS 1985, 925 ff.; *Sachs* GG, 2. A., Vor Art. 1 Rdnr. 52 ff.; *G. Sturm* in: FS Geiger (1974), S. 173 ff.

67 Vgl. *Bosch* Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht (1998), S. 127; *Renzikowski* JZ 1997, 710, 715; s. a. *von Stetten* (Fn. 3) S. 129 f.

68 *Beulke* Strafprozeßrecht [4] Rdnr. 424 a.E. verlangt jedenfalls eine richterliche Zustimmung, womit der Sache nach § 110 b StPO entsprechend angewendet oder ein hypothetischer Ersatzeingriff institutionalisiert wird.

69 Ein anderer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht liegt in der technikgestützten längerfristigen Observation (und der Aufzeichnung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes), vgl. *BGHSt* 44, 13, 16; *Hefendehl* StV 2000, 270, 273 ff.; HK-*Krehl* StPO [2] § 163 Rdnr. 7 f. Ob die längerfristige Beobachtung durch einen V-Mann, ggf. unter legendengestütztem Eindringen in die Privatsphäre (zur Fortgeltung der ergänzend zu beachtenden Sphärentheorie *BVerfG* DVBl. 2000, 353 ff.), hinsichtlich der Eingriffsqualität anders zu bewerten ist, kann zweifelhaft sein. *BGH* a.a.O. hat Videoaufnahmen hinsichtlich ihrer Präzision, Observationskonstanz und Qualität von nicht technikgestützten Beobachtungen abgegrenzt.

70 Vgl. zu § 243 Abs. 4 S. 1 StPO *BGHSt* 25, 325, 330; für § 136 Abs. 1 S. 2 StPO *BGHSt* 38, 214, 220 ff.

71 *BGHSt* 42, 139, 154.

72 *BVerfGE* 65, 1, 45. Ein entsprechendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist inzwischen auch in den Verfassungen der Länder Berlin (Art. 33), Brandenburg (Art. 11), Mecklenburg-Vorpommern (Art. 6), Nordrhein-Westfalen (Art. 4), Rheinland-Pfalz (Art. 4 a n.F., vgl. *Jutzi* NJW 2000, 1295), Sachsen (Art. 33), Sachsen-Anhalt (Art. 6) und Thüringen (Art. 6) verankert.

73 *Derksen* JR 1997, 167, 169 f.; *Erfurth* Verdeckte Ermittlungen. Problemlösung durch das OrgKG? (1997), S. 45 ff.; *Groth* Verdeckte Ermittlung und Gewinnabschöpfung (1996), S. 14 ff., 28 ff.; *Hund* in: Kreuzer (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts (1998), § 12 Rdnr. 551; HK-*Krehl* StPO [2] § 163 Rdnr. 10, 12; *Lammer* (Fn. 37) S. 23 ff.; *Perschke* (Fn. 34) S. 53 ff.; *Renzikowski* JZ 1997, 710, 714; *Sá nchez* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und seine Geltung im Strafverfahren, am Beispiel der neuen Ermittlungsmethoden in der Strafprozeßordnung (1999), S. 221 ff.; *Weiler* GA 1996, 101, 106 f.

74 *BVerfGE* 57, 250, 274 f.; *BGHSt* 44, 46, 49; weitere Nachweise bei *Rothfuß* StraFo 1998, 289, 290; *Steiner* Das Fairneß prinzip im Strafprozeß (1995), S. 35 f., 158 ff.

75 Dazu *Krauß* (Fn. 42) S. 86 ff. m.w.N.

76 *Rzepka* Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren (2000), S. 290 ff. postuliert eine Absage an Grundrechtstheorien und will die Fairneß als Oberbegriff aller Verfahrensgrundrechte verstanden wissen.

77 *BVerfGE* 57, 250, 274.

78 Zum Zweck dieses Zeugnisverweigerungsrechts *Spelthahn* Das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen eines Mitbeschuldigten (1997), S. 40 ff. m.w.N.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[79] Vgl. zu den Grenzen dieses Beweisverwertungsverbots *BGH* NJW 2000, 1274 ff.

[80] Zum Ausnahmecharakter *Dencker* StV 1994, 667, 681.

[81] *BVerfG* StV 2000, 233, 234.

[82] *BGHSt* 41, 42 f.; 42, 139, 155; *BGH* NStZ 1997, 294, 295.

[83] Vgl. *BVerfG* StV 2000, 233, 234; HK-*Krehl* StPO [2] § 163 Rdnr. 12.

[84] Dagegen *Rzepka* (Fn. 76) S. 426 f., die § 110 a StPO für verfassungswidrig hält; ähnlich *Kahlo* (Fn. 6) S. 153, 187 f.; im Ergebnis anders SK-*Rudolphi* StPO § 110 a Rdnr. 4.

[85] SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 100 f.

[86] Zum Unterschied zwischen § 100 a, 100 c und § 110 a StPO *Dencker* StV 1994, 667, 681.

[87] Vgl. *Nack* in: KK, 3. A., § 110 c Rdnr. 8 (anders in der 4. A.); unklar HK *Lemke* StPO [2] § 110 c Rdnr. 5, der meint, ein VE habe bei seiner Gesprächsführung »den Grundsatz ›nemo tenetur se ipsum accusare‹... zu beachten«.

[88] Weshalb für den Einsatz eines VE gegen einen Beschuldigten ein Richtervorbehalt aufgestellt wurde, ist unklar, vgl. *Hassemer* KritJ 1992, 570; *Zaczyk* StV 1993, 490, 493 f.

[89] Zur Umgehung des § 136 Abs. 1 StPO durch den Einsatz von V-Leuten *Geyer* Funktionen und Grenzen der Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (1998), S. 89 f.; *Roxin* NStZ 1995, 465 f.; 1997, 18 f.; *Rothfuß* StraFo 1998, 289, 293; *von Stetten* (Fn. 3) S. 120 ff.

[90] KMR-*Lesch* StPO § 136 a Rdnr. 7;ähnlich *Bosch* (Fn. 67) S. 122.

[91] Vgl. allg. *BVerfGE* 87, 209, 228; *Höfling* in: *Sachs* GG [2] Art. 1 Rdnr. 12 ff.; *Jarass/Pieroth* GG [5] Art. 1 Rdnr. 7; *Pieroth/Schlink* Grundrechte [14] Rdnr. 359 ff.

[92] Zur Frage, ob die »zwanglose« Informationsbeschaffung das nemo tenetur- Prinzip verletzt, sind die Ansichten geteilt; dagegen etwa *Graf* Rasterfahndung und organisierte Kriminalität (1997), S. 237 ff., 240; *Verrel* NStZ 1997, 361, 364 ff.; 415 f.; einschränkend *Podolsky* (Fn. 33) S. 164 ff., 172 ff.; anders *Roxin* NStZ 1995, 465 f.; 1997, 18 f.; *Rothfuß* StraFo 1998, 289, 293 f.; *Weß lau* ZStW 110 (1998), 1, 25 ff.; s. a. HK-*Krehl* StPO [2] § 163 Rdnr. 12.

[93] Die § 110 a ff. liefern ausweislich § 100 c S. 3 StPO keine Ermächtigung zum aktiven Ausforschen der Zielpersonen durch Verdeckte Ermittler; s. o.

[94] Vgl. *Binder* Rechtsprobleme des Einsatzes technischer Mittel gem. § 100 c, d StPO und des Lauschangriffs (1996), S. 149 ff.

[95] *Endriß /Kinzig* StraFo 1998, 299, 301 f.; *Mache* StV 1981, 599, 600; *Sinner/ Kreuzer* StV 2000, 114, 116 f.; s. a. *Podolsky* (Fn. 33) S. 212; zum Vorliegen einer Täuschung i.S. d. § 136 a StPO *Lüderssen* Jura 1985, 113, 118.

[96]

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Vgl. *BGH* StV 2000, 57, 61: »Die Tatprovokation ist jedoch nur zulässig, wenn die VP (bzw. der VE) gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den § 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein; hierfür müssen also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.« Dem folgend *BGH*, Beschl. v. 08.03.2000 - 3 StR 50/00 - und v. 03.04.2000 - 5 StR 87/00.

97 Dafür *Kühne* (Fn. 17) Rdnr. 538; jedenfalls bei qualifizierten Fällen auch SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 101.

98 Daß staatliches Handeln ohne Verdacht die Eingriffslegitimation im Strafverfahren entfallen läßt, betont etwa *Sommer* NStZ 1999, 48, 49; s. a. SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 108. Zur Problematik der Verdachtsschöpfung durch V-Leute bei einem vagen Verdachtsbegriff *Lüderssen* Jura 1985, 113, 116 f.

99 *BVerfGE* 74, 358, 370 ff.; 82, 106, 114 ff.; krit. *Stuckenberg* Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1997), S. 544 ff.

100 Näher *L. Schulz* Normiertes Mißtrauen - Der Verdacht im Strafrecht, Habilitationsschrift Frankfurt/M. 1997, (Manuskript) S. 383 ff., 412 ff.

101 Zum Maß stab *BVerfGE* 92, 277, 326 mit abw. Meinung von *Klein*, *Kruis* und *Winter* S. 341, 347.

102 *Roxin* JZ 2000, 369 ff.

103 Grundsätzlich dafür *BGHSt* 45, 321 ff. = StV 2000, 57 ff.; zur Strafmilderung bei »Luftgeschäften« infolge einer Tatprovokation *BGH* NStZRR 2000, 57; dazu *Winkler* NStZ 2000, 247, 249 a.E.

104 Vgl. für gesperrte V-Leute *BGH* NStZ 2000, 265.

105 Krit. zur Kasuistik *Rothfuß* StraFo 1998, 289, 293.

106 *BGH* NJW 1980, 1761; StV 1981, 392 f.; 1984, 407; 1985, 272; NStZ 1985, 361; zur Rechtsprechungsänderung *Körner* (Fn. 3) § 31 Rdnr. 224 m.w.N.

107 *BGHSt* 32, 345 ff. mit zust. Anm. *K. Meyer* NStZ 1985, 134 f.; *BGHSt* 45, 321 ff. = StV 2000, 57 ff.; ebenso KK-*Senge* StPO [4] Vor § 48 Rdnr. 80; im Ergebnis auch HK-*Krehl* StPO [2] § 163 Rdnr. 13; *Steiner* (Fn. 74) S. 197 ff.

108 *EGMR* EuGRZ 1999, 660 ff. = StV 1997, 127 f. mit Anm. *Kempf* = NStZ 1999, 47 f. mit Anm. *Sommer*.

109 *EGMR* EuGRZ 1999, 660, 664 (Nr. 39) betont in einer Gesamtbetrachtung des Lockspitzeleinsatzes im Vorverfahren und der gerichtlichen Verwertung seiner Resultate: »Dieses Eingreifen sowie seine Verwertung in dem streitigen Strafverfahren haben bewirkt, daß der Beschwerdeführer ab initio und endgültig kein faires Verfahren hatte« .

110 Nichtamtliche Übersetzung in EuGRZ 1999, 660, 664. Genauer: »right form the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial« .

111 Soweit auf die relativ hohe Strafe im Ausgangsverfahren zur Entscheidung des *EGMR* hingewiesen wird (vgl. *Endriß /Kinzig* NStZ 2000, 271, 272), ist zu beachten, daß es sich um die gesetzliche Mindeststrafe nach portugiesischem Recht handelte, vgl. EuGRZ 1999, 660, 662. Der dortige hohe Strafrahmen (6 bis 12 Jahre Freiheitsstrafe und Geldstrafe) wird durch eine aus deutscher Sicht groß zügige Strafrestaussetzung teilweise kompensiert.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[112] *BGHSt* 32, 345 ff.; 45, 321 ff.; *BGH* StV 1999, 631; *BayObLG* StV 1999, 631 mit Anm. *Taschke.*

[113] *Endriß /Kinzig* NStZ 2000, 271 ff.; *Roxin* JZ 2000, 369 ff.; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 116 f.; *Sommer* StraFo 2000, 150.

[114] *EGMR* EuGRZ 1999, 660, 663.

[115] *Kempf* StV 1997, 128; *Kühne* Strafprozeßrecht [5] Rdnr. 537; *Roxin* JZ 2000, 369 ff.; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 116 f.; *Sommer* NStZ 1999, 48 ff.

[116] Ein Verfahrenshindernis verbietet als Prozeßhandlungshindernis bereits die wiederholte Anstiftung der unverdächtigen und nicht tatgeneigten Zielperson, bevor diese sich durch eigene Handlungen in Unrecht und Schuld verstrickt. Deshalb reicht die Verfahrenshindernislösung weiter als die Lösung über einen Schuldausschließungsgrund; letztere begegnet auch dann Bedenken, wenn nach dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit eine (verbleibende) Schuld des Provozierten festzustellen ist, wovon die Strafzumessungslösung ausgeht. Zum Streit um die Einordnung der Rechtsfolge *Wolfslast* Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung (1995), S. 238 ff. m.w.N.

[117] *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7, 10 ff.; *Lüderssen* Jura 1985, 113, 122 f.

[118] *BVerfG* NJW 1984, 967; 1985, 131; 1987, 1874; 1995, 651, 652; EuGRZ 1986, 18, 20.

[119] *BVerfGE* 92, 277, 326 ff.; abl. *Schünemann* in: FS Grünwald (1999), S. 657, 678 ff.

[120] Einschränkend SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 209 ff.

[121] Vgl. *BVerfG* Beschl. v. 28.03.2000 - 2 BvR 1392/96.

[122] Vgl. *Roxin* JZ 2000, 369, 370. Der Fall der Tatprovokation des Unverdächtigen geht über die sonstige Inanspruchnahme einer unverdächtigen Person, die nicht als solche gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstößt, vgl. *Siebrecht* Rasterfahndung (1997), S. 73 f., hinaus.

[123] Vgl. *Dencker* in: FS Dünnebier (1982), S. 447, 455 ff.; SK-*Rudolphi* StPO § 110 a Rdnr. 11.

[124] Der Begriff des Verwertungsverbots kennzeichnet im Kern nur das Verbot der Berücksichtigung eines Beweises in der tatrichterlichen Beweiswürdigung; vgl. *Nagel* Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren (1998), S. 122 ff. Die erstmalige Beweiserhebung im Vorverfahren und die rekonstruierende Beweiserhebung in der Hauptverhandlung sind Beweiserhebungsakte, die nur von »Vorwirkungen« eines Beweisverwertungsverbots beeinflußt werden können; freilich können auch Zwischenentscheidungen vor dem Urteil Verwertungsakte sein, vgl. *Dencker* StV 1994, 667, 670.

[125] Bes. zur Frage der Verwertungsverbote, ihrer prozessualen Geltendmachung und ihrer Reichweite bei Verletzung des nemo-tenetur-Prinzips *Bosch* (Fn. 67) S. 318 ff.

[126] *BVerfGE* 56, 37 ff.

[127] *BVerfGE* 80, 367 ff.

[128] *BVerfGE* 34, 238, 245; 80, 367, 373 ff.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[129] Für die Verletzung des Prinzips »nemo tenetur se ipsum accusare« *BVerfGE* 56, 37, 51 f.

[130] *BVerfGE* 56, 37, 51 f.

[131] So für selbständige Beweisverwertungsverbote *BVerfGE* 80, 367, 375 f.; für unselbständige Beweisverwertungsverbote kann nichts anderes gelten, wenn man auch dort drei Stufen der Eingriffsqualität unterscheidet.

[132] *BGHSt* 38, 263, 266 ff.; 44, 46, 49; 44, 243, 249 f. m.w.N.; zur Abwägungslehre *Rogall* in: FS Hanack (1999), S. 293 ff.

[133] Allg. *Hassemer* in: *Taschke/Breidenstein* (Hrsg.), Die Genomanalyse im Strafverfahren (1995), S. 309, 317; konkret bezüglich der verdeckten Ausforschung *Jahn* JuS 2000, 441, 443; vermittelnd durch Kombination der Kernbereichs- und Abwägungstheorie mit den Schutzzwecklehren SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 196 ff.

[134] Eine Lücke in den bisherigen Überlegungen zum »nemo tenetur-Prinzip« kann darin bestehen, daß dieser Metapher (vgl. *Dencker* StV 1994, 667, 673) die Bedeutung eines einheitlichen Rechtssatzes zugemessen wird, während das Prinzip Abstufungen zuläßt, je nachdem, ob man Einzelhandlungen unter die Kategorien des Art. 1 Abs. 1 GG (s. a. § 136 a StPO) als Kernbereich einer prozessualen Rechtsposition oder des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (s. a. § 136 Abs. 1 und 2 StPO) als allgemeiner Regel der Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren einordnet. Soweit dagegen auf § 69 Abs. 3, 72 StPO hingewiesen wird (*Dencker* a.a.O. 673 f.; *Lesch* in: Handbuch [Fn. 2], Teil G Kap. 1 Rdnr. 53), um die Eigenständigkeit des »nemo-tenetur-Prinzips« als Rechtssatz in Frage zu stellen, kann in jener Vorschrift die positivrechtliche Anordnung einer Drittwirkung der Verletzung der Menschenwürde eines Zeugen oder Sachverständigen gesehen werden, die der Beschuldigte in dem gegen ihn gerichteten Verfahren geltend machen kann.

[135] Allg. dazu SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 130 ff. m.w.N.

[136] Soweit nur Freiheit von Zwang diesem Prinzip zugeordnet wird, gilt das als unbestritten, vgl. *Bockemühl* (Fn. 9) S. 76 f.; s. a. *Lammer* (Fn. 35) S. 156; näher *Bosch* (Fn. 67) S. 31 ff.

[137] Vgl. *Renzikowski* JZ 1997, 710, 714;ähnlich SK-*Wolter* StPO Vor § 151 Rdnr. 123 ff. Für Verletzungen des Rechts sich redend oder schwiegend zu verteidigen, ging auch *BGHSt* 38, 263, 266 ff. bezüglich der noch nach DDR-Recht erfolgten Vernehmungen ohne eine dem § 136 Abs. 1 S. 2 StPO entsprechende Belehrung aufgrund einer Abwägung von der Verwertbarkeit aus und gelangte so zu einem von *BGHSt* 38, 214, 220 ff. abweichenden Ergebnis.

[138] *Bernsmann* StV 1997, 116, 117; *Derksen* JR 1997, 167, 170; *Roxin* NStZ 1995, 465, 466, 1997, 18 f.; *von Stetten* (Fn. 3) S. 119 ff.

[139] *BVerfGE* 80, 367 ff.

[140] *BVerfG* StV 2000, 233, 234 a.E. hat allerdings angenommen, es gebe noch keine festen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für unselbständige Beweisverwertungsverbote.

[141] *Salditt* AnwBl. 1999, 134 m.w.N.

[142] S. a. *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 116.

[143] *Kreuzer* in: *Lüderssen* (Hrsg.), V-Leute - Die Falle im Rechtsstaat (1985), S. 55 ff.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[144] Zur Beweisbedeutung dieses Umstands *Eisenberg* Beweisrecht der StPO Rdnr. 1455.

[145] Deshalb wurde das Verbot des Versprechens von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen in § 136 a Abs. 1 S. 3 StPO bereits frühzeitig als unverständlich kritisiert, vgl. *Erbs* NJW 1951, 386, 388; LR-*Sarstedt* StPO [22] § 136 a Rdnr. 4 k; *Eb. Schmidt* Lehrkomm. zur StPO Teil II (1957) und Nachtr. I (1967) § 136 a Rdnr. 18.

[146] Dazu *Salditt* AnwBl. 1999, 134 m.w.N.

[147] Vgl. *BVerfG* NJW 1984, 428, 429; *Füllkrug* MDR 1989, 119 ff.

[148] Vgl. *BGH* StV 1988, 469 ff. (zur Zulässigkeit des Hinweises auf eine Belohnung, die vom Geschädigten ausgesetzt wurde); KK-*Boujong* StPO [4] § 136 a Rdnr. 33 (»große Zurückhaltung geboten«); LR-*Hanack* StPO [25], § 136 a Rdnr. 52; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO [44] § 136 a Rdnr. 23 a.E. (»Unzulässig ist auch die Zusage der Straffreiheit oder sonstiger Vergünstigungen gegen über dem ›Kronzeugen‹«); *Pfeiffer* StPO [2] § 136 a Rdnr. 10.

[149] Vgl. *Eisenberg* Beweisrecht der StPO [3] Rdnr. 686.

[150] Vgl. *BGHSt* 16, 204; BGHR StPO § 261 Identifizierung 3, 10; *BGH* StV 1996, 413; *BGH* Urt. v. 19.11.1997 - 2 StR 470/97.

[151] *BGH* NStZ 2000, 265.

[152] *BGHSt* 44, 153, 158 ff.; 44, 256, 257.

[153] Nach *EGMR* StV 1997, 617, 619 (Nr. 52, 53) ist die Verwendung der Informationen anonymer Zeugen »nicht unter allen Umständen mit der Konvention unvereinbar«; es muß aber ein Ausgleich der Defizite der Verteidigungsmöglichkeiten erfolgen; vgl. auch *Krauß* (Fn. 42) S. 110 ff., 112 f.; *Renzikowski* JZ 1999, 605, 608 f.

[154] *BVerfGE* 57, 250, 273 ff.; *BGHSt* 42, 15, 25; *BGH* NStZ 2000, 265; w. N. bei *Wattenberg/Violet* StV 1997, 620.

[155] H. M., vgl. LR-*Gollwitzer* StPO [25] § 250 Rdnr. 24, 27 m.w.N.; s. a. *Gribbohm* NJW 1981, 305.

[156] Entwurf von Abgeordneten und der SPD-Fraktion für einen § 251 a StPO BT-Drucks. 9/2089 und 10/2799.

[157] Zu Art. 103 Abs. 1 GG *BVerfGE* 1, 418, 429; zur Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens *BVerfGE* 57, 250, 292.

[158] So schon *BGHSt* 17, 382, 388; offengelassen aber von *BGH* StV 1991, 100, 101.

[159] *EGMR* StV 1990, 481, 482 (Nr. 40); 1992, 499, 500 (Nr. 44); s. a. *Krauß* (Fn. 42) S. 99 ff.; *Renzikowski* JZ 1999, 605, 609.

[160] *EGMR* StV 1997, 617, 619 (Nr. 50).

[161] BGHR StPO § 250 S. 1 Unmittelbarkeit 3; SK-*Rogall* StPO Vor § 48 Rdnr. 89.

[162] Die Glaubwürdigkeitsbeurteilung gesperrter V-Personen, die als »bezahlte Zeugen« parteilich sind, durch Polizeibeamte, die vor Gericht als Zeugen vom Hörensagen auftreten, hat jedenfalls von Rechts wegen nicht dasselbe Gewicht, wie die Glaubwürdigkeitsbeurteilung durch ein neutrales Gericht, vgl. Art. 92, 97 Abs. 1 GG; s. a. *Krauß* (Fn. 42) S. 113.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[163] Daher ist es für die materielle Beweislage auch nicht von Bedeutung, ob der gesperrte Zeuge - wie im Fall von *EGMR* StV 1997, 617 ff. - ein Ermittlungsbeamter oder aber ein V-Mann ist; bei letzterem sind die Glaubwürdigkeitsbedenken schließlich noch größer. *BGH* NStZ 2000, 265 grenzt sich (prozessual) von *EGMR* StV 1997, 617 dadurch ab, daß im Falle des *EGMR* die Verwertung einer kommissarischen Vernehmung von Polizeibeamten als teilweise anonymisierten Zeugen beanstandet wurde, während in seinem Falle ein nicht beamteter und besonders gefährdeter Informant als anonymer Zeuge zu beurteilen war. Die besondere Gefährdungslage war für den *BGH* im Sinne der Aussagen von *EGMR* StV 1992, 499, 500 (Nr. 49) bedeutsam.

[164] *EGMR* StV 1990, 481, 482 (Nr. 42, 43).

[165] *Fezer* Strafprozeßrecht, 2. A., 14/56; *Gribbohm* NJW 1981, 305 f.

[166] Vgl. *BGHSt* 44, 153, 159 f., 44, 256, 257; *BGH*, Beschl. v. 16.03.2000 - 4 StR 2/00; LR-*Gollwitzer* StPO [25] § 261 Rdnr. 83.

[167] Vgl. *BGHSt* 43, 66, 68 ff.; KMR-*Stuckenberg* StPO (1999), § 261 Rdnr. 76, 83 m.w.N.

[168] Vgl. *OLG Hamburg* StV 1984, 11; s. aber *LG Berlin* StV 1986, 96; *LG Frankfurt/M.* StV 1994, 475, 476; *LG Münster* StV 1983, 97 f.; *H. E. Müller* Behördliche Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angeklagten (1992), S. 67 ff., 75 ff.; *Lüderssen* in: FS Klug (1983), S. 528, 538; *Grünwald* in: FS Dünnebier (1982), S. 347, 362; *Weider* StV 1983, 227.

[169] Anders *Körner* StV 1982, 383, 386.

[170] Für ein geringes Beweisgewicht der Angaben von V-Leuten *Joachim* StV 1992, 245, 247; s. a. LR-*Gollwitzer* StPO [25] § 250 Rdnr. 28 m.w.N. In der Praxis wird das Erfordernis der Absicherung des Beweisergebnisses durch Zusatzindizien dadurch relativiert, daß auch wenig aussagekräftige Indizien als ausreichend betrachtet werden.

[171] *EGMR* StV 1991, 193, 194 (Nr. 31) bewertete jedenfalls die Verwertung der Erkenntnisse anonymer Informanten dann, wenn keine unmittelbaren Beweise zum eigentlichen Tatgeschehen vorliegen, als unfair.

[172] Allg. zur Bedeutung des Fehlens unmittelbarer Beweise für die Täterschaft *BGH*, Beschl. v. 16.03.2000 - 4 StR 2/00.

[173] Vgl. *BGHSt* 17, 382, 385 f.; 33, 83, 88; 33, 178, 181; 36, 159, 166; 39, 141, 145 f.; 42, 15, 25; BGHR StPO § 261 Zeuge 13, 15, 16, 17 und Überzeugungsbildung 27; *BGH* StV 1996 583 f.; *OLG Köln* StV 1994, 289 f.; LR-*Gollwitzer* StPO [25] § 250 Rdnr. 28; zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung auch *Körner* StV 1982, 382, 385 f.

[174] Vgl. *BGH* NJW 1999, 1562, 1564.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Deutscher Bundestag **Drucksache 19/25248**

19. Wahlperiode 15.12.2020

Antrag

der Abgeordneten Benjamin Strasser, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, Renata Alt, Christine Aschenberg-Dugnus, Nicole Bauer, Jens Beeck, Dr. Jens Brandenburg (Rhein-Neckar), Mario Brandenburg (Südpfalz), Sandra Bubendorfer-Licht, Dr. Marco Buschmann, Carl-Julius Cronenberg, Hartmut Ebbing, Dr. Marcus Faber, Daniel Föst, Thomas Hacker, Peter Heidt, Katrin Helling-Plahr, Markus Herbrand, Torsten Herbst, Katja Hessel, Dr. Gero Clemens Hocker, Manuel Höferlin, Dr. Christoph Hoffmann, Ulla Ihnen, Olaf in der Beek, Dr. Christian Jung, Dr. Marcel Klinge, Pascal Kober, Carina Konrad, Konstantin Kuhle, Alexander Kulitz, Michael Georg Link, Alexander Müller, Frank Müller-Rosentritt, Hagen Reinhold, Bernd Reuther, Christian Sauter, Dr. Wieland Schinnenburg, Judith Skudelny, Dr. Hermann Otto Solms, Bettina Stark-Watzinger, Dr. Marie-Agnes Strack-Zimmermann, Katja Suding, Linda Teuteberg, Michael Theurer, Manfred Todtenhausen, Johannes Vogel (Olpe), Sandra Weeser, Nicole Westig, Katharina Willkomm und der Fraktion der FDP

Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Der Einsatz von Vertrauenspersonen ist ein notwendiges Mittel der verdeckten Informationserhebung von Nachrichtendiensten, ebenso wie von Strafverfolgungsbehörden und zur Gefahrenabwehr. Er ermöglicht Zugänge in teilweise abgeschlossene Szenen und Milieus wie der Organisierten Kriminalität oder der Politisch-Motivierten Kriminalität und trägt wesentlich zur Erfüllung der gesetzlichen Aufträge der Behörden bei.

Der Einsatz von Vertrauenspersonen ist immer ein Drahtseilakt, der sich im Grenzbereich zulässigen staatlichen Handelns bewegt. Die Kooperation von Vertrauenspersonen mit den Behörden kann dabei sehr unterschiedlich sein: Es handelt sich dabei um Insider aus der Szene, die regelmäßig – und nicht nur wie Hinweisgeber oder Informanten unregelmäßig oder punktuell – aus uneigennützigen Motiven oder auch gegen Entgelt Informationen den Behörden geben. Das Spektrum reicht bis zu „Vertrauenspersonen“ wie Murat Cem, der von den Behörden gezielt eingesetzt wurde, Milieus infiltrierte und faktisch handelte wie ein verdeckter Ermittler und sich von diesem nur dadurch unterschied, dass er nie in einem formalen Dienstverhältnis mit staatlichen Behörden stand. Beim Einsatz von V-Personen droht daher eine Umgehung der Regelungen zu verdeckten Ermittlern (Bericht der Expertenkommission zur effektiveren

und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 83). Es ist zwingend nötig, die Formen verdeckter Informationsgewinnung durch menschliche Quellen, Hinweisgeber, Informanten, Vertrauenspersonen und Verdeckte Ermittler gesetzlich zu definieren. Vertrauenspersonen handeln und ermitteln eigenständig, erfragen mithin gezielt Informationen, dringen in nicht-öffentliche Bereiche ein und handeln – bis hin zur Tatbeteiligung oder gar Tatprovokation in der Praxis regelmäßig auf längere Zeit. Ein solcher Einsatz greift unmittelbar in Persönlichkeitsrechte der Betroffenen wie das Recht auf Privatsphäre ein. Anders als beispielsweise bei Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung oder auch der akustischen Wohnraumüberwachung können Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden durch Vertrauenspersonen Informationen nicht nur abfangen, sondern auch gezielt in Erfahrung bringen. Im Gegensatz zu anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen werden beim Einsatz von Vertrauenspersonen zudem lediglich die Ermittlungsergebnisse einer Vertrauensperson in das Strafverfahren eingeführt – und dies oftmals nur über sog. Quellenvermerke oder Vernehmung der Vertrauenspersonführer. Die Möglichkeit einer unmittelbaren Konfrontation des Beschuldigten mit der ihn belastenden Vertrauensperson im Strafprozess im Rahmen der Wahrnehmung des Konfrontations- und Fragerechts unterbleibt. Vertrauenspersonen werden für den Strafprozess regelmäßig gesperrt. Über ein zentrales belastendes Beweismittel und seine Glaubwürdigkeit kann sich das Gericht selbst kein eigenständiges Bild machen. Ein Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung kann je nach Konstellation mehrere Grundrechte sowie verfassungs- und menschenrechtliche Garantien berühren. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen liegt – unabhängig von der Einsatzform der Vertrauensperson – stets vor. Je nach Ausgestaltung des Einsatzes sind auch andere Grundrechte, insbesondere das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) tangiert. Die Grundsätze eines fairen Verfahrens sind zudem insgesamt in einem Ungleichgewicht. Daher ist zwingend eine gesetzliche Regelung erforderlich.

Vertrauenspersonen sind keine dem Staat verpflichteten Beamte. Sie rekrutieren sich in der Regel aus dem Umfeld, in dem sie agieren. Bei ihren Einsätzen gehen sie verdeckt vor. Sie dürfen unter keinen Umständen den Anschein erwecken, mit staatlichen Stellen zu kooperieren und müssen ihre Enttarnung unbedingt vermeiden. Daher müssen sie „szenetypisch“ handeln und bewegen sich dabei eng an der Grenze zwischen zulässigen und bereits strafbaren Handelns. Für ihre Tätigkeit erhalten Vertrauenspersonen staatliche Gegenleistungen wie die Reduzierung von Haftstrafen oder Geld- und Sachzuwendungen. Bei wiederkehrenden bzw. regelmäßigen Einsätzen ist eine finanzielle Abhängigkeit der Vertrauensperson von den staatlichen Leistungen eine mögliche Konsequenz, die auch Einfluss auf die Validität der Informationen der Vertrauensperson haben kann.

Anders als für den Bereich der Vertrauenspersonen ist die Zulässigkeit des Einsatzes sog. verdeckter Ermittler, von Polizeibeamten, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln, in der Strafprozessordnung geregelt (§§ 110a bis 110c StPO). Ihr Einsatz steht unter dem Entscheidungsvorbehalt der Staatsanwaltschaft bzw. im Fall von Einsätzen, die sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richten oder bei denen der Verdeckte Ermittler eine Wohnung betritt, die nicht allgemein zugänglich ist, eines Gerichts (§ 110b Abs. 1, 2 StPO). Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen finden sich auf Bundesebene hingegen lediglich in Dienstvorschriften. Bis heute fehlt eine eigenständige gesetzliche Grundlage, welche die Voraussetzungen des Einsatzes von Vertrauenspersonen zu Strafverfolgungszwecken sowie zur Gefahrenabwehr regelt und dabei auch die notwendige Abgrenzung zu verdeckten Ermittlern vornimmt.

Für den Bereich des Verfassungsschutzes wurde im Zuge der Aufarbeitung der Terrorserie des Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU) als eine Konsequenz mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes“

eine entsprechende eigene Rechtsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen geschaffen, die Voraussetzungen und Grenzen konkret regelt, Anforderungen an ihre Auswahl festlegt und im Übrigen die Voraussetzungen des Einsatzes verdeckter Mitarbeiter auch auf sie überträgt (vgl. § 9b BVerfSchG). Für den Bereich der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr fehlt bis heute eine entsprechende Rechtsgrundlage, obwohl beispielsweise die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Jahr 2017 eingesetzte Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zum Thema „Vertrauenspersonen und Tatprovokationen“ wie auch die ebenfalls vom BMJV eingesetzte „Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens“ im Jahr 2015 eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen in ihren Abschlussberichten empfohlen haben.

II. Der Deutsche Bundestag erklärt:

Für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung müssen klare Kriterien auf Basis einer eigenständigen gesetzlichen Grundlage gelten. Es muss garantiert sein, dass nur voll geschäftsfähige und volljährige Personen als Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Ihre Tätigkeit darf nicht unbefristet angelegt sein und ausgezahlte Geld- oder Sachzuwendungen für die Tätigkeit dürfen nicht die wesentliche finanzielle Lebensgrundlage der Vertrauensperson darstellen. Die Anordnung eines solchen Einsatzes muss grundsätzlich dem Richter vorbehalten sein. Eine Zusammenarbeit mit in besonderer Form Straffälligen, insbesondere mit Schwerstkriminellen, darf es nicht geben. Der Einsatz, der Umgang mit den so erhobenen Informationen und das Verhältnis zum Vertrauenspersonführer müssen strengen Vorgaben und ebenso strengen rechtstaatlichen Kontrollen unterliegen.

Für den Bereich des Verfassungsschutzes wurde im Zuge der Aufarbeitung der Terrorserie des Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU) mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes“ eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen (§ 9b BVerfSchG). Insofern darf auch der Einsatz von polizeilichen Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung aufgrund der Intensität des damit verbundenen Grundrechtseingriffs, der Tragweite eines solchen Einsatzes und der Konsequenzen für die Wahrheitsfindung im Strafverfahren nicht ungeregelt bleiben. Es genügt insbesondere nicht, diese schwerwiegende Ermittlungsmaßnahme auf bloße strafprozessuale Generalklauseln wie §§ 161, 163 StPO zu stützen und lediglich in internen Dienstvorschriften der Behörden näher zu regeln. Die §§ 161, 163 StPO taugen – jedenfalls seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in seinem BKA-Urteil vom 20.04.2016 (BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09) nicht mehr als ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Ausnutzen von Vertrauen durch Vertrauenspersonen – und zwar unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ihres Einsatzes – als schwerwiegenden Grundrechtseingriff bezeichnet (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 160). Für einen solchen bieten die §§ 161, 163 StPO keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage.

III. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf,

1. eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr zu schaffen, die
   a. deren Einsatzbereiche definiert und auf Straftaten von erheblicher Bedeutung beschränkt,

b. klare Kriterien hinsichtlich der Voraussetzungen und Grenzen für die Tätigkeit als Vertrauensperson schafft und dabei insbesondere regelt, wann eine Person als Vertrauensperson grundsätzlich ausscheidet (z. B. Minderjährige oder Schwerstkriminelle),

c. die Zulässigkeit sog. szenetypischer (strafbarer) Handlungen regelt,

d. Regelungen zu Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen (insbesondere zu Eingriffen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das IT-Grundrecht, einschließlich des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung) vorsieht, welche Vertrauenspersonen im staatlichen Auftrag vornehmen oder Behörden zuzurechnen sind,

e. eine klare Abgrenzung zu verdeckten Mitarbeitern bzw. verdeckten Ermittlern sowie Informanten und Hinweisgebern vornimmt,

f. einen grundsätzlichen Vorrang des Einsatzes staatlicher Personen und nur subsidiär und als Ultima Ratio den Einsatz von Vertrauenspersonen vorsieht,

g. die Anordnung eines solchen Einsatzes grundsätzlich dem Richtervorbehalt unterwirft,

h. eine zeitliche Befristung eines solchen Einsatzes mit den üblichen Verlängerungsmöglichkeiten wie bei anderen gewichtigen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen schafft,

i. eine regelmäßige Kontrollmöglichkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr auf parlamentarischer Ebene ermöglicht,

j. Regelungen zur Behandlung von V-Personen im Strafprozessrecht vorsieht, insbesondere wann eine Zusicherung der Vertraulichkeit die Vernehmung einer Vertrauensperson dauerhaft ausschließt, unter welchen Voraussetzungen eine Vernehmung des Führers der Vertrauensperson zulässig ist und als milderes Mittel ein in-Camara-Verfahren zur Vernehmung von Vertrauenspersonen vorsieht,

k. eine Regelung zur Tatprovokation durch Vertrauenspersonen vorsieht und wann Tatprovokationen zu einem Verfahrenshindernis werden,

l. eine sog. Doppelführung von Vertrauenspersonen durch verschiedene Polizeibehörden und/oder Nachrichtendienste ausschließt;

2. für die Führung von Vertrauenspersonen gesetzlich die Rahmenbedingungen festzulegen, klare Dienstvorschriften zu ermöglichen und eine regelmäßige interne Revision sowie ein Controlling zu gewährleisten;

3. im Rahmen der Innenministerkonferenz und der Justizministerkonferenz eine Initiative zur Einführung bundesweit harmonisierter Rechtsgrundlagen für den Einsatz von polizeilichen Vertrauenspersonen zu Gefahrenabwehrzwecken nach den o. g. Maßgaben zu ergreifen.

Berlin, den 14. Dezember 2020

Christian Lindner und Fraktion

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co. KG, Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333

Deutscher Bundestag **Drucksache 19/25352**

19. Wahlperiode 17.12.2020

Antrag

der Abgeordneten Niema Movassat, Friedrich Straetmanns, Dr. André Hahn, Gökay Akbulut, Ulla Jelpke, Petra Pau, Martina Renner und der Fraktion DIE LINKE.

Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Wenn ein verdeckt ermittelnder Polizeibeamter oder eine geheim mit der Polizei zusammenarbeitende Privatperson, eine sogenannte Vertrauensperson, jemanden dazu drängt, eine Straftat zu begehen, die diese Person ursprünglich gar nicht begehen wollte, liegt eine sogenannte Tatprovokation vor. Da es die Aufgabe der Polizei und anderer Ermittlungsbehörden ist, Straftaten zu verhindern und aufzuklären, nicht zu diesen zu provozieren, ist eine Tatprovokation mit einem Rechtsstaat nicht vereinbar.

Die Bundesrepublik Deutschland ist am 15.10.2020 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen eines Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren des Artikels 6 Absatz 1 Satz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verurteilt worden. Das Urteil (Akbay and others v. Germany, Az. 40495/15, 40913/15 and 37273/15) erfolgte aufgrund zweier Strafurteile deutscher Gerichte wegen Betäubungsmitteldelikten, zu denen die Verurteilten in rechtsstaatswidriger Weise provoziert worden waren, weswegen diese Klage beim EGMR einreichten.

Dabei wurde Deutschland bereits 2014 in der Sache Furcht v. Germany (Urteil vom 23.10.2014, Az. 54648/09) wegen einer rechtsstaatswidrigen Straftatprovokation durch den EGMR verurteilt. Derweil ist die Rechtsprechung in Deutschland hinsichtlich der Tatprovokation uneinheitlich. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) vertritt die Auffassung, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation immer ein Verfahrenshindernis darstellt und damit einer strafrechtlichen Verurteilung im Wege steht (Urteil vom 10.06.2015, BGHSt 60, 276). Der 1. und der 5. Strafsenat des BGH vertreten dagegen die Auffassung, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nur in Ausnahmefällen ein Verfahrenshindernis darstellen kann (zuletzt BGH, Urteil vom 07.12.2017, 1 StR 320/17 und Urteil vom 04.07.2018, 5 StR 650/17). Deutsche Gerichte, Staatsanwaltschaften und Behörden haben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Anwendung deutscher Gesetze zu beachten. Daher kann der Auffassung der beiden Senate nach dem jüngsten Urteil des EMGR nicht mehr gefolgt werden.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat im Februar 2020 ein durch den Deutschen Richterbund ausgearbeitetes Gutachten zum Thema Vertrauenspersonen und Tatprovokationen veröffentlicht. Das Gutachten sah bereits vor dem

jüngsten EGMR-Urteil hinsichtlich der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation Regelungsbedarf. Die vorgeschlagene Regelung – „im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Absatz 2 des Strafgesetzbuchs) oder von Strafe absehen." – ist nach dem EGMR-Urteil in Sachen Akbay and others v. Germany jedoch nicht ausreichend.

Die Einstufung der Tatprovokation als ein Verfahrenshindernis, welches auch von Vertretern der Bundesrechtsanwaltskammer gefordert wird, nähme den Ermittlungsbehörden in Deutschland einen Anreiz, das in rechtsstaatlicher Hinsicht äußerst bedenkliche Werkzeug der Tatprovokation und -motivation, einzusetzen. Denn durch ein Verfahrenshindernis laufen die Ermittlungsbehörden Gefahr, dass das gesamte Ermittlungs- oder Strafverfahren eingestellt wird.

Des Weiteren haben zu Unrecht Inhaftierte nach ihrer Freilassung oft mit vielen verschiedenen Problemen zu kämpfen. Diese gehen von dem Verlust sozialer Kontakte durch Stigmatisierung, über Wohnungs- und Arbeitsplatzverlust bis hin zu entsprechenden oft tiefgreifenden psychologischen Problemen. Dafür steht ihnen eine Entschädigung für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, zu. Dieser Anspruch ist höher zu bemessen, wenn die Ermittlungsbehörden, die Haft mit einer rechtswidrigen Tatprovokation herbeigeführt haben, weil es sich hierbei um eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren aus Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 EMRK handelt. Da es sich bei diesem Betrag um eine Kompensation für den erlittenen Freiheitsentzug handelt, muss eine Aufrechnung von erhaltener Kost und Logis in der Justizvollzugsanstalt dagegen ausgeschlossen werden. Außerdem darf der Verzicht auf die Geltendmachung dieses Anspruchs auch nicht zur Bedingung einer Verfahrenseinstellung gemacht werden. Dies widerspräche der Intention der Stärkung des Menschenrechtes auf ein faires (Straf-)Verfahren. Nach Berichten aus der Praxis ist dies leider zu oft der Fall, weshalb eine rechtliche Verankerung entsprechender Regelungen dringend geboten ist.

II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf,

einen Gesetzentwurf vorzulegen, der

1. die Strafprozessordnung dergestalt ändert, dass die Regelungen zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) geändert werden bzw. diese Rechtsprechung umgesetzt wird;
2. im Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) die Entschädigung für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, in Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation für jeden angefangenen Tag der Freiheitsentziehung auf 250 Euro festsetzt.

Berlin, den 15. Dezember 2020

Amira Mohamed Ali, Dr. Dietmar Bartsch und Fraktion

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co. KG, Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333

Rechtsanwalt
Stefan Conen
Meinekestr. 3
10719 Berlin

Stellungnahme zur gebotenen gesetzlichen Kodifizierung des Einsatzes von V-Personen für den Republikanischen Anwältinnen- und Anwaltverein e.V. sowie für die Strafverteidigervereinigungen gelegentlich der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

> *„Hierbei ist noch anzumerken, dass es im Gange der hier beschriebenen Polizei keine Spitzel, keine heimlichen Aufklärer bedarf. Verheimlichung ist alle Male klein, niedrig und unmoralisch (...) Wem soll denn der Staat diesen entehrenden Auftrag geben? Soll er selbst zur Ehrlosigkeit und Unmoralität aufmuntern, und sie zur Pflicht machen? Dann, wenn der Staat einmal bei einigen Menschen Heimlichkeit autorisiert, wer ist ihm denn Bürge, dass nicht diese selber ihre Verborgenheit zum Vergehen nutzen?“*
>
> ***Johann Gottlieb Fichte***[1]

1.

Schon seit längerem wird eine gesetzliche Grundlage für das Tätigwerden von sog. V-Personen gefordert. Die in der Rechtsprechung und Praxis bislang herangezogenen allgemeinen Kompetenzbeschreibungen der §§ 161, 163 StPO erweisen sich bei näherer Betrachtung als untaugliche Krücken und genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, nach welchen staatlich veranlasstes Handeln, das mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, zu normieren ist. Zutreffend kommt auch der wissenschaftliche Dienst des Bundestages in seinem Gutachten aus dem Jahr 2019 zu diesem Ergebnis.[2] Dies ist auch nur konsequent, wenn man sich vor Augen führt, dass jeder gezielte V-Person-Einsatz, der sich gegen einen Bürger richtet, mindestens in dessen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift.[3] Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seinem

[1] Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, angewandtes Naturrecht, Bd. II, S. 155f.
[2] Gutachten WD3-3000-252/19 zu dem Ergebnis, dass die verfassungsrechtliche Legitimation von VP-Einsätzen, bei denen die VP die Zielperson durch Täuschung ausforscht, einer gesetzlichen Grundlage bedarf.
[3] Zu unterscheiden sind bei Informationsgewinnungen durch V-Personen solche, die „lediglich“ bereits bei ihr vorhandene Informationen aus dem Umfeld der Zielperson anonymisiert liefern (in der Praxis sog. „Warm-VPs“) und solche, die staatlich zur Informationsgewinnung an die Zielperson herangespielt werden (sog.

sog. „Volkszählungsurteil“ ausgeführt, dass der Bürger, um die Chance der Persönlichkeitsentfaltung zu haben, wissen muss, wer wann was über ihn wisse. Dieses Wissen ist gerade – und ganz besonders dann – gefährdet, wenn der Bürger gar nicht bemerkt, dass überhaupt personenbezogene Daten im staatlichen Auftrag über ihn erhoben werden. Dies bedeutet natürlich nicht, dass verdeckte Ermittlungsmethoden per se unzulässig und untunlich wären. Es bedeutet lediglich, dass sie stets einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mitbringen, welcher nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage zulässig sein kann. In seinem Urteil zum BKAG hat das Bundesverfassungsgericht judiziert, dass „*das Ausnutzen von Vertrauen durch Verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen*“ als „*sehr schwerwiegender Grundrechtseingriff*“ zu bezeichnen ist.[4] An einer gesetzlichen Grundlage, obschon verfassungsrechtlich notwendig, fehlt es dem strafprozessualen V-Personenwesen jedoch nach wie vor in Gänze.[5]

Damit ist indes nur das normative Elend beschrieben, nicht aber seine Lösung. Für eine solche bräuchte es eine ehrliche und gründliche Bestandsaufnahme des V-Personenwesens in der Bundesrepublik, das strafprozessual nicht nur aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage rechtsstaatswidrig ist. Die gegenwärtige Praxis ist in ihrer Ausprägung in der Rechtswirklichkeit oder besser gesagt in ihrer rechtstatsächlichen Entgrenzung, begünstigt durch normative Verantwortungslosigkeit für staatliches Handeln, in einer rechtsstaatlich mehr als dunkelgrauen Zone. Der status quo ließe sich unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze gar nicht zulässig kodifizieren. Um so dringlicher ist die Legislative zur rechtskonformen Einhegung der vorhandenen nachfolgend zu beschreibenden Auswüchse gefragt:

2.

Bereits die Zusage einer Vertraulichkeit gegenüber Personen, die strafprozessual normativ Zeugen sind, bedarf einer sorgfältig ausgestalteten gesetzlichen Grundlage. Denn bei dem bislang informellen und unregulierten staatlichen Akt einer Vertraulichkeitszusage handelt es sich sozusagen um einen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich zu Lasten der beschuldigten Zielperson. Bei dieser wird

„Kaltstart-VPs“) bzw. Umfeld-VPs, die zur weiteren Erforschung der Zielperson staatlich animiert werden. Grundrechtsrelevant sind insbesondere die letzteren Konstellationen.

[4] BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09.

[5] s. hierzu kritisch bereits *Eschelbach* in StV 2000, 390ff.

nicht nur in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, sondern auch aufgrund der versicherten Vertraulichkeit antizipiert, dass sie im Falle eines späteren Prozesses keine Gelegenheit haben wird, die V-Person unmittelbar zu befragen. Mithin wird mit der staatlichen Zusage einer Vertraulichkeit dem Angeklagten sein Recht aus Art. 6 Abs. 3d EMRK genommen, mit welchem die Europäische Menschenrechtskonvention ihm eigentlich garantiert, ihn belastende Zeugen entweder direkt oder über seinen Verteidiger zu befragen, ja konfrontieren zu können. Daneben greift die Vertraulichkeitszusage auch in die Verpflichtung des Gerichts ein, sich des sachnächsten Beweismittels im Sinne des auch verfassungsrechtlich hochgehaltenen Gebots der „bestmöglichen Sachaufklärung“[6] zu versichern.

All dies wird gegenwärtig insuffizient durch die Vernehmung der sog. VP-FührerInnen, also derjenigen BeamtInnen, welche die V-Person führen substituiert. Es bleibt für alle Verfahrensbeteiligten vollkommen unklar, ob die V-Person massiv vorbestraft ist, ob sie etwa wegen Täuschungsdelikten wie Betrug, falscher Verdächtigung oder gar Falschaussage vor Gericht verurteilt oder auch nur polizeilich in Erscheinung getreten ist. Bewusst falsche Verdächtigungen einer V-Person lassen sich justiziell kaum verfolgen, weil die Hürde einer bewusst wahrheitswidrigen Denunziation der Subsumtion der VP-FührerIn überlassen bleibt, die allein Kontakt zur VP hat und deren subjektiven Tatbestand einschätzen kann. Der Staatsanwaltschaft selbst fehlt es aufgrund der Anonymisierung der VP regelmäßig an zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine eigene Beurteilung und damit für ein ggfls. gebotenes Einschreiten.

Die Wiedergabe der von der VP mitgeteilten Informationen vor Gericht erfolgt fast immer nur gefiltert durch den oder die VP-FührerIn. Diese bekunden zur Verlässlichkeit der V-Person stets, dass sich diese auch in der Vergangenheit als „zuverlässig“ erwiesen habe. Diese Aussage ist indes ein Muster ohne Wert. Zum einen ist sie für niemanden überprüfbar. Zum anderen müssen VP-FührerInnen in foro regelmäßig zugeben, dass sie zumeist den Ausgang von Prozessen, welche ihre Vertrauenspersonen ggf. angestoßen haben, gar nicht rückgekoppelt bekommen. Eine Qualitätskontrolle jenseits des Bauchgefühls der VP-FührerIn ist in keiner Weise, obschon rechtsstaatlich angezeigt, institutionalisiert.

[6] BVerfGE 133, 168

Der Unterzeichner hat im Übrigen selbst erlebt, dass eine Vertrauensperson, die vom Gericht in ihrem Agieren als unzuverlässig gebrandmarkt wurde und von welcher der Bundesgerichtshof später erwartete, dass geprüft würde, sie strafrechtlich zu verfolgen, in der internen Bewertung der VP-Abteilung dessen unbeschadet weiterhin als zuverlässig galt. Der gerichtlichen Bewertung des gesamten Einsatzes sowie des VP-Agierens wurde polizeilich die Gefolgschaft ebenso verweigert (Fall *Akbay*, BGH NStZ 2014, 277 ff., Rn. 48) wie einem anderen Auftrag dieses Judikats (Kenntlichmachung der Entlohnung von V-Leuten und deren Höhe in den Akten, dazu sogleich unter **3.**).

Konsequenz aus diesem Umstand kann nur sein, dass gesetzlich das verankert wird, was ohnehin Leitbild der StPO ist: Dass nämlich die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Verfahrens" auch dort in die Verantwortung genommen wird, wo rechtsstaatliche und Transparenzdefizite bereits vorhanden und weiterhin absehbar sind. Eine gesetzliche Kodifizierung muss daher i.S.d. § 160 StPO, welcher der Staatsanwaltschaft die beherrschende und verantwortliche Rolle für das Ermittlungsverfahren zuschreibt, diese gerade auch im Bereich des V-Personenwesens in die personale Verantwortung nehmen.

3.

In dem Verfahren *Akbay* ist die Bundesrepublik gerade jüngst wieder wegen Verletzung des fairen Verfahrens durch eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation verurteilt worden (vgl. EGMR 40495/15).[7] Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation ist in der gegenwärtigen faktischen Ausgestaltung von VP-Einsätzen potentiell weiterhin angelegt. Dies hängt (auch) unmittelbar mit der Entlohnung von Vertrauenspersonen zusammen, welche zum einen geheim gehalten wird und zum anderen – insoweit bestätigt durch zahlreiche VP-FührerInnenvernehmungen in foro – an Art und Umfang der durch die VP dem Beschuldigten zugeschriebenen Betäubungsmittel ausgerichtet ist. Es liegt mithin im finanziellen Interesse einer Vertrauensperson einem als Zielperson ausgemachten (oder staatlich zugewiesenen) Bürger erfolgreich eines möglichst umfänglichen BtM-Handels zu bezichtigen, zu überführen und ggfls. zu verleiten. Auch wenn dies nicht die Intention der VP-Entlohnung darstellt, ist es doch eine nicht selten zu beobachtende Begleiterscheinung der jeweiligen Einsätze und keineswegs nur eine allenfalls denktheoretisch mögliche, vollkommen abstrakte Gefahr. Gerade

[7] EGMR v. 15.10.2020 *Akbay vs. Germany*

hier zeigt sich in der gesetzlich ungeregelten Praxis zudem die fehlende Bereitschaft der Behörden, selbst höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten. So hat etwa in dem vorzitierten Urteil des Bundesgerichtshofs[8] dieser ausgeführt:

> *„Zudem muss in einem Rechtsstaat schon der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden werden. Deshalb sollte in den Akten ebenfalls vermerkt sein, ob eine Vertrauensperson für ihre Tätigkeit eine Entlohnung zugesagt bekommen oder gar erhalten hat. Der Senat weist darauf hin, dass Höhe und Erfolgsbezogenheit des jeweiligen Honorars im Rahmen der gebotenen umfassenden Beweiswürdigung für die Bewertung des Motivs der Vertrauensperson, mit den Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten, relevant sein und entscheidungserhebliche Bedeutung erlangen kann."*

Dieses BGH-Urteil stammt aus dem Jahre 2013 und betraf einen Berliner VP-Einsatz, für den der EGMR später die Bundesrepublik wegen unzureichender Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation verurteilte.[9] Der Unterzeichner ist in diversen Berliner Verfahren, bei denen auch V-Leute eine Rolle spielten, im Anschluss an dieses Urteil tätig gewesen. Seine regelmäßig gestellte Frage an die VP-Führung, ob und ggf. wie hoch die Entlohnung sei, welche die V-Person bekommen habe, wurde und wird ebenso regelmäßig abschlägig mit Verweis auf eine fehlende Aussagegenehmigung nicht beantwortet. Die vom Bundesgerichtshof geforderte Aktenkundigkeit derartiger Entlohnungen findet nicht statt. Dieser Fall, der wie gesagt ein Berliner Fall war und der die Berliner VP-Führung betraf, wird in Hauptverhandlungen von der betroffenen Behörde trotz des eindeutigen zitierten Wortlautes der Entscheidung des Bundesgerichtshofs stets dahingehend interpretiert, dass es sich insoweit um eine „Einzelfallentscheidung" gehandelt habe, der keine generelle Bedeutung beikäme, man mithin als VP-Führung weiterhin jegliche Angabe zur Entlohnung von VPs verweigern dürfe.[10]

Diese bemerkenswerte Interpretation des vorzitierten Wortlautes der zitierten Entscheidung ist so eigenwillig wie offenkundig unzutreffend. Sie illuminiert jedoch die Verweigerung jedweder – selbst höchstrichterlich angeordneter – Transparenz

[8] BGH NStZ 2014, 277

[9] EGMR v. 15.10.2020 *Akbay vs. Germany*

[10] Verantwortlich für diese Einschätzung, so regelmäßig die VP-FührerInnen vor Gericht, zeichne das Justitiariat der Berliner Polizei, dem diese Frage zur Beurteilung vorgelegen habe.

und mag als Beispiel dafür dienen, weshalb es umso dringlicher gesetzlicher Regelungen in diesem Bereich bedarf.

Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist daher auch gesetzlich festzuschreiben, dass die Höhe und Ausmaß der Entlohnung von Vertrauenspersonen transparent aktenkundig gemacht werden.

4.

Die fehlende Transparenz des V-Personenwesens zeigt sich auch noch in einer anderen Konstellation regelmäßig im Gerichtssaal. Tatsächlich sind die polizeilichen Abteilungen, welche die V-Personen führen, regelmäßig von den ermittelnden Dezernaten personell (und meist auch räumlich) getrennt. In der Theorie soll die VP-Führung eigentlich nicht den Ermittlungsstand der ermittelnden Behörde kennen. VP-Führer berichten im Gerichtssaal denn auch regelmäßig, dass sie über Art, Ausmaß und Umfang der Ermittlungen, zu denen ihre V-Person beiträgt, nicht informiert sind, insbesondere auch keine diesbezügliche Aktenkenntnis haben. Sie können daher regelmäßig auch nicht ausschließen, dass die V-Person, welche ihnen anonymisiert Informationen übermittelt, nicht auch von der die Ermittlung führenden Dienststelle als Zeuge unter Klarnamen vernommen wird. Dies ist deswegen intrikat, weil später die Verfahrensbeteiligten den Eindruck vermittelt bekommen können, dass sie mit *zwei* personalen Beweismitteln konfrontiert sind, nämlich zum einen einer anonymen V-Person, aber dann auch mit einem namentlich bekannten Zeugen, der die VP ggfls. in Teilen bestätigt. In Wahrheit handelt es sich tatsächlich jedoch nur um *ein* personales Beweismittel, nämlich eine Person, die einmal indirekt durch die VP-Führung in die Hauptverhandlung unerkannt Informationen einführt und zum anderen dies „normal“ als namentlich bekannter Zeuge tut. Dem Gericht bleibt die Personalunion der vermeintlich zwei Beweismittel in diesen Konstellationen verborgen. Dies ist vor allem deshalb von Belang, weil nach der Rechtsprechung auf die Aussage einer V-Person allein eine Verurteilung nicht gestützt werden kann, es sei denn, es gebe außerhalb ihrer Aussage bestehende Indizien von Gewicht, welche die V-Personenerklärung bestätigen würden. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass diese Anforderung der Rechtsprechung leerläuft, wenn die gleiche Person sich quasi selbst bestätigt und sei es nur in Teilen, weil sie vermeintlich „heikle“ Inhalte nur anonymisiert preisgab, ihre eigene verdeckte

Aussage indes als Zeuge namentlich in anderen, vermeintlich weniger heiklen Teilen bestätigt.

5.

Bei einer legislativen Kodifizierung des V-Personenwesens ist insbesondere Bedacht auf die Rechtsprechung des EGMR zu nehmen. Dieser fordert, gerade weil der Einsatz von Vertrauenspersonen wie vorstehend beschrieben das naheliegende Risiko einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation birgt, staatlicherseits Vorkehrungen zu treffen, damit es nicht zu einer solchen kommt. Dies wäre auch als Auftrag an den Gesetzgeber bei einer Normierung von VP-Einsätzen de lege ferenda zu verstehen. Der EGMR judiziert regelmäßig, dass, weil der Einsatz von Vertrauenspersonen (die zumeist nach Erfolg bezahlt werden) das Risiko von rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen inhärent und staatlich veranlasst ist, dass

> *„soweit die vom Angeklagten vorgebrachten Behauptungen nicht völlig unplausibel sind [dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation stattgefunden haben kann, Anmerkung des Unterzeichners], hat die Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass keine Tatprovokation stattgefunden hat. In der Praxis könne es so sein, dass die Behörden diese Beweispflicht nicht erfüllen können, wenn die verdeckte Maßnahme nicht förmlich genehmigt und überwacht wurde (s. Bannikova, Rn. 48). Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit eines eindeutigen und vorhersehbaren Verfahrens für die Genehmigung von Ermittlungsmaßnahmen sowie deren ordnungsgemäße Überwachung unterstrichen. Bei verdeckten Maßnahmen hielt er die gerichtliche Überwachung für das am besten geeignete Mittel (s. Bannikova, Rn. 49, 50; und Matanovic, Rn. 124; vgl. auch Edwards und Lewis, Rn. 46 u. 48)“.*

Soweit der EGMR hier eine enge richterliche Überwachung für das am besten geeignete Mittel hält diese Risiken zu minimieren, widerstreitet dies den Prinzipien des deutschen Strafverfahrensrechts, in welchem gem. § 160 StPO die Staatsanwaltschaft die Herrin des Ermittlungsverfahrens ist. Da es ihr nach dem EGMR obliegt, im Falle einer im Raum stehenden Tatprovokation zu beweisen, dass eine solche gerade nicht stattgefunden hat, wäre es nur – wie bereits oben unter **2.** dargetan – konsequent, sie auch de lege ferenda mit der unmittelbaren Überwachung der V-Personen zu befassen und in die Verantwortung zu nehmen.

6.

Des Weiteren ist in einer künftigen gesetzlichen Regelung die Aktenführung hinsichtlich der V-Person zu determinieren und zu kodifizieren. Gegenwärtig ist es so, dass es zumeist keine „ordentlichen“ Vernehmungsprotokolle der V-Personen gibt. Stattdessen sind in den Akten entweder die Äußerungen der VP zusammenfassende Vermerke ihrer VP-FührerIn enthalten, welche diese der V-Person regelmäßig auch nicht mehr etwa zum Gegenlesen oder zur Genehmigung vorlegt. Gleiches gilt für sog. „Quellenvernehmungen“, welche der Aufmachung nach zwar Vernehmungsprotokolle sind, die von der V-Person aber ebenfalls nicht gegengezeichnet werden.

Daneben existieren indes regelmäßig dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten inklusive der Staatsanwaltschaft vorenthaltene sog. „Treffberichte“,[11] welche zwar ebenfalls die Informationsabschöpfung der V-Person betreffen, jedoch nicht zu den Verfahrensakten gelangen, sondern in der Dienststelle der VP-Führung als Verschlusssache – „Nur für den Dienstgebrauch“ – abgeheftet werden. Diese Verfahrensweise widerstreitet dem Prinzip der Aktenvollständigkeit. Erneut sei der Bundesgerichtshof NStZ 2014, 277, dort Rn. 46, zitiert, wenn er ausführt:

> *„Es steht nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, ob sie strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen in den Akten vermerken und zu welchem Zeitpunkt sie dies tun. Das Tatgericht muss den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können. Dies ist kein Selbstzweck, sondern soll die ordnungsgemäße Vorbereitung durch das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten gewährleisten (...). Zudem muss in einem Rechtsstaat der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden.“*

Auch wenn dieses Zitat sich nicht auf die sog. Treffberichte bezieht, sondern Leitlinien eines rechtsstaatlichen Verfahrens verdeutlicht, sollte es um so mehr Richtschnur bei der überfälligen legislativen Inangriffnahme der Regelung des VP-Wesens sein.

[11] Als Treffberichte bezeichnete übrigens gleichlautend die Stasi ihre Vermerke über Zusammenkünfte mit ihren sogenannten Informellen Mitarbeitern.

7.

Es ist mehr als überfällig, dass der Gesetzgeber sich der Thematik einer gesetzlichen Regelung des strafprozessualen Einsatzes von V-Leuten gründlich annimmt und diese unter Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kodifiziert. Die hier gemachten Ausführungen verstehen sich dabei als essentialia negotii gerade auch aus Sicht eines Praktikers. Die Frage, ob es eines rechtsstaatlichen Verfahrens würdig ist, private Spitzel auf Bürger anzusetzen, hat der Gesetzgeber und nur er zu entscheiden und nicht wie bislang eine sich selbst überlassene Praxis quasi nach Belieben auszugestalten.

Hierbei geht es auch keinesfalls um deklaratorische Regulierungen eines lässlichen Bagatellthemas, sondern um reale Gefahren für die Wahrheitsfindung und hiermit verbunden die reale Gefahr von Fehlurteilen zu Lasten Unschuldiger. Dieses Risiko verdeutlicht der Blick auf amerikanische Untersuchungen, nach denen 15% nachgewiesener Fehlurteile auf der Wirkung staatlich verpflichteter Spitzel beruhen.[12] Die Definition eines amerikanischen Spitzels (snitch) entspricht nicht derjenigen eines V-Manns. Gemein ist beiden indes, dass sie gegen oder in der Hoffnung auf Vorteile dem Staat inkriminierende Informationen gegen Dritte andienen.

Gez. Conen, 23.3.2021

[12] s. Nachweise bei www.innocenceproject.org sowie auch die Studie des Center on wrongful conviction: „The snitch system: How incentivized Witness put 38 innocent Americans in death row."

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Fachbereich Rechtswissenschaft · Theodor-W.-Adorno Platz 4 · D-60629 Frankfurt am Main

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie

Professor Dr. Matthias Jahn
Richter am Oberlandesgericht

Theodor-W.-Adorno Platz 4 (RuW 4.123)
D - 60629 Frankfurt am Main

Tel.: + 49 (0) 69. 798-34336 (Sekr. Heike Brehler)
Fax: + 49 (0) 69. 798-34521
E-Mail: sekretariat-jahn@jura.uni-frankfurt.de
Web: www.jura.uni-frankfurt.de/jahn

Schriftliche Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages

zu

a) dem Antrag der Abgeordneten Benjamin Strasser, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis sowie weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP:
Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln – **BT-Drs. 19/25248**

b) dem Antrag der Abgeordneten Niema Movassat, Friedrich Straetmanns, Dr. André Hahn sowie weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE:
Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen –
BT-Drs. 19/25352

am
24. März 2021

IGW
INSTITUT FÜR DAS
GESAMTE WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT

RuPS
RECHT UND PRAXIS
DER STRAFVERTEIDIGUNG

Inhalt

Seite

A. Einleitung 3

B. Die lex lata: Fehlende parlamentsgesetzliche Grundlage, Spaltprozesse in der Rechtsprechung 7

I. Strafprozessuales Gesetzgebungsdefizit 7

II. Bipolare Rechtsprechung 9

III. Zwischenfazit 10

C. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in der StPO – und die Rechtsfolgen bei Verzug des Gesetzgebers 10

I. Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Praxis mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG 13

1. Zur gesetzgeberischen Handlungsverpflichtung 13

2. Zwischenergebnis 16

II. Kein schutzwürdiges Interesse an staatlicherseits „brauchbarer Illegalität“ 17

1. Luhmann revisited 17

2. Zwischenergebnis 19

D. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation 19

I. Festlegung konkreter Einsatzvoraussetzungen 20

1. Legaldefinition der Tatprovokation 20

2. Mindesterfordernis des Tatverdachts 20

3. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Erfordernis der Wiederholungsgefahr 21

4. Subsidiaritätsklausel 22

5. Verbot des Quantensprungs 22

6. Begrenzung der Einwirkungsintensität 22

7. Vorbehalt richterlicher Zustimmung 23

II. Ausdrückliche Regelung des Verfahrenshindernisses als strafprozessuale Konsequenz rechtsstaatswidriger Tatprovokation 23

III. Entwurf eines § 110[e] StPO n.F. 25

E. Neuere Entwicklungen zur Frage der Regelungsbedürftigkeit der Tatprovokation und des VP-Einsatzes 26

F. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung 29

Ich beziehe mich, auch mit Blick auf die kurze Ladungsfrist,* zunächst in vollem Umfang auf den Beitrag „**Notwendigkeit und Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im deutschen Strafprozess**“.** Der dort ausformulierte und begründete Vorschlag liegt meiner heutigen Stellungnahme im Wesentlichen (**A.-D.**) zugrunde. Er wird ergänzt (**E.**) durch ein Schlaglicht auf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* in der Rechtssache *Akbay u.a.* sowie abschließende generelle Überlegungen zur strafgesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen der Polizei.

A. Einleitung

Agent provocateur, Lockspitzeleinsatz oder Tatprovokation – wie man die Ermittlungstechnik auch nennen mag, sie gehört heute in bestimmten Kriminalitätsbereichen zum Alltag der Strafverfolgung. Ausgewählte Zielpersonen werden von Verdeckten Ermittlern (VE), Vertrauenspersonen (VP) oder nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP) zur Vornahme einer Straftat veranlasst, um sie dieser in der Folge *in flagrante delicto* überführen zu können. Vom politischen Strafrecht aus, wo das Phänomen seinen Ursprung nahm, hat sich der Schwerpunkt der Einsätze heute auf den Bereich der Drogenkriminalität verlagert,[1] aber auch der bizarre Fall eines minderjährigen Alkoholscheinkäufers zur Kontrolle von

* Das Ladungsschreiben datiert auf den 17.03.2021.

** *Matthias Jahn*/*Yannic Hübner* StV 3/2020, 207-213.

1 Nach *Kreuzer* FS Schreiber, 2003, S. 225 (232) hat ein LKA-Mitarbeiter etwa den Scheinkauf von Betäubungsmitteln als Ziel von 80 % der polizeilichen Rauschgiftermittlungen bezeichnet; zur Unverzichtbarkeit des Scheinkaufs von BtM bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität vgl. LK-StGB/*Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 64 („unumgänglich und nicht missbilligenswert“). Zum historischen Hintergrund vgl. *Rainer Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 16.

Jugendschutzvorschriften ist bekannt geworden.[2] Zulässigkeit und gesetzliche Zulassung von Tatprovokationen werden derzeit für die Strafverfolgung im Darknet diskutiert[3] und im Kontext des **Cybergrooming** hat der Bundesrat kürzlich die gesetzliche Zulassung des verwandten Phänomens der **„Keuschheitsprobe“** zum Eindringen in abgeschottete Foren gefordert,[4] einem Ansinnen, dem der Bundesgesetzgeber offenbar […] nachkommen will.[5] Insgesamt steht derzeit eine grundsätzliche gesetzgeberische Debatte auf Bundesebene über eine strafprozessuale Ermächtigung für den Einsatz von Vertrauenspersonen ins Haus. […]

Die rechtlichen Grenzen verdeckter Ermittlungen sind im letzten […] Jahr wieder in das Blickfeld der Rechtspolitik gerückt. Bereits am 07.11.2019 hat die **90. Justizministerkonferenz** auf ihrer Herbsttagung rechtssichere Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen gefordert und das Bundesministerium

---

2 OLG Bremen NZWiSt 2012, 465 m. Anm. *Waßmer*. Zum Phänomen („schnell verwehter Hauch eines Albtraums“) bereits *Lüderssen*, in: Rechtsfreie Räume?, 2012, S. 369 (370).

3 Vgl. *Benjamin Krause* NJW 2018, 678 (680); *Ihwas* WiJ 2018, 138 (145 f.); *Ceffinato* JuS 2019, 337, 342 f.

4 Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings, BT-Drs. 19/13836, Anlage 2, S. 14: „Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Verbesserung des Schutzes von Kindern vor sexueller Ausbeutung erfordert eine gesetzliche Regelung der sogenannten Keuschheitsprobe beim Einsatz Verdeckter Ermittler bei strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Bereich der Kinderpornografie“.

5 Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung auf BT-Drs. 19/13836, S. 16 die Prüfung des „Keuschheitsproben“-Regelungsvorschlags zugesagt. Zustimmend *Safferlin*g DRiZ 2018, 206 f.; krit. zum Ganzen – neben einigen der Stellungnahmen in der Bundestags-Sachverständigenanhörung vom 06.11.2019 – *J. Lederer*, „Der Gesetzgeber geht zu weit“, lto.de v. 03.12.2019. [§ 176 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 4 Nr. 3 StGB stellt den Versuch des »Cybergroomings« seit dem 13.03.2020 unter Strafe, wenn der Täter anstatt mit einem Kind irrig mit einer computergeschaffenen Phantomfigur kommuniziert, was Strafbarkeitslücken schließt, wenn verdeckt agierende Polizeibeamte zu Ermittlungszwecken in sozialen Netzwerken als Kinder auftreten, vgl. BT-Drs. 19/13836, S. 10].

der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) aufgefordert, auf den Abschluss des von der **StPO-Expertenkommission** bereits vier Jahre zuvor erteilten Prüfauftrags zur Einführung einer gesetzlichen Regelung hinzuwirken.[6] Das Ziel des JuMiKo-Vorstoßes ist ersichtlich die Vorlage eines Berliner Regelungsentwurfs zum VP-Einsatz.[7] Dieselbe **StPO-Expertenkommission** hatte sich 2015 ebenso **für** eine **gesetzliche Regelung der Tatprovokation** ausgesprochen. Bei jener Problematik handele es sich um eine „Kernfrage des Rechtsstaats", die eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers erfordere.[8] Und auch im aktuellen **Koalitionsvertrag** vom 12.03.2018 fand das Thema in der Folge Niederschlag: Als Teil des angekündigten „Pakt[s] für Rechtsstaat" soll **gesetzgeberischer Handlungsbedarf** einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation **geprüft** werden.[9] Nachdem inhaltlich dann lange Zeit nichts geschehen war, platzierte die Bundestagsfraktion „Die Linke" das Thema mit einer **Kleinen Anfrage** an die

---

6 Tatsächlich hatte der erste, nie offiziell publizierte BMJV-Vorentwurf („Rohentwurf" v. 11.01.2016) eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens den Versuch einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen unternommen; in den §§ 110a ff. StPO-RohE sollten VE und VP entgegen der Leitentscheidung BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228 einfach parallel geregelt werden. Schon im anschließenden Referentenentwurf allerdings wurde dieser Ansatz richtigerweise nicht mehr weiterverfolgt.

7 TOP II.8: „Sie bitten die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, auf den Abschluss der bereits eingeleiteten Prüfung eines etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs hinzuwirken und gegebenenfalls einen Gesetzentwurf zur Gewährleistung eines rechtssicheren Einsatzes von V-Personen vorzulegen" (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/191107_beschluesse/TOPII_8.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 01.01.2020).

8 *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (2015), S. 84 ff. Im Vordergrund stand dabei die Überlegung, das **Verbot rechtsstaatswidriger Tatprovokation und** deren **verfahrensrechtliche Folgen** gesetzlich zu regeln; der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass […] *Verf.* Mitglied der Kommission war.

9 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 123.

Bundesregierung (BReg)[10] im Dezember 2019 wieder höher auf der politischen Agenda des Bundestags.

Die jüngsten Entwicklungen geben […] Anlass, mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des *agent provocateur*-Einsatzes hinzuweisen und für eine Lösung der mit ihm verbundenen rechtlichen Fragen einzutreten.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage (**B.**) bedeutete die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage nicht nur einen Gewinn in puncto Rechtssicherheit und Transparenz. Sie böte darüber hinaus die Möglichkeit, den seit Jahrzehnten auf den höchsten Ebenen der Rechtsprechung und in der Literatur schwelenden Streit um die strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation unmittelbar demokratisch legitimiert rechtspolitisch zu klären. Mehr als das ist eine spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung jedoch aus Gründen des Gesetzesvorbehaltes verfassungsrechtlich notwendig (**C.**). Der hier unterbreitete Vorschlag (**D.**) will als – erneute, über die Jahrzehnte immer wieder laut gewordene[11] – Bekräftigung der Notwendigkeit eines Gesetzes zur Frage der Tatprovokation durch VPen verstanden werden. Diese Frage kann nicht mehr nur deshalb weiter an das Ende der Legislaturperiode verschoben werden, weil eine rechtspolitische Einigung schwierig ist. Zugleich soll ein Diskussionsentwurf zum „*Wie*“ eines strafprozessualen VP-

[10] BT-Drs. 19/15914 v.12.12.2019; die Antwort der BReg lag bei [der damaligen] Abfassung [des] Manuskripts noch nicht vor.

[11] Vgl. bereits *Ostendorf*/*Meyer-Seitz* StV 1985, 73 (80); *Jahn* ZStW 127 (2015), 549 (577 ff., 598 ff.); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (64); *Norouzi* AnwBl. Online 2018, 290 (291); *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 39 ff.; *C. Schmidt*, Grenzen des Lockspitzeleinsatzes, 2016, S. 44 ff.; *v. Danwitz*, Staatliche Straftatbeteiligung, 2005, S. 142. Zur gesamten Entwicklung in der ersten Phase (seit dem bahnbrechenden Beitrag von *Lüderssen* FS K. Peters, 1974, S. 349) vgl. *dens.,* in: *ders.* (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 1 ff.; danach *ders.*, in: Rechtsfreie Räume? (Fn. 2), S. 337 (338 ff.).

Gesetzes vorgelegt werden, um den Einigungsprozess auf Basis heutiger wissenschaftlicher Erkenntnisse voranzubringen.

B. Die lex lata: Fehlende parlamentsgesetzliche Grundlage, Spaltprozesse in der Rechtsprechung

I. Strafprozessuales Gesetzgebungsdefizit

Der Ausgangspunkt für den Bundesgesetzgeber ist eine *tabula rasa*.

Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den *agent provocateur*-Einsatz existiert derzeit noch nicht. Zwar sieht § 110c StPO eine eng begrenzte Regelung für die Befugnisse Verdeckter Ermittler zum Betreten von Wohnungen unter ihrer Legende vor. Eine Berechtigung zur Provokation von Straftaten ist darin jedoch nicht enthalten und die Umkehrschlussfähigkeit der Vorschrift ist, ungeachtet des Generalverweises in § 110c S. 3 StPO („Im übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften"), Gegenstand methodisch anspruchsvoller Auslegungskontroversen. Da die Interessenlage beim Einsatz Verdeckter Ermittler, die im Wesentlichen passiv tätig werden, mit dem Vorgehen des *agent provocateur* nicht vergleichbar ist, scheidet auch eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO aus.[12] Ferner enthalten für den **präventiven Bereich** etwa **§ 9b BVerfSchG** und **§ 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG** spezielle Bestimmungen für den VP-Einsatz.[13] Sie können jedoch weder zu repressiven Zwecken

[12] Näher BGHSt 41, 42 (44 f.) = StV 1995, 228; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 98 ff. m.w.N.

[13] Mit **Ausnahme von Sachsen** enthalten **auch die Landespolizeigesetze ausdrückliche Regelungen** über Vertrauenspersonen, vgl. etwa § 16 HSOG (Hessen), § 36 Nds. PolG (Niedersachsen), Art. 38 BayPAG (Bayern), § 22 Abs. 1 Nr. 5 POG (Baden-Württemberg), § 26 ASOG (Berlin), § 19 PolG (Nordrhein-Westfahlen); dazu zusf. *Eisenberg* GA 2014, 404 (417).

der Strafverfolgung herangezogen werden[14] noch ermächtigen sie zu tatprovozierenden Handlungen.[15] Gerade umgekehrt verschärft ihre schiere Existenz die Frage danach, warum es keine vergleichbaren strafprozessualen Ermächtigungen gibt.[16] Die Rechtsprechung behilft sich heute noch immer mit einem **Rückgriff auf** die **Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO**. Getrieben ist diese Auslegung des ebenso vagen wie porösen Tatbestandsmerkmals „Ermittlungen jeder Art“ von der Überzeugung der kriminalistischen Notwendigkeit des Einsatzes, um dem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden zu können.[17] Zur Konkretisierung dieser Mission hat sie eine Reihe von Zulässigkeitskriterien entwickelt, die im Schrifttum vor allem wegen ihrer Unübersichtlichkeit[18] und wegen Konflikten mit

---

14 Ausf. *B. Gercke* StV 2017, 615 (624).

15 Ausdrücklich sehen § 36 Abs. 3 Nds. PolG (Niedersachsen) und Art. 38 Abs. 4 BayPAG ein Verbot der Provokation von nicht zur Straftatbegehung bereiten Personen sowie zu Straftaten mit erheblich höherem Strafmaß vor.

16 Vgl. zu **§ 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG** *Jahn* JuS 2014, 371 (373); anderer Akzent aber in der fachgerichtlichen Entscheidung zum *Bremerhavener Kokainschmuggelfall* dazu sogleich nochmals unter **B.II.**) BGH StV 2014, 321 (324 Tz. 38): Die Vorschrift lege „nicht nahe, der Gesetzgeber habe durch diese – sich auf die dem BKA in § 4a Abs. 1 BKAG übertragenen Aufgaben beziehende – Teilregelung einen nicht ausdrücklich gesetzlich normierten Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen des Strafverfahrens als nicht mehr zulässig ansehen wollen. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers lässt sich insbes. den Materialien nicht entnehmen“. Indes hat der Bundesgesetzgeber vor mittlerweile mehr als einem Jahrzehnt gerade an den vom *5. Strafsenat* zitierten Stellen auf BT-Drucks. 16/10121 S. 16, 25 ausdrücklich besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen wie weitgehende Richtervorbehalte und enge zeitliche Beschränkungen verlangt, wenn VPen durch das BKA zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden. Solche Grundrechtssicherungen durch Verfahren sind der StPO und den RiStBV bis heute fremd. Dass sich der *BGH* mit diesem handfesten Verfassungsproblem in kaum angemessener Prüfungsintensität auseinandergesetzt hat, nimmt dem Urteil vom 11.12.2013 viel an Überzeugungskraft.

17 Vgl. BVerfGE 57, 250 (284) = StV 1981, 381 (zu VP); BVerfG (*3. Kammer* des *2. Senats*), NJW 1987, 1874 (1875); BGHSt 32, 345 (346) = StV 1984, 321; 45, 321 (324) = StV 2000, 57; 60, 276 (286) = StV 2016, 70 sowie BT-Drs. 14/1484, S. 23 (zum Scheinaufkauf von Betäubungsmitteln); *Lesch* JR 2000, 334 (337 f.).

18 *Braum*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 13 (15) spricht

den vom *EGMR* entwickelten Maßgaben[19] auf Kritik gestoßen sind.

II. Bipolare Rechtsprechung

Ferner ist die derzeitige Rechtslage entscheidend geprägt von einem **inneren Zwiespalt der Rechtsprechung** bei der Frage nach den speziellen strafprozessualen Konsequenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation.

Bekanntlich haben sich mit dem *2. Strafsenat* des *BGH*[20] und dem *EGMR* in der wegweisenden Entscheidung *Furcht ./. Deutschland*[21] Befürworter eines **Verfahrenshindernisses bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation** positioniert. Die Fraktion auf der anderen Seite bilden – in der amtlichen Sammlung BGHSt einige Seiten davor abgedruckt – der *1. Strafsenat* des *BGH*[22] sowie eine *Kammer* des *BVerfG* im Bremerhavener Kokainschmuggelfall.[23] Beide Spruchkörper vertreten den Grundsatz der **Strafzumessungslösung**, nach der eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nur zu einem gewichtigen und schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund führt, also

mit Blick auf die geheimen Ermittlungsmethoden von einem „Dickicht“ an Richterrecht.

19 Vgl. *F. Meyer*/*Wohlers* JZ 2015, 761 (769); krit. zu den Zulässigkeitstopoi des EGMR *Sinn*/*Maly* NStZ 2015, 379 (381).

20 BGHSt 60, 276 = StV 2016, 70 (Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14). Einer Lösung über die bloße Annahme eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots zuneigend ursprünglich noch *EGMR* NStZ 1999, 47 (48) m. Anm. *U. Sommer – Teixeira de Castro ./. Portugal*; *Kinzig* StV 1999, 288 (292); *Chr. Jäger*, Beweisverwertung u. Beweisverwertungsverbote, 2003, S. 211. S. auch die Nachw. unten unter **D.II**.

21 EGMR StV 2015, 405 m. Anm. *Pauly – Furcht ./. Germany* (Urt. v. 23.10.2014 – Beschwerde-Nr. 54648/09).

22 BGHSt 60, 238 = StV 2016, 78 (Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15), vorher schon st. Rspr., vgl. BGHSt 32, 345 (348 ff.) = StV 1984, 321; 45, 321 (332 ff.) = StV 2000, 57 m. krit. Anm. *Endriß*/*Kinzig* NStZ 2000, 271; zahlr. weitere Nachw. zur ält. Rspr. bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 148a.

23 BVerfG (*2. Kammer* des *2. Senats*) StV 2015, 413 m. abl. Anm. *Jahn* JuS 2015, 659. Zusf. zur Kritik *Eschelbach* GA 2015, 545 (559).

lediglich im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung (vgl. § 46 StGB) zu berücksichtigen sei. Zwar sind im letzten Jahrfünft keine weiteren Verwerfungen und Spaltprozesse in der Rechtsprechung mehr auffällig geworden. Indes ist der derzeitige bipolare Rechtszustand für **OK- und BtM-Dezernentinnen und -Dezernenten der Staatsanwaltschaft** dauerhaft ebenso **schwer zumutbar** wie für die **Tatrichter bei** den **Landgerichten**. In der derzeitigen **judikativen Kakophonie** ist für alle Beteiligten in der Instanz schwer antizipierbar, welches Höchstgericht den Ton angibt. Erfahrungsgemäß führt dies in der Justizpraxis zu **Frustration und Indolenz.**

III. Zwischenfazit

Die Regelungsbedürftigkeit des *agent provocateur*-Einsatzes im Strafverfahren drängt sich insgesamt bereits aus rechtspolitischen und -praktischen Gründen auf. Das **„Vertrauen in den Rechtsstaat“**, das große Wort, das der **Koalitionsvertrag** im Munde führt,[24] würde durch eine gesetzliche Klarstellung der Einsatzvoraussetzungen und -folgen tatsächlich substanzielle Stärkung erfahren, wenn und soweit die Regelung ihrerseits rechtsstaatlich Maß hält.

C. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in der StPO – und die Rechtsfolgen bei Verzug des Gesetzgebers

Indes ist der Gesetzgeber bei der Beantwortung der Frage nach dem „*Ob*“, aber auch dem „*Wann*“ einer StPO-Regelung der Tatprovokation aus Gründen höherrangigen Rechts nicht mehr frei; er **schuldet dieses Gesetz**. Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage erscheint [..] aus

[24] Koalitionsvertrag (Fn. 9), S. 123.

Gründen des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung der **Wesentlichkeitstheorie** zwingend.[25]

Dies führt neben der besonderen zeitlichen Dringlichkeit des Vorhabens auch zu unangenehmen Folgefragen für – und zugleich an – die Strafverfolgungspraxis. Sie stellen sich genau dann, wenn der **Gesetzgeber trotz erkannten *verfassungsrechtlichen* Regelungsdefizits** weiterhin **untätig bleibt**. Hier kann die Fairness dennoch durchgeführter Strafverfahren auf dem Prüfstand stehen – und dies unabhängig davon, ob die ***EGMR*-Warnsignale** wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Einzelfall tatsächlich anschlagen. Der Fairnessverstoß resultiert nicht erst aus der konkreten Tatprovokation der zweiten Gewalt als solcher, sondern bereits aus der staatlichen Untätigkeit der ersten Gewalt trotz evidenten Regelungsbedürfnisses und jederzeit abrufbarer politischer Regelungsmöglichkeit.

Grundrechtsdogmatisch kann es sich um einen Fall sog. **echten Unterlassens des Gesetzgebers** handeln. Bereits einfach-rechtliche Vorschriften wie die §§ 92, 95 Abs. 1 BVerfGG machen deutlich, dass nach den eigenen Vorstellungen des Gesetzgebers auch ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt z.B. Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann. Infolgedessen hat auch das *BVerfG* die Rügbarkeit gesetzgeberischen Unterlassens, wenn auch in relativ engen Grenzen, grundsätzlich akzeptiert. Der Gesetzgeber muss dann trotz eines ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrages, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen umgrenzt, gänzlich

[25] Vgl. dazu auch bereits *Dencker* FS Dünnebier, 1982, S. 447 (457); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (63 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 85 f.

untätig geblieben sein.[26] In neueren Entscheidungen hat das *Gericht* darüber hinaus individuelle Rechte auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten anerkannt.[27] Beide Wurzeln des Anspruchs auf gesetzgeberisches Tätigwerden könnten im *agent provocateur*-Kontext aktiviert werden.

Das zentrale Argument einer dezidiert *fair trial*-skeptischen **Gegenmeinung** in der bis 2015 ständigen Strafrechtsprechung des *BGH*[28] – wegen der Unbestimmtheit des Prinzips sei aus Gründen der Rechtssicherheit die Annahme eines Verfahrenshindernisses durch die Rechtsprechung *praeter legem* prinzipiell ausgeschlossen –, ist durch mancherlei Konkretisierungen in der Rechtsprechung, nicht zuletzt im **Bonner Tatprovokationsfall** durch das in BGHSt 60, 276 (282 Tz. 18 ff.) = StV 2016, 70 veröffentlichte, bahnbrechende Urteil, heute so **kaum mehr vertretbar**.[29] Angesichts offensichtlich grober Verstöße gegen auf Freiheit und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugungen, deren Eingriffsintensität jenseits derjenigen liegt, die § 338 StPO zum absoluten Revisionsgrund erhebt, kann die Einstellung

[26] BVerfGE 11, 255 (261 f.); Nachw. zur (überwiegend zustimmenden) Diskussion im verfassungsprozessualen Schrifttum bei *Jahn*/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017, Rn. 106 ff.

[27] BVerfGE 39, 1 (41); 49, 89 (141 f.); 56, 54 (73); 88, 203 (251 f.) sowie auch (unter Betonung des Art. 19 Abs. 4 GG) BVerfGE (*Plenum*) 107, 395.

[28] Vgl. BGHSt 32, 345 (350) = StV 1984, 321; 33, 283 f. = StV 1985, 398; 37, 10 (13) = StV 1990, 295; 42, 191 (193) = StV 1996, 521; 45, 321 (333 f.). = StV 2000, 57.

[29] Davor schon in OLG Rostock StV 2011, 220 (221); LG Bremen StV 2011, 223 (Ls) und, allen voran, das berühmte *Schmücker*-Urteil des LG Berlin, dessen Abdruck [der *Strafverteidiger*] seinerzeit ein ganzes Heft gewidmet hat: StV 1991, 371 (397); dazu auch *Jahn* NJW-Festheft Tepperwien, 2010, S. 25.

in jeder Lage des Strafverfahrens nach den §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO geboten sein.[30]

I. Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Praxis mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG

1. Zur gesetzgeberischen Handlungsverpflichtung

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gilt bekanntlich als „zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips“[31]. Er wird vorwiegend in der Bindungsklausel des Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG verortet.[32] Das *BVerfG* hat unterstrichen, dass der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat (**Wesentlichkeitstheorie**).[33] Daraus folgt für das Parlament ein „**Delegationsverbot**“[34]. Es gilt in Richtung der dritten Gewalt und auch für den Sachbereich des Strafprozessrechts.[35] Kehrseitig entfaltet es seine Wirkung für die vollziehende Gewalt als Verbot, ohne wirksame gesetzliche Grundlage tätig zu werden. Die **derzeitige Praxis strafprozessualer Ermittlungen**, die die

[30] *Jahn* ZStW 127 (2015), 549 (576); *Saliger* ZStW 116 (2004), 35 (61); *Rieß* JR 1985, 45 (48); *Roxin* FG 40 Jahre BGH, 1991, S. 66 (85); LR-StPO/*Kühne*, 27. Aufl. 2016, Einl. I Rn. 116; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 224; *Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006, S. 134.

[31] Dreier-GG/*Schulze-Fielitz*, 3. Aufl. 2018, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 105.

[32] BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126); BVerwGE 109, 29 (37); Sachs-GG/*Sachs*, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 114 m.w.N.

[33] St. Rspr.: BVerfGE 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126); 84, 212 (226); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 123, 39 (78); grdlg. BVerfGE 33, 125 (158 f.). Krit. VerfGH NRW NJW 1999, 1243 (1244) m. zutr. abl. Anm. *E.-W. Böckenförde* NJW 1999, 1235 (1236).

[34] Maunz/Dürig-GG/*Grzeszick*, 88. EL 08/2019, Art. 20 Rn. 106.

[35] Sachs-GG/*Sachs* (Fn. 32), Art. 20 Rn. 113 m.w.N. Speziell für das Strafverfahrensrecht *B. Gercke* StV 2017, 615 (621); *Jahn* ZStW 118 (2006), 427 (429 ff.); LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 60 f. u. 92; *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 32 ff.

Tatprovokation auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO stützt, wird diesen **Anforderungen nicht gerecht**.[36] Der Einsatz greift *per se*, auch in seinen schlichtesten Formen, in den Schutzbereich zahlreicher Grundrechte ein.

Zu verzeichnen sind im Einzelnen Beeinträchtigungen des Rechts auf soziale Integriertheit[37] und des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**, jeweils als Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der allgemeinen Handlungsfreiheit, des Sozialstaatsprinzips und des im **Recht auf** ein **faires Verfahren** oder in einem Grundrecht auf Verteidigung verankerten ***nemo tenetur*-Grundsatzes**. Für die Beurteilung der den Gesetzgeber zur Entscheidung verpflichtenden Wesentlichkeit nimmt derweil nicht nur das Vorliegen, sondern gerade auch die Intensität der multiplen Grundrechtsbeeinträchtigungen eine herausgehobene Stellung ein. Weitere, hier ebenfalls anschlagende Indikatoren,[38] bilden die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, die individuelle oder kollektive Langzeitwirkung des Handelns, die Größe des Adressatenkreises und die Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit der gesetzlichen Regelungswirkung.

---

[36] Im Ergebnis ebenso bereits *BMJV* (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission (Fn. 8), S. 86; *Hefendehl* StV 2001, 700 (704); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (63); *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 369 u. 377; LR-StPO/*Hauck*, 27. Aufl. 2019, § 110a Rn. 14; SSW-StPO/*Eschelbach*, 3. Aufl. 2018, § 110a Rn. 11; MüKo-StPO/*R. Günther*, 2014, § 110a Rn. 29; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 80 ff.; *v. Danwitz* (Fn. 11), S. 142. Zur Rechtslage vor der Neufassung der §§ 161, 163 StPO *Dencker*, FS Dünnebier (Fn. 25), S. 447 (457); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (10); *Hillenkamp* NJW 1989, 2841 (2849); *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 105.

[37] Näher hierzu *R. Keller* (Fn. 1), S. 87 ff., der das „subjektive Recht der Bürger auf Wahrung ihrer sozialen Integration“ überzeugend herleitet.

[38] Vgl. Dreier/*Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 m.w.N.

Dass Tatprovokationen die damit geforderte Intensitätsschwelle überschreiten belegt zudem der Vergleich mit bereits vorliegenden Judikaten des ***BVerfG*** zu vergleichbaren Sachmaterien. So hat das *Gericht* in seinem Urteil zum **BKA-Gesetz** im Jahr 2016 dem schlichten Einsatz von **VE oder VPen** ausdrücklich **„sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe“**[39] attestiert.

Im ***Sedlmayr-Beschluss*** vom 01.03.2000 hat es sich darüber hinaus, wenn auch seinerzeit eher im Sinne eines dilatorischen Formelkompromisses in einer singulären Entscheidungssituation – für das Erfordernis einer **speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage** ausgesprochen, wenn „das Vorgehen der Vertrauensleute [...] sich nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter [darstellt], sondern [...] als eine heimliche Befragung einer Aussageperson“[40]. Immerhin: Für die Provokation von Straftaten, deren Eingriffsintensität als aktive Einwirkung auf steuerbares Verhalten des späteren Beschuldigten diejenige einer heimlichen Befragung noch übersteigt, muss diese Forderung erst Recht gelten.

Der heute praktizierte Rückgriff auf die **§§ 161, 163 StPO** vermag jene schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu rechtfertigen. *Björn*

[39] BVerfGE 141, 220 (290) = StV 2016, 413 (Ls.) [„Allerdings umfassen diese … **sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe**, wie etwa … das **Ausnutzen von Vertrauen durch** Verdeckte Ermittler oder **Vertrauenspersonen**] als Andeutung einer „Trendwende“ beim *BVerfG* auch gedeutet von BeckOK-StPO-RiStBV/*T. Engelstätter*, 35. Ed. Stand 01.10.2019, Anl. D RiStBV Rn. 2 a.E.: „Ob es diese Auffassung in einer geeigneten Konstellation auch auf den Einsatz einer V-Person in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren übertragen wird, ist noch offen“. […] *Verf.* [ist] insoweit optimistischer.

[40] BVerfG NStZ 2000, 489 (490) m. krit. Anm. *Rogall* u. krit. Anm. *Weßlau* StV 2000, 468 (471). Zu den unglücklichen Rahmenbedingungen der Entscheidungsfindung in der BVerfG-Kammer nach der schweren Erkrankung des Berichterstatters *Jahn* FS Widmaier, 2008, S. 821 (827 f.).

Gercke, der sich […][41] ebenfalls für eine baldige gesetzliche Regelung des V-Mann-Einsatzes ausgesprochen hat, weist mit Recht noch auf die *ab initio* begrenzte Leistungsfähigkeit der Vorschriften hin. Der StPO-Gesetzgeber selbst hatte sie als **„begrenzte Generalklauseln" für „weniger gewichtige Eingriffe"**[42] konzipiert. Auch der *3. Strafsenat* des *BGH* hat im Jahr 2007 in der wichtigen Entscheidung zur strafprozessualen **Unzulässigkeit der verdeckten Online-Durchsuchung** ausgeführt, dass von der **Ermittlungsgeneralklausel** nur Maßnahmen erfasst seien, die **„lediglich geringfügig in die Grundrechte […] eingreifen"**[43]; diese Aussage ist durch die Einfügung des § 100b Abs. 1 StPO als spezielle Ermächtigung für die StPO-Standardmaßnahme der Online-Durchsuchung zehn Jahre später nicht dementiert, sondern gerade bestätigt worden.

2. Zwischenergebnis

De lege lata ist die **Tatprovokation im Strafverfahren** nach alledem **derzeit** wegen **Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in der Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie verfassungswidrig.**

[41] *B. Gercke* StV 2017, 615 (623) sowie HK-StPO/*ders.*, 6. Aufl. 2019, § 110a Rn. 22.

[42] BT-Drs. 14/1484, S. 16 f.

[43] BGHSt 51, 211 (218 Tz. 21) = StV 2007, 115; zur dem zugrundeliegenden Schwellentheorie auch *B. Gercke* StV 2017, 615 (623); *Jahn*/*Kudlich* JR 2007, 57 (61); *Jahn* FS Karras, 2010, S. 495 (504); *Rogall,* Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 74 ff. Zweifelnd, ob der Rückgriff auf die Generalklausel für ein verdecktes Verhör durch einen noeP ausreicht, die Frage im Ergebnis im Tegeler Bandido-Fall (vgl. *Jahn* StraFo 2010, 117 [120]) aber dahin stehen lassend, BGHSt 55, 138 (143 f. Tz. 18) = StV 2010, 465; vgl. insofern *Jahn* JuS 2010, 832 (833); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 84.

II. Kein schutzwürdiges Interesse an staatlicherseits „brauchbarer Illegalität“

1. Luhmann revisited

Ein gewisser praktischer Nutzen aus dem gegenwärtigen Rechtszustand, nach dem die Einzelheiten des Lockspitzeleinsatzes im Verborgenen bleiben, lässt sich aus Sicht der Strafverfolgung kaum von der Hand weisen. Denn es steht die Befürchtung im Raum, professionell organisierte Milieus könnten ihre Aktivitäten an den Grenzen der Zulässigkeit ausrichten und ihrerseits z.B. **Keuschheitsproben** so **konfigurieren**, dass VPen ihre Mission bei Meidung der Überschreitung offen legen müssten.[44] **Zu viele Formalia** würden den V-Mann-Einsatz entwerten, jedenfalls **erschweren.**

Ein **Graubereich** staatlichen Handelns beim Einsatz von V-Leuten scheint vor diesem Hintergrund ein weiterer Anwendungsfall **brauchbarer Illegalität** zu sein. *Niklas Luhmann*[45] verstand darunter Handlungen innerhalb eines Systems, die zwar die positivierten Regeln überschreiten, aber der Systemstabilität dennoch nützlich sind. Doch ist schon der Grundgedanke bei der Anwendung auf die Welt der Tatprovokation brüchig. Denn wer den kriminellen Milieus das Studium der Rechtsgrundlagen zutraut, der muss ihnen auch eine Analyse der EGMR-Rechtsprechung[46] zutrauen – und das ist exakt die Logik der Normappellfunktion von Rechtsprechung, für die prototypisch die Betonung des Opferschutzes in der Rücktrittsjudikatur der letzten

[44] Dazu bereits *Lüderssen* FS BGH IV, 2000, S. 883 (892) m.w.N.; zur parallel gelagerten Befürchtung bei Keuschheitsproben *Lesch* StV 1993, 94 (95 f.); *Deutscher Richterbund* DRiZ 1991, 457.

[45] Vgl. bereits *Luhmann* VerwArch 55 (1964), 1 (15); kommentierend *K. F. Röhl* FS Heldrich, 2005, S. 1161 (1163 f.). Aufschlussreich dazu im strafprozessualen Kontext *Altenhain*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), 4. Karlsruher Strafrechtsdialog: Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille? 2013, S. 63 (65).

[46] S. oben **B.II**.

Jahrzehnte steht. Ein Versuchstäter, der die goldenen Brücken, die der *BGH* ihm gebaut hat,[47] überhaupt nicht kennt, kann sich von spät erreichten Rücktrittshorizonten und sonstigen Gesamtbetrachtungen zu gar nichts motivieren lassen. Ein Absehen von einer *gesetzlichen* Regelung ersetzt also nicht *verhaltenssteuernde* Regelungen (durch die Rechtsprechung oder Verwaltungsvorschriften wie die Anlage D zu den RiStBV).

In erster Linie allerdings ist das Argument, man solle die **Dinge lieber im Halbdunkeln lassen**, um im Einzelfall passgenau (nach-) steuern zu können, **eines demokratischen Rechtsstaates unwürdig**.[48] Es ist gerade die Heimlichkeit der Maßnahme, die das Bedürfnis des Bürgers erhöht, die Rechtslage zu kennen und – da er sich des Eingriffs nicht erwehren kann – sein Verhalten darauf auszurichten.[49] Genau dies war das **gesetzgeberische Motiv im präventiv-polizeilichen Bereich** bei den Regelungen in den §§ 9b **BVerfSchG**, 28 Abs. 2 Nr. 3 **BPolG**, 20g Abs. 2 Nr. 2 **BKAG**.[50] Dass repressiv-polizeiliches etwas anderes gelten könnte, ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Allenfalls sind, wie im Strafprozessrecht generell, Abstriche bei der Regelungsbestimmtheit gegenüber dem materiellen Recht begründbar.[51]

---

47 Die ursprüngliche Skepsis von BGHSt 9, 48 (52) („Er [der Täter – *die Verf.*] wird oft nicht einmal wissen, noch weniger sich vor Augen halten, daß er sich Straflosigkeit verschaffen kann, wenn er sein verbrecherisches Vorhaben aufgibt“) ist spätestens seit BGHSt (GrS) 39, 221 (232) = StV 1993, 408 nur noch eine Rechts-Geschichte.

48 So auch *B. Gercke* StV 2017, 615 (618).

49 Vgl. *Hund* StV 1993, 379 (380); *Bernsmann*/*Jansen* StV 1998, 217; *Hefendehl* StV 2001, 700 (703); Dreier-GG/*Schulze-Fielitz* (Fn. 31), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 136; *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 84.

50 Oben **B.I**.

51 *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 369 f.; LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 59 ff.

2. Zwischenergebnis

Was am Ende [der] Analyse der *lex lata* einzig Bestand hat, ist die von maßgeblichen Stimmen betonte kriminalistische Notwendigkeit des Einsatzes von VPen,[52] für deren offensichtliche Fehlsamkeit nichts ersichtlich ist. Es ist aber unstreitig,[53] dass allein der Satz **„der Zweck heiligt die Mittel“ nicht** den **Ersatz für** eine **gesetzliche Regelung** zu liefern vermag.

D. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation

Die Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Tatprovokation haben für den provozierten Bürger ebenso wie für den *agent provocateur* verhaltenssteuernde Funktion. So kann es für den Tatprovozierten von der präzisen Grenze der Rechtmäßigkeit abhängen, ob er eine u.U. mehrjährige Haftstrafe zu verbüßen haben wird oder ob das Verfahren gegen ihn wegen eines unbehebbaren Verfahrenshindernisses einzustellen ist. Andererseits braucht der *agent provocateur* eine eigene Strafbarkeit – nur – dann zu besorgen, wenn er die Grenzen des prozessual Erlaubten überschreitet. Doppelfunktionell dient die prozessgesetzliche Regelung zugleich als materiell-strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der insbesondere den allgemeinen strafrechtlichen Notrechten wie § 34 StGB vorgeht.[54]

---

[52] Vgl. nochmals *BVerfGE* 57, 250 (284) = StV 1981, 381; BVerfG (*3. Kammer* des *2. Senats*) NJW 1987, 1874 f.; näher Handbuch BtM-Strafrecht/*C. Nestler*, 1998, § 11 Rn. 378 ff.

[53] *Bruns* NStZ 1983, 49 (51); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (9 f.); *Eschelbach* StV 2000, 390 (391 f.); *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 95 f.; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes (Fn. 36), S. 605.

[54] LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 29), Einl. M Rn. 46 m.w.N.: „Was prozessual erlaubt ist, kann nicht strafbar sein“:

I. Festlegung konkreter Einsatzvoraussetzungen

1. Legaldefinition der Tatprovokation

Die herkömmliche Kurzdefinition eines *agent provocateur* als „derjenige Anstifter, der nur den Versuch der Haupttat will“[55], wird den strafprozessualen Aspekten des Phänomenbereichs nicht gerecht. Nicht nur, dass der auf den Versuchs-„Erfolg“ gerichtete Wille in Konflikt zu den äußerst praxisrelevanten Gefährdungsdelikten im Drogenstrafrecht steht, auch die Beschränkung der Einwirkung auf die Anstiftung (d.h. auf Formen des Bestimmens im Sinne des § 26 StGB) greift vor dem Hintergrund subtiler polizeilicher Handlungsroutinen zu kurz. Demgegenüber sind die begrifflichen Eingrenzungsversuche des *BGH* und des *EGMR* zwar durchaus differenziert.[56] Sie divergieren jedoch in Einzelaspekten, sind schon im Ansatz auf die Frage der Rechtmäßigkeit ausgerichtet und tragen daher wenig zu einer Abgrenzung zu „schlichten“ bzw. passiven Formen verdeckter Ermittlungen bei.

[Vorgeschlagen wird] deshalb […], den Kreis möglicher Provokationshandlungen weit zu fassen und darunter jedes staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses zu verstehen, das den Zweck verfolgt, den Betroffenen wegen der veranlassten Straftat zu überführen.

2. Mindesterfordernis des Tatverdachts

Als Maßnahme der Strafverfolgung, die einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen ist,[57] erweist sich das **Erfordernis des Tatverdachts** als **„nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke“**[58] des *agent provocateur-*

[55] Vgl. bereits *Karge*, Der Agent Provocateur, 1969, S. 11 ff.

[56] S. Nochmals oben **B.II**.

[57] Vgl. BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281; 45, 321 (337) = StV 2000, 57; 47, 44 (48) = StV 2001, 492.

[58] *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (12), *U. Sommer* NStZ 1999, 48 (49).

Einsatzes. Eine bloße „Tatgeneigtheit“ oder der mögliche „Verdacht einer zukünftigen Straftat“– diese Formulierungen finden sich in der Rechtsprechung[59] – vermögen eine Straftatprovokation noch nicht zu legitimieren.[60]

3. Begrenzung des Anwendungsbereichs und Erfordernis der Wiederholungsgefahr

Die erhebliche Eingriffsintensität und der spezielle Zweck der Tatprovokation gebieten es von Verfassungs wegen, den Anwendungsbereich auf bestimmte Kriminalitätsbereiche zu reduzieren. [Vorgeschlagen wird deshalb], den **VE-Deliktskatalog des § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO** heranzuziehen, aber unter Aussparung der Staatsschutzdelikte als Katalogfall mit einer auf gewerbs- oder bandenmäßige Begehungsweisen begrenzten Generalklausel (§ 110d Abs. 1 Nr. 2 StPO-E) der künftigen Kriminalitätsentwicklung Rechnung zu tragen. Dies sollte Kataloghypertrophien wie bei § 100a StPO vorbeugen und zugleich die Gesetzgebung entlasten.[61] Zudem muss die **objektivierbare Gefahr wiederholter Tatbegehung** bereits eine Einsatzvoraussetzung bilden.[62] Der *EGMR*[63] hat insofern betont, dass es Anhaltspunkte dafür geben muss, dass der Betroffene die Tat auch ohne eine Provokation begangen hätte.

---

59 EGMR StV 2015, 405 (407 Tz. 50) – *Furcht ./. Germany*; BGHSt 60, 276 (284 Tz. 24) = StV 2016, 70.

60 So auch *Sieg* StV 1981, 636 (637); *Fischer*/*Maul* NStZ 1992, 7 (10 f.); *U. Sommer* StraFo 2000, 150 (153); *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 168 ff.; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 196 f.

61 Zur Begründung auch *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 209 f.

62 So auch *C. Schmidt* (Fn. 11), S. 174 ff.

63 EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 54) – *Furcht ./. Germany*. Genauer zu den drei Voraussetzungen des vom *Gerichtshof* in dieser Entscheidung fortentwickelten *substantive test of incitement* (»keine weitgehend passive Strafermittlung«, »Involvierung des Betroffenen in oder Neigung zu strafbare(n) Handlungen im Vorfeld« und »Ausübung von Druck«) *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 304 (310 f.); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (58).

4. Subsidiaritätsklausel

Um zu gewährleisten, dass Behörden nicht vorschnell auf die grundrechtsinvasive Tatprovokation zurückgreifen und *eo ipso* die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sprengen, ist es angezeigt, den *agent provocateur*-Einsatz nur unter Wahrung **strenger Subsidiarität** zu erlauben, mögen die bisherigen Erfahrungen mit der Justiziabilität von Subsidiaritätsklauseln bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auch wechselhaft sein.

5. Verbot des Quantensprungs

Um der provozierten Straftat qualitative Grenzen zu setzen und sie an die Anlasssituation rückzukoppeln, sollte das von der Rechtsprechung[64] entwickelte Verbot des Quantensprungs bei einem **groben Missverhältnis zwischen Provokation und Tatgeneigtheit** Eingang in die gesetzliche Regelung finden.

6. Begrenzung der Einwirkungsintensität

Der Provokationshandlung selbst sind weiterhin absolute und relative Grenzen der Einwirkungsintensität zu setzen. Mit Rücksicht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren für den Betroffenen ist es den eingesetzten Ermittlern unterschiedslos zu untersagen, sich zur **Herbeiführung des Tatentschlusses unlauterer Mittel** zu bedienen.[65] Darunter fallen etwa das Ausnutzen von Not- oder Zwangslagen, der Missbrauch besonderer Vertrauensverhältnisse, die Anwendung von Zwang i.S.d. § 136a StPO, erhebliche Druckausübung und beharrliches Drängen zur Tat. Ferner

[64] Vgl. EGMR (*Große Kammer*), NJW 2009, 3565 (3568 Tz. 71) – *Ramanauskas ./. Litauen*; EGMR NJW 2012, 3502 (3503 Tz. 27) – *Prado Bugallo ./. Spanien*; BGHSt 47, 44 (49) = StV 2001, 492; dazu auch *Kinzig* StV 1999, 288 (292); *Jahn* JuS 2014, 371 f.; *F. Meyer*/*Wohlers* JZ 2015, 761 (769).

[65] S. bereits BGH NStZ 1982, 126 (Inaussichtstellen der Überlassung von Heroin als Belohnung für die Mitwirkung); StV 1985, 272 (arglistiges Ausnutzen einer Not- oder Zwangslage).

darf die zulässige Provokationsintensität nicht außer Verhältnis zu dem gegen die Zielperson bestehenden Tatverdacht stehen.[66]

7. Vorbehalt richterlicher Zustimmung

Mit der Tatprovokation gehen schwerwiegende Grundrechtseingriffe einher, die typischerweise keine vorherige Anhörung des Betroffenen erlauben und ihn beim nachträglichen Rechtsschutz (vgl. § 33a S. 1 StPO) vor vollendete Tatsachen stellen. Durch die Aufnahme eines **Richtervorbehalts** (§ 162 StPO) geht der Versuch einher, die damit einhergehende Schutzlosigkeit des Betroffenen im Wege vorbeugender Rechtmäßigkeitskontrolle zu kompensieren.[67] Bei besonders eilbedürftigen Ausnahmefällen[68] ist es zudem angezeigt, der **Staatsanwaltschaft** eine **Eilkompetenz** zuzugestehen und die nachträgliche Einholung der richterlichen Zustimmung ausreichen zu lassen. Im Zuge ihrer umfassenden Leitungsaufgabe und Verantwortlichkeit für eine ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens ist die Staatsanwaltschaft schließlich fortwährend an der Maßnahme zu beteiligen.[69]

II. Ausdrückliche Regelung des Verfahrenshindernisses als strafprozessuale Konsequenz rechtsstaatswidriger Tatprovokation

Hält sich ein *agent provocateur* an die zu **I.** erläuterten Vorgaben, steht einer Verurteilung des provozierten Täters

---

66 St. Rspr.: BGHSt 60, 276 (286 f. Tz. 28) = StV 2016, 70; 60, 238 (245 Tz. 25) = StV 2016, 78; 47, 44 (49) = StV 2001, 492.

67 Zur verfassungsrechtlichen Zwecksetzung des Richtervorbehalts statt Vieler LR-StPO/*Tsambikakis*, 27. Aufl. 2019, § 105 Rn. 25.

68 Vgl. die Sachverhaltsgestaltung in BGHSt 41, 64 (68) = StV 1995, 281.

69 Dazu auch EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 53) – *Furcht ./. Germany*; BVerfG (*2. Kammer* des *2. Senats*) StV 2015, 413 (415 Tz. 36); zusf. *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 304 (313).

grundsätzlich nichts entgegen. Das Tatgericht wird die Tatprovokation jedoch, wie schon bislang, materiell-rechtlich (spätestens) beim allgemeinen Strafzumessungsakt (§ 46 Abs. 2 StGB) mildernd zu berücksichtigen haben, da aufgrund der staatlichen Einflussnahme typischerweise das Handlungsunrecht des Täters und aufgrund der Kontrolle des Geschehens das Erfolgsunrecht der Tat gemindert sind.

Übersteigt ein *agent provocateur* indessen die Grenzen der Zulässigkeit und bestimmt er die Zielperson rechtsstaatswidrig zur Vornahme einer Straftat, folgt daraus ein **Verfahrenshindernis** im Verfahren gegen den Tatprovozierten. Eine – auch nur abgestufte – **Strafzumessungslösung ist konventionswidrig**.[70] Das Verfahren, in dem sich eine Verurteilung lediglich auf die rechtsstaatswidrige Provokation des Täters stützen ließe, darf nicht weiter geführt werden.[71] Im Rahmen der zu schaffenden Regelung sollte der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Stellung zu den in

[70] So auch *U. Sommer* StraFo 2014, 508 (510); *Pauly* StV 2015, 411 (412); *Sinn*/*Maly* NStZ 2015, 379 (382); *F. Meyer*/*Wohlers* JZ 2015, 761 (764, 770); *Lochmann* StraFo 2015, 492 (495); *Petzsche* JR 2015, 88 (89); *Jahn*/*Kudlich* JR 2016, 54 (60); *Chr. Jäger* JA 2016, 308 (310); *C. Schmidt* ZIS 2017, 56 (64 f.); *Schmitt-Leonardy* EuCLR 2017, 303 (315 f.); a.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (266) sowie bereits oben **B.II.**

[71] Für ein Verfahrenshindernis neben BGHSt 60, 276 auch die heute ganz h.M. im Schrifttum, vgl. *Güntge*, FS Ostendorf, 2015, S. 387 (396); *Meyer-Lohkamp* StraFo 2017, 45 (53); *Schmitt-Leonardy*, EuCLR 2017, 303 (317); *Mitsch* NStZ 2016, 57 (58); *Eidam* StV 2016, 129 (130); *Satzger* Jura 2015, 660; *Gaede*/*Buermeyer* HRRS 2008, 279 (286); *Sinner*/*Kreuzer* StV 2000, 114 (117); *Eschelbach* StV 2000, 390 (395); *Kempf* StV 1999, 128 (130); *Hillenkamp* NJW 1989, 2841 (2843 f.); *Schumann* JZ 1986, 66 (72); *Lüderssen* Jura 1985, 113; *Taschke* StV 1984, 178 (179 ff.); *J. Meyer* ZStW 95 (1983), 835 (853); LR-StPO-EMRK/*Esser*, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 267; *Tyszkiewicz* (Fn. 11), S. 225. A.A. *Dölp* StraFo 2016, 265 (267 f.) (abgestufte Strafzumessungslösung) sowie die materiell-strafrechtlichen Lösungsmodelle bei *Sinn*/*Maly* NStZ 2015, 379 (382 ff.) (Reduzierung des staatlichen Strafanspruchs auf Null) einerseits und *I. Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, 4. Aufl. 2004, S. 220 ff. sowie *C. Roxin* JZ 2000, 369 (370) (persönlicher Strafausschließungsgrund) andererseits.

der Rechtsprechung kontroversen Rechtsfolgen des Einsatzes beziehen.

III. Entwurf eines § 110[e] StPO n.F.

Der hier unterbreitete Vorschlag wird systematisch im Kontext der bestehenden Regelung zum VE-Einsatz als § 110[e]*** StPO-E verortet. Wegen ihrer gesteigerten professionellen Zuverlässigkeit als Beamte des Polizeidienstes (§ 110a Abs. 2 S. 1 StPO) beschränkt er sich auf Verdeckte Ermittler als *agents provocateurs*.[72] Es erscheint perspektivisch nicht ausgeschlossen, die Regelung für den noeP, insbesondere einmalig auftretende Scheinkäufer, oder unter bestimmten Voraussetzungen zukünftig auch für alle Informanten zu öffnen.[73] Dies sollte jedoch der Auswertung einer in einem Artikelgesetz vorzusehenden Evaluation der Regelung frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit Inkrafttreten vorbehalten bleiben, um Erfahrungen mit ihren Wirkungen einfließen lassen zu können.

§ 110[e] StPO Tatprovokation

(1) Verdeckte Ermittler (§ 110a Abs. 2 Satz 1) dürfen eine Tat provozieren, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder
2. gegen ein sonstiges Allgemeinrechtsgut
   a) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
   b) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

*** Nach Publikation des ursprünglich als § 110d StPO-E konzpierten Regelungsvorschlags in StV 03/2020, 207 (213) ist im geltenden § 110d StPO seit dem 03.03.2020 (BGBl. I, S. 431) ein besonderes Verfahren bei Einsätzen zur Ermittlung von Straftaten nach § 184b StGB geregelt. Die Regelung wird daher, inhaltlich unverändert, nunmehr als § 110e StPO-E vorgeschlagen.

72 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH NStZ 1995, 513 (514).

73 Vgl. nochmals Nr. 2.2 der Anlage D zu den RiStBV: »V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird«.

begangen worden ist und die Gefahr der Wiederholung besteht. Die Maßnahme ist nur zulässig, soweit die Verfolgung der Anlasstat oder einer Wiederholungstat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen. Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.

(3) Tatprovokationen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden; die Anordnung bedarf stets der Schriftform. Die Maßnahme ist bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen schriftlich zustimmt.

(4) Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist das Verfahren gegen den Provozierten wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen.

E. Neuere Entwicklungen zur Frage der Regelungsbedürftigkeit der Tatprovokation und des VP-Einsatzes

Der vorstehend unterbreitete Vorschlag wird durch die Entscheidung des ***EGMR*** in der Sache ***Akbay*** *u.a.*[74] nochmals bestätigt. Während das *BVerfG* auf Basis der Strafzumessungslösung keinen Verstoß gegen das Grundgesetz zu erkennen vermochte und die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm, wurde die Bundesrepublik Deutschland in Straßburg wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verurteilt und eine Entschädigung zugesprochen. Damit „erteilt der *EGMR* der vom ***BGH*** **v**ertretenen und vom ***BVerfG*** gebilligten **Strafzumessungslösung** eine **klare Absage**. Für eine Berücksichtigung der Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist kein Raum, wenn

[74] EGMR (5. Sektion), Urt. v. 15.10.2020 – Beschwerde-Nr. 40495/15, StV-S 2021, 1 (Ls.).

eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt“.[75] Über den konkret entschiedenen Fall hinaus ist die Bundesrepublik Deutschland deshalb mit der Entscheidung in der Rechtssache *Akbay u.a.* und im Anschluss an *Furcht* menschenrechtlich verpflichtet, unter Berücksichtigung der Vorgaben des *EGMR* für einen konventionskonformen Zustand zu sorgen. Die deutschen Fachgerichte und das *BVerfG* „müssen daher sowohl aus konventionsrechtlichen Gründen als auch von Verfassungs wegen die **Strafzumessungslösung aufgeben** und einen neuen Ansatz entwickeln, der im Einklang mit den Vorgaben des *EGMR* steht“.[76] Zusammenfassend schreibt *Robert Esser*, Leiter der Forschungsstelle Menschenrechte im Strafverfahren (HRCP) der Universität Passau, in einem zur Publikation in StV 06/2021 vorgesehenen Beitrag unter der Überschrift *Vom endgültigen Ende der Strafzumessungslösung bei der Tatprovokation – und der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ihres Verbots*: „Das *BVerfG* ist angehalten, seinen heraufbeschworenen Konflikt mit dem *EGMR* bei nächster Gelegenheit beizulegen. Nicht nur das Ministerkomitee (Art. 46 Abs. 2 EMRK) darf auf die in ein paar Monaten anstehende **Stellungnahme der Bundesregierung zur Befolgung des Urteils *Akbay*** sehr gespannt sein“.

Die **menschenrechtliche Befolgungspflicht** trifft nach dem Vorstehenden über Art. 1 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auch unmittelbar den deutschen **Gesetzgeber**, da derzeit nicht konventionskonform sichergestellt ist, dass die deutschen Strafgerichte im Anschluss an *BGHSt* 60, 276 tatsächlich regelmäßig ein Verfahrenshindernis – mit den u.a aus § 2 Abs. 1 StrEG erwachsenden Rechtsfolgen –

[75] *Parandehy* JuS 2021, 185 (186); ebenso *Y. Hübner* HRRS 2020, 441 (444 f.).

[76] *Parandehy* JuS 2021, 185 (187).

aussprechen. Die Aufnahme einer Regelung zur Tatprovokation in einer für die 20. Wahlperiode zu schließenden Koalitionsvereinbarung ist daher **keine Frage** freien **politischen Ermessens** oder sonstiger Opportunität, sondern **menschen- und verfassungsrechtlich determiniert**. An den in Art. 46 EMRK vorgesehenen **Weiterungen** bei **Nichtberfolgung von endgültigen Urteilen** des *EGMR* kann niemandem gelegen sein.

Aus dem Vorstehenden lässt sich zudem gewissermaßen *a maiore ad minus* ableiten, dass auch der **VP-Einsatz** diesseits der Tatprovokationsfälle **generell** einer spezial- *und* parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedarf und nicht länger, wie bisher, auf die strafprozessuale Ermittlungsgeneralkausel in Verbindung mit der RiStBV-Anlage gestützt werden kann. Es spricht manches dafür, dass auch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine solche gesetzliche **Regelung als Fortschritt** gegenüber dem derzeitigen defizitären Rechtszustand auffassen würde.[77] Die konkrete Formulierung bedarf aber noch weiterer Diskussion.[78] Dazu tritt die Notwendigkeit einer künftig transparenten Regelung der VP-Vergütung („Handgeld“ u.ä.) in der Anlage D zu den RiStBV.

[77] Vgl. unlängst den *1. Strafsenat* mit am Freitag vergangener Woche veröffentlichten Urt. v. 22.12.2020 – 1 StR 165/19, Tz. 23 (*Hervorh. v. hier*) in einem aufsehenerregenden Strafverfahren gegen Beamte des bayerischen Landeskriminalamts wegen Strafvereitelung im Amt: „Allenfalls kommt, ***ohne dass dies gesetzlich geregelt wäre***, in Betracht, dass solche Ermittlungsbeamte – grundsätzlich nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft – vorübergehend gegen Straftaten nicht einschreiten und nur beobachten, wenn dies zur Erforschung wesentlich schwerer Straftaten erforderlich erscheint (vgl. RiStBV Anlage D […]). ***Sowohl für die Vertrauensperson als auch die sie leitenden polizeilichen Führungsbeamten sieht die Anlage D zur RiStBV keine Anleitungen vor***“.

[78] Eine Grundlage dafür findet sich u.a. bei *Soiné* ZRP 2021, 47 (49 f.).

F. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung

Die gegenwärtige Praxis der Tatprovokation im deutschen Strafverfahren wird den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an die Regelung wesentlicher Grundrechtseingriffe auf dem Gebiet des Strafprozessrechts nicht gerecht.

Die Frage nach dem „Ob“ einer parlamentsgesetzlichen Regelung wird durch das geltende Verfassungsrecht im Lichte der EGMR-Judikatur in den Sachen *Furcht* und *Akbay u.a.* bereits eindeutig bejahend beantwortet; sie ist keine Frage freien gesetzgeberischen Ermessens (mehr).

Der Gesetzgeber muss deshalb unverzüglich zu Beginn der 20. Wahlperiode des Deutschen Bundestags tätig werden; er schuldet ein Gesetz zur Regelung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen der Tatprovokation.

Inhaltlich empiehlt sich zur Beantwortung der Frage nach dem „Wie“ einer Regelung eine eng formulierte Bereichsausnahme der Tatprovokation für bestimmte, besonders wichtige Allgemeinrechtsgüter als § 110e StPO. Die Norm muss tatbestandlich u.a. einen Tatverdacht und die Gefahr wiederholter Tatbegehung für Eingriffe voraussetzen, grundsätztlich unter Richtervorbehalt stehen und darf nur strikt subsidiär angewendet werden. Auf Rechtsfolgenseite hat sie eine Verfahrenseinstellung bei rechtsstaatswidriger Provokation vorzusehen.

GAZEAS NEPOMUCK | THEODOR-HEUSS-RING 34 | 50668 KÖLN

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M.
Rechtsanwalt

Dr. Lutz Nepomuck
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Dr. Andrej Umansky LL.M.
Rechtsanwalt

Köln, 22. März 2021

Schriftliche Stellungnahme

zur
Öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
am 24. März 2021

zu dem
Antrag der Abgeordneten Benjamin Strasser u.a.
und der Fraktion der FDP
„Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln“
(BT-Drs. 19/25248)

sowie zu dem

Antrag der Abgeordneten Niema Movassat u.a.
und der Fraktion DIE LINKE
„Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen,
Betroffene entschädigen“
(BT-Drs. 19/25352)

von
Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)
Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter der Universität zu Köln

Zusammenfassung

Die **Notwendigkeit**, eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren zu schaffen und deren Rechtsrahmen zu regeln, ist **geradezu augenfällig**.

Spätestens der **Fall „Murat Cem" („VP01")** zeigt ganz eindrücklich, wozu eine fehlende gesetzliche Regelung führen kann. Die gegenwärtige Praxis des Einsatzes von V-Personen ist teilweise rechtsstaatlich höchst bedenklich.

Eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Personen ist bereits **verfassungsrechtlich zwingend erforderlich**. Der Einsatz von V-Personen kann zu den eingriffsintensivsten Mitteln des Staates zählen.

Die gegenwärtige Rechtslage muss im Lichte dessen nicht nur als unbefriedigend, sondern auch als **verfassungswidrig** bezeichnet werden.

Es ist **kein vernünftiger Grund** ersichtlich, warum eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren **nicht geschaffen werden soll**.

Eine gesetzliche Regelung würde zu **größerer Rechtssicherheit** führen und mit keinen Nachteilen einhergehen. Sie dürfte letztlich auch die **Akzeptanz** für den Einsatz von Vertrauenspersonen erhöhen und diesem Ermittlungsinstrument mehr Legitimität verschaffen.

Das **Verbot der Tatprovokation** sollte gesetzlich geregelt werden. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung drängt sich bereits aus rechtspolitischen und rechtspraktischen Gründen auf.

Beide Anträge sind daher zu begrüßen.

Gliederung

A. Vorbemerkungen 4

B. Zum Antrag „Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent regeln“ (BT-Drs. 19/25248) 4

I. Überblick über bisherige Empfehlungen 5

II. Zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung 7

III. Zu einzelnen Inhalten einer gesetzlichen Regelung 14

C. Zum Antrag „Rechtsstaatswidrige Tatprovokation eindämmen, Betroffene entschädigen“ (BT-Drs. 19/25352) 18

A. Vorbemerkungen

Diese kurze Stellungnahme beschränkt sich auf eine Skizzierung der Notwendigkeit der Schaffung einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren. Eine wissenschaftlich vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Frage ist an unterschiedlichen Stellen bereits erfolgt. Auf sie kann verwiesen werden.[1]

Die Tatsache, dass beide Anträge zu einem Zeitpunkt im Ausschuss erörtert werden, der kurz vor dem (faktischen) Ende der Legislaturperiode liegt, sollte nicht dazu verleiten, sie für unbedeutend zu halten. Ein Beschluss des Rechtsausschusses kann trotz des Diskontinuitätsgrundsatzes ein wichtiges Signal an den 20. Deutschen Bundestag und ihm vorangehende Koalitionsverhandlungen senden. Insoweit besteht mit den beiden Anträgen die Möglichkeit, in rechtsstaatlicher Verantwortung die notwendige Regelung essentieller Fragen des Strafverfahrens anzustoßen, ohne den gewählten Abgeordneten eines neuen Bundestages vorzugreifen.

B. Zum Antrag „Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent regeln“ (BT-Drs. 19/25248)

Der Antrag ist sowohl im Hinblick auf die beantragte Feststellung (unter Ziffer I.) und die beantragte Erklärung (unter Ziffer II.) als auch im Hinblick auf die konkrete Aufforderung an die Bundesregierung (unter Ziffer III.) **nachdrücklich zu begrüßen.**

Die **Notwendigkeit**, eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren zu schaffen und deren Rechtsrahmen zu regeln, ist **geradezu augenfällig**.

Spätestens der **Fall „Murat Cem“**, die durch das Polizeipräsidium Krefeld eingesetzte **„VP01“**, zeigt ganz eindrücklich, wozu eine fehlende gesetzliche Regelung führen kann.[2] Fast 20 Jahre hat die Polizei eine V-Person zu Strafverfolgungszwecken in einer Vielzahl von Ermittlungsverfahren in unterschiedlichen Kriminalitätsfeldern – von Mord über BtM-Delikte bis hin zum islamistischen Terrorismus – eingesetzt. Sie wurde hierbei faktisch wie ein

---

1 S. insbesondere das Gutachten von *Esser* zu dieser Frage in BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistaugliche ren Ausgestaltung des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, Anlage I – Gutachten, S. 45 ff.; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 66 ff., 147 ff. *et passim*; *Gercke*, StV 2017, 615, 618 ff.

2 S. dazu nur „Der König der Spione“, DER SPIEGEL 11/2020 v. 7. März 2020, S. 8-18 sowie das 320-seitige Buch *Diehl/Lehberger/Schmid*: Undercover. Ein V-Mann packt aus, 2020.

Verdeckter Ermittler gezielt in verschiedene Kriminalitätsbereiche und Milieus eingeschleust. Hierbei ist es zu einer Vielzahl von zum Teil gravierenden Verstößen seitens der VP-Führung gekommen. Ohne eine Öffnung der VP01 gegenüber Journalisten des SPIEGEL wären diese Vorfälle wahrscheinlich nie ans Licht gekommen. Der V-Mann Murat Cem hat fast 20 Jahre lang seinen Lebensunterhalt aus dieser Einnahmequelle bestritten. Die VP01 ist durch das gelebte VP-System und aufgrund des so langen Einsatzzeitraumes sowie des Einsatzes in ganz unterschiedlichen Kriminalitätsbereichen angesichts der nun bestehenden Gefährdung faktisch allein nicht lebensfähig; ein eigenständiges, selbstbestimmtes Leben ohne Polizeischutz ist ihm ebenso wie seiner Familie nicht möglich. Das haben nicht nur die Presseveröffentlichungen, sondern auch die beiden Vernehmungen der VP01 durch den Untersuchungsausschuss des Landtages NRW sowie des Deutschen Bundestages gezeigt.[3] Wunsch der VP01 ist es, dass keinem anderen das widerfährt, was ihm widerfahren ist im Hinblick auf seine Lebensumstände nach der VP-Zeit.

I. Überblick über bisherige Empfehlungen

Die Frage, ob es einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen im Strafverfahren bedarf, ist nicht neu. Sie ist in der Vergangenheit bereits vielfach aufgeworfen worden. Entsprechende Forderungen sind jedoch nicht nur im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum[4] erhoben worden. Auch konkret mit der Gesetzgebung befasste Organe haben sich – gerade in der jüngeren Vergangenheit – wiederholt mit dieser Frage befasst.

Die **Expertenkommission zur Reform der StPO** hat im Jahr 2015 ganz klar die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen empfohlen.[5]

Die 2017 vom damaligen BMJ eingesetzte **Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes** hat im Dezember 2019 in ihrem schriftlichen Gutachten ebenso die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage empfohlen.[6] In der Schlussfolgerung heißt es:[7]

---

3 S. dazu nur Murat Cem alias VP01 im Amri-Untersuchungsausschuss, „Ich rate jedem davon ab, V-Mann zu werden", SPIEGEL online vom 11. Dezember 2020, https://www.spiegel.de/panorama/justiz/murat-cem-alias-vp01-ich-rate-jedem-davon-ab-v-mann-zu-werden-a-2ed0c271-0062-4eba-9337-ba04dd6635bc (Stand: 22. März 2021).

4 S. nur *Duttge*, JZ 1996, 556; *Gercke*, StV 2017, 615; *Soiné*, ZRP 2021, 47, 48 ff.; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 66 ff., 145, 147 ff. m.w.N.

5 Die damalige Entscheidung der Expertenkommission erging mit 14 Stimmen für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, drei Mitglieder stimmten dagegen, ein Mitglied enthielt sich. Anzumerken ist, dass die Abstimmung vor dem BKA-Urteil des BVerfG vom 20. April 2016 erfolgte, so auch *Deckers*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 163.

6 Dem BMJV im Dezember 2019 übergeben, s. Pressemeldung des BMJV vom 11. Februar 2020,

> „Im Ergebnis ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass sowohl der Einsatz von Vertrauenspersonen als auch die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten in der Strafprozessordnung **geregelt werden sollten** und hat entsprechende Vorschläge vorgelegt."
>
> „Die Kommission verspricht sich durch entsprechende Regelungen **eine größere Rechtssicherheit** und letztlich auch Akzeptanz für den Einsatz von Vertrauenspersonen."
>
> „Für dringend erforderlich erachtet es die Kommission, die Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich zu regeln, da es eine einheitliche Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen derzeit nicht gibt."

Der Abschlussbericht des **NSU-Untersuchungsausschusses** des Deutschen Bundestages stellte „schwere Mängel bei der Gewinnung und Führung von Quellen sowie der Verwertung durch sie gewonnener Informationen" fest.[8] Der Bericht befasste sich, hieran sei erinnert, nicht nur mit dem Einsatz von V-Personen durch den Verfassungsschutz, sondern auch mit V-Personen im Strafverfahren, hier konkret den Einsatz dieser insbesondere durch das LKA Berlin. Auch dort wurden erhebliche Mängel festgestellt.[9] Der Untersuchungsausschuss hat bei aller unterschiedlicher Bewertung durch die verschiedenen politischen Lager als Minimalkonsens für den Bereich Vertrauensleute der Sicherheitsbehörden u.a. unzweideutig empfohlen:

> „44.: Der Ausschuss empfiehlt **klare gesetzliche Regelungen** schon im Hinblick auf einen einheitlichen Sprachgebrauch für menschliche Quellen […]"[10]
>
> (Hervorh. diesseits)

Diese Empfehlung hat Gewicht, vergegenwärtigt man sich den Verlauf und die in wesentlichen Punkten doch unterschiedliche Bewertung der getroffenen Feststellungen. Die ausgesprochene Empfehlung erfasst auch den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren, was bereits aus einer systematischen Betrachtung aller in diesem Abschnitt ausgesprochenen Empfehlungen folgt.

---

https://www.bmjv.de/DE/Service/Fachpublikationen/GutachtenDRB_Vertrauenspersonen.html (Stand: 22. März 2021).

7 Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes im Auftrag des BMJ, 2019, S. 110 – Hervorh. diesseits.

8 BT-Drs. 17/14600, S. 865.

9 BT-Drs. 17/14600, S. 297 ff., 856 ff.

10 BT-Drs. 17/14600, S. 865.

Auch die **Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus** (BLKR) hatte zuvor einen ähnlichen Vorschlag unterbreitet, wenn auch dort mit Fokus auf die Verfassungsschutzbehörden:[11]

> „[…] machen deutlich, dass die gegenwärtige Rechtslage beim Einsatz von Vertrauensleuten **zumindest** im Bereich des Verfassungsschutzes unbefriedigend ist."

Dass die Bundesregierung der 18. Legislaturperiode die Empfehlung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung im Hinblick auf den Einsatz von V-Personen in Strafverfahren nicht umgesetzt hat, darf und muss irritieren.[12]

Soweit ersichtlich, hat sich zuletzt die Justizministerkonferenz am 7. November 2019 mit dem Einsatz von V-Personen im Strafverfahren in öffentlich visibler Form befasst und folgende Bitte adressiert:[13]

> „Sie [die JuMiKo] bitten das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, auf den Abschluss der bereits eingeleiteten Prüfung eines etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs hinzuwirken und gegebenenfalls einen Gesetzesentwurf zur Gewährleistung eines rechtssicheren Einsatzes von V-Personen vorzulegen."

Ziel des Vorstoßes der JuMiKo ist offenbar die Vorlage eines Gesetzentwurfs.[14] Der Vorstoß ist insbesondere im Hinblick auf die veränderte Rechtslage nach der nunmehr klaren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sehr sinnvoll gewesen.

II. Zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung

Dass es nach aktueller Sach- und Rechtslage erforderlich, ja notwendig ist, den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren gesetzlich zu regeln, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Hierbei ist auch politisch zu beachten, dass insbesondere im Innenministerium NRW nach meinem Eindruck im Hinblick auf die Erfahrungen mit dem Fall

---

11 BLKR, Bericht vom 30. April 2013, S. 301 – Hervorh. diesseits.

12 Im – nie offiziell veröffentlichten – BMJV-Vorentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens vom 11. Januar 2016 ist der Versuch einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen unternommen worden (§§ 110a ff. StPO-Vorentwurf), s. dazu *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207 Fn. 6.

13 Beschluss der 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 7. November 2019 (Herbstkonferenz), TOP II.8.

14 Ebenso *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207.

der VP01 die Frage einer gesetzlichen Regelung in der StPO durchaus offen betrachtet wird.[15]

Im Folgenden sollen nur punktuell einige dafür streitende Punkte angeführt werden.

1. Eingriffsintensität

Der Einsatz von V-Personen kann zu den eingriffsintensivsten Mitteln des Staates zählen. Denn V-Personen dringen aufgrund des bestehenden Vertrauens oft tief in das private Leben von Menschen ein.[16]

Die Eingriffsintensität hängt von der jeweiligen Maßnahme der V-Person ab. Keinesfalls kann jedoch das Handeln von V-Personen *per se* als niedrigschwelliger Grundrechtseingriff deklariert werden, etwa unter Hinweis auf punktuelle Rechtsprechung des BGH, die zu einer Einzelfrage ergangen ist.[17] Wie auch sonst hängt die Eingriffsintensität des Einsatzes einer V-Person vom Einzelfall ab. Sofern die V-Person tief in die Privatsphäre einer Person eindringt, indem sie beispielsweise viel Zeit mir ihr verbringt und sie über ihre Ansichten zu sensiblen religiösen oder kulturellen Fragen sowie intime Beziehungen aushorcht, ist die Eingriffsintensität eine wesentlich intensivere, als wenn nur ein flüchtiger Austausch über den genauen Ort eines Drogenumschlagsplatzes erfolgt. Da das erstgenannte Beispiel jedoch von der Tätigkeit einer V-Person ebenso umfasst sein kann wie die bloße Frage nach einem Drogenumschlagplatz, kann der mit dem Einsatz von V-Personen verbundene Grundrechtseingriff grundrechtsdogmatisch ersichtlich nicht *per se* als niedrigschwellig und nicht sehr eingriffsintensiv bewertet werden. Verfassungsrechtlich ist ein anderes Verständnis in dieser Frage nicht möglich.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat die hohe Eingriffsintensität des Instruments V-Person mit der Folge, dass sein Einsatz einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellt, unzweideutig im **BKA-Urteil** festgestellt. Dort heißt es u.a.:

---

15 S. dazu auch die Äußerung des NRW-Innenministers Herbert Reul, der dem SPIEGEL dazu sagte, er könne sich vorstellen, über Verbesserungen nachzudenken. Einer „möglichen Optimierung des Systems" wolle er sich nicht verschließen. „Die Polizei muss allerdings vollständig handlungsfähig bleiben. Das ist wichtig", so Reul, DER SPIEGEL Nr. 11/2020 v. 7. März 2020, S. 10.

16 S. nur *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 2 Rn. 94.

17 In diese Richtung wohl die Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen *Peter Holzwarth* vom 19. März 2021 für diese Anhörung – die nachfolgend hier genannte Rechtsprechung des BVerfG wird darin jedoch nicht referenziert. Die dort im Hinblick auf Grundrechtseingriffe in Bezug genommene Rechtsprechung in BGHSt (GS) 42, 139 (auf S. 5 der Stellungnahme zitiert als „GGSt 1/96") ist durch die verfassungsgerichtlichen Judikate spätestens seit dem BKA-Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2016 überholt, hierzu sogleich.

> „Allerdings umfassen diese [Mittel der Überwachung] - ungeachtet ihres unterschiedlichen Eingriffsgewichts im Einzelnen - **auch sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe**, **wie etwa** die Möglichkeit von langfristig angelegten Wort- und Bildaufzeichnungen privater Gespräche und Situationen **oder das Ausnutzen von Vertrauen durch** Verdeckte Ermittler oder **Vertrauenspersonen**.“ [18]

> „Diese Maßnahmen dringen **unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein**, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss.“[19]

Das Bundesverfassungsgericht spricht den Einsatz von V-Personen bei seiner exemplarischen Auflistung sehr schwerwiegender Grundrechtseingriffe *expressis verbis* an.[20]

Hieran ändert auch nichts, dass diese Feststellungen durch das Bundesverfassungsgericht im BKA-Urteil zum Einsatz von V-Personen im Bereich der Gefahrenabwehr und nicht für den Bereich der Strafverfolgung getroffen worden sind.[21] Denn die Frage der Eingriffsintensität ist grundrechtsdogmatisch unabhängig von dem damit verfolgten Zweck zu bewerten. Mit anderen Worten: Ob eine V-Person zur Verfolgung eines Mordes eingesetzt wird oder zur Verhinderung einer Sachbeschädigung, ist für die Frage der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs in die Grundrechte des Betroffenen ohne Belang. Die Frage des verfolgten Zwecks – Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung – ist (erst) für die Frage der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs von Relevanz und wird in der Regel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bewertet.

Auf die zutreffenden Ausführungen von *Esser* in seinem Gutachten der Expertenkommission zur Reform der StPO wird an dieser Stelle verwiesen.[22]

---

18 BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 160 (Hervorh. diesseits).

19 BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 174 (Hervorh. diesseits).

20 Unzutreffend insoweit *Heger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/25248 u.a. vom 22. März 2021, S. 3, der angibt, in dem zitierten BKA-Urteil seien Vertrauenspersonen nicht angesprochen.

21 S. auch *Gercke*, StV 2017, 615, 624.

22 S. *Esser*, Gutachten, in: BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission, 2015, Anlage I – Gutachten, S. 45 ff.

2. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren bedarf es aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend einer eigenen gesetzlichen Grundlage.[23]
Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen alle grundlegenden und wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst getroffen werden.[24]

Die Ansicht, es bedürfte für den Einsatz von V-Personen keiner besonderen, eigenen Regelung in der StPO, wurde im Gesetzgebungsverfahren zum OrgKG im Jahr 1992 mit der strafprozessualen Zeugeneigenschaft dieser Personen begründet, so dass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Strafverfahren bereits vorhanden sei.[25]

Die vielfach für den Einsatz von V-Personen herangezogene Ermittlungsgeneralklausel in § 161 StPO kann ersichtlich keine ausreichende Rechtsgrundlage für jedweden Einsatz von V-Personen sein.[26] Denn, wie gezeigt, kann ein solcher auch mit einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff einhergehen. Die Ermittlungsgeneralklausel ist hingegen nur für „weniger gewichtige Eingriffe" konzipiert.[27] Der Bundesgerichtshof hat in einer wichtigen Entscheidung zur Unzulässigkeit der verdeckten Online-Durchsuchung im Strafverfahren im Jahr 2017 erklärt, dass von der Ermittlungsgeneralklausel nur Maßnahmen erfasst sind, die „lediglich geringfügig in die Grundrechte […] eingreifen".[28] Die davor ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes[29] dürften als überholt gelten. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits vor dem BKA-Beschluss im Jahr 2000[30] zum Einsatz einer V-Person im Strafverfahren die Informationserlangung einer V-Person durch gezielte Nachfrage bei einer Zeugin nach deren spontaner Äußerung als eine Maßnahme bewertet, die ohne spezielle Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig gewesen sei. Untergesetzliche

---

23 Ebenso etwa *Gercke*, StV 2017, 615, 618 ff.; *Soiné*, ZRP 2021, 47, 48; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 145; *Esser*, Gutachten, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht Expertenkommission, 2015, S. 56 ff.

24 Vgl. nur BVerfGE 84, 212, 226; s. dazu im hiesigen Kontext *Esser*, Gutachten, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht Expertenkommission, 2015, Anlage I – Gutachten, S. 50 f.

25 BT-Drs. 12/989, S. 41; s. auch *Soiné*, ZRP 2021, 47.

26 S. nur *Gercke*, StV 2017, 615, 622 f.; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 135 ff., jew. m.w.N.

27 S. nur BT-Drs. 14/1484, S. 16 f., 23; *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 161 Rn. 12; *Zöller*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 6. Aufl. 2018, § 161 Rn. 2 m.w.N.

28 BGHSt 51, 211, 218 (Rn. 21).

29 S. dazu *Soiné*, ZRP 2021, 47 f. m.w.N.

30 BVerfG, Beschluss vom 1. März 2000 – 2 BvR 2017 u. 2039/94.

Regelungen in Richtlinien wie der Anlage D zur RiStBV genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, da sie keinen Gesetzesrang haben.

Damit sind die Ausführungen im BKA-Urteil nicht nur „allenfalls in ganz allgemeiner Form“[31] heranzuziehen; im Gegenteil stellen sie klare und zwingend zu berücksichtigende Feststellungen zur Eingriffsintensität dar, die bei der Frage der Erforderlichkeit einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren von Verfassungs wegen zu berücksichtigen sind. Aus dem Umstand, dass sich das Bundesverfassungsgericht im BKA-Urteil selbst und seit dem Beschluss vom 1. März 2000 (2 BvR 2017/94) auch nicht *en passant* erneut dazu geäußert habe, kann nicht überzeugend der Rückschluss gezogen werden, dass § 161 StPO als Rechtsgrundlage genüge.[32] Ein solches *argumentum ex silentio* überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Zum einen war (und ist) der zuständige Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts, der im BKA-Urteil entschieden hat, bereits qua Geschäftsverteilung nicht für strafrechtliche und strafprozessuale Sachgebiete zuständig. Diese liegen bekanntlich beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts.[33] Der Erste Senat hat schon deshalb keinen Anlass, sich zu strafrechtlichen Fragen – auch nicht *en passant* – zu äußern. *Obiter dicta* zu anderen Rechtsgebieten sind ohnehin unüblich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Zudem kann der obige Rückschluss auch aufgrund der vielen verfassungsprozessualen Besonderheiten nicht gezogen werden, insbesondere nicht daraus, dass Karlsruhe dazu bislang nichts ausdrücklich entschieden hat. Bei solchen Annahmen ist schon die Verfahrensdauer von nicht selten fünf bis acht Jahren zu beachten.

3. Notwendigkeit und praktischer Nutzen einer gesetzlichen Regelung

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung liegt im Lichte der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bereits außer Frage. Hinzu kommt im Hinblick auf den Bereich der Tatprovokation die EGMR-Rechtsprechung, die es zu berücksichtigen gilt.[34]

Nicht zu vernachlässigen ist auch der praktische Nutzen der Schaffung einer gesetzlichen Regelung: Klare Vorgaben schaffen Rechtssicherheit – für die eingesetzte V-Person, für die V-Person-Führung und für die Strafverfolgungsbehörden sowie – in einem Rechtsstaat von fundamentaler Bedeutung – für den von solchen Einsätzen betroffenen Beschuldigten, in

---

31 So *Heger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/25248 u.a. vom 22. März 2021, S. 3.

32 So jedoch *Heger*, a.a.O.

33 S. jeweils die Geschäftsverteilungspläne des BVerfG, in der aktuellen Fassung jeweils auf der Homepage des Gerichts abrufbar.

34 S. dazu weiter unten unter C.

dessen Grundrechte eingegriffen wird. Eine gesetzliche Regelung dürfte dem Ermittlungsinstrument der V-Person zudem zu mehr Akzeptanz und Legitimität verhelfen.

Die Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage möge nicht dahingehend missverstanden werden, dass den Ermittlungsbehörden das Instrument der V-Person aus dem Instrumentenkasten herausgenommen werden soll.
Nach meiner Bewertung stoßen Strafverfolgungsbehörden beim Einsatz von V-Personen vielfach an rechtsstaatliche Grenzen – sie überschreiten diese Grenzen in der Praxis auch. Aus eigener Anschauung ist mir dies aus verschiedenen Fällen, besonders eindrücklich im Fall der VP01, bekannt. Teilweise entsteht der Eindruck eines gewissen Eigenlebens bei der VP-Kriminalpolizei, von der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte zum Teil nichts wissen (und möglicherweise auch nichts wissen wollen). Auch klare höchstrichterliche Vorgaben und die Rechtsprechung des EuGH werden in der Praxis nicht durchgängig beachtet, so etwa im Hinblick auf die Entlohnung von V-Personen, wo trotz eindeutiger Vorgabe des BGH[35] in der Praxis weiterhin Angaben verweigert werde.[36] Dies ist ein weiterer Beleg dafür, warum eine den Rechtsrahmen klar regelnde Vorschrift im Gesetz essentiell ist.

Die bestehenden Grenzen müssen normenklar und normenbestimmt definiert sein.[37] Dies ist gegenwärtig nicht der Fall. Ein Handeln innerhalb rechtlicher Grauzonen ist inakzeptabel. Das einer Tätigkeit als V-Person immanente „szenetypische" Verhalten geht in aller Regel damit einher, dass sich die V-Person in einem Graubereich zwischen noch straffreiem und bereits strafbarem Verhalten bewegt. Auch hierzu muss es aus Gründen der Rechtssicherheit klare Regelungen geben.

Die Existenz entsprechender Regelungen für die Nachrichtendienste ist ein weiterer Beleg für die Erforderlichkeit einer entsprechenden Regelung in der Strafprozessordnung. Mehr noch: Wenn eine Regelung des Einsatzes von V-Personen der Nachrichtendienste vom Gesetzgeber für erforderlich erachtet wurde, dann muss er sie erst Recht für V-Personen im Strafverfahren für erforderlich halten. Denn: Die Folgen für den Betroffenen sind in einem Strafverfahren wesentlich schwerwiegender als „nur" im Falle seiner

---

35 BGH, Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 Rn 46: „Deshalb sollte in den Akten ebenfalls vermerkt sein, ob eine Vertrauensperson für ihre Tätigkeit eine Entlohnung zugesagt bekommen oder gar erhalten hat. Der Senat weist darauf hin, dass Höhe und Erfolgsbezogenheit des jeweiligen Honorars im Rahmen der gebotenen umfassenden Beweiswürdigung für die Bewertung des Motivs der Vertrauensperson, mit den Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten, relevant sein und entscheidungserhebliche Bedeutung erlangen kann."

36 S. dazu eindrücklich die Stellungnahme des Sachverständigen *Conen* zu dieser Anhörung, S. 5 f. *et passim*; ferner zur Thematik *Conen*, StraFo 2013, 140, 142 ff.

37 Ebenso für den Bereich der Nachrichtendienste *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 2 Rn. 189.

Beobachtung durch einen Nachrichtendienst mittels Einsatzes einer V-Person. Nachrichtendienste dürfen bekanntlich nur Informationen sammeln und auswerten, Strafverfolgungsbehörden hingegen steht das gesamte Regime der Zwangsbefugnisse zu. V-Personen können für eine Verurteilung und Fragen der Strafhöhe eine essentielle Rolle spielen. Kurzum: Die V-Person eines Nachrichtendienstes kann sein Zielobjekt nicht „ins Gefängnis bringen", die V-Person der Kriminalpolizei hingegen schon. Es ist in der Folge sogar inkonsequent, den Einsatz von V-Personen durch Nachrichtendienste gesetzlich zu regeln und dasselbe Instrument im Strafverfahren ungeregelt zu lassen.

Der Verweis darauf, Voraussetzungen, Folgen und Verfahren der Zusicherung seien in verwaltungsinternen Richtlinien bereits geregelt, so etwa in Anlage D RiStBV sowie weiteren Verwaltungsvorschriften der Länder, ist nicht geeignet, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zu beseitigen. Zum einen genügt von Verfassungs wegen nur ein Gesetz. Zum anderen ist die Anlage D RiStBV durch den Bund niemals in Kraft gesetzt worden. Soweit Landesjustizverwaltungen ihre eigenen Richtlinien haben, sind diese nicht einheitlich. NRW ist ein gutes Beispiel dafür, dass der Einsatz von V-Personen durch die Kriminalpolizei durch das zuständige Innenministerium mangelhaft geregelt worden ist. Die entsprechende Dienstvorschrift enthielt – nur ein Beispiel – keine Vorgabe dazu, dass eine V-Person vor ihrem Einsatz förmlich zur Geheimhaltung zu verpflichten ist.

Es fehlt gegenwärtig an einer auch nur im Ansatz wirksamen Kontrolle des Einsatzes – und noch mehr der Art und Weise des Einsatzes – von V-Personen durch geeignete Stellen.

Dass insbesondere Vertreter der (Kriminal-)Polizei und Staatsanwaltschaften den *status quo* verteidigen und sich – zum Teil vehement – gegen die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage wehren, muss irritieren. Wer auf Strafverfolgerseite davon überzeugt ist, dass der gegenwärtige Einsatz von V-Personen in rechtlich unbedenklicher Form stattfindet, dürfte keine Bedenken dagegen erheben, diesen *status quo* der rechtlichen Rahmenbedingungen in die Form eines einfachen Gesetzes in der Strafprozessordnung zu gießen. Denn es würde sich für die Arbeit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft ja nichts ändern, außer dass alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit hätten. Ein Umstand, den man als Vorzug bezeichnen kann.

Mithin ist **kein vernünftiger Grund** ersichtlich, warum eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren **nicht geschaffen werden soll**.

Für den Bereich des Verfassungsschutzes wurde bekanntlich als eine Konsequenz nach der – vor allem parlamentarischen – Aufarbeitung der Terrortaten des Nationalsozialistischen Untergrundes (NSU) mit § 9b BVerfSchG erstmals ein einfachgesetzlicher Rechtsrahmen für den einsatz von V-Personen geschaffen. In mehreren Bundesländern sind ähnliche Rechtsgrundlagen für die dortigen Verfassungsschutzbehörden geschaffen worden.[38] Dies hat keineswegs zu einer Schwächung dieses Instruments geführt.

III. Zu einzelnen Inhalten einer gesetzlichen Regelung

1. Zu den Inhalten einer Rechtsgrundlage für den Einsatz von V-Personen

Nachfolgend soll nur kurz und keineswegs abschließend auf die regelungsbedürftigen Inhalte in einer zu schaffenden gesetzlichen Grundlage eingegangen werden. Auch zu diesen Fragen liegen indes – sinnvolle – Vorschläge vor.[39] Es wird nachfolgend jeweils auf die unter Ziffer III. 1. Buchstabe a bis l im Antrag genannten Regelungsbereiche Bezug genommen:

a. Buchstabe a (Definition der Einsatzbereiche)

Eine dahingehende Regelung ist wichtig. Der Deliktskreis könnte etwa dem des § 110a StPO entnommen werden. Es wird empfohlen, Begriffe wie „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ wegen der Unbestimmtheit zu vermeiden und stattdessen klare Deliktsbereiche, ggfls. ergänzt um Deliktskategorien (Verbrechen) zu benennen.

b. Buchstabe b (Vorauss. und Grenzen für die Tätigkeit als V-Person)

Eine dahingehende Regelung in der Vorschrift ist zu begrüßen.

Es sollte ausgeschlossen werden, dass Minderjährige ebenso wie aus anderen Gründen Geschäftsunfähige als V-Personen angeworben werden können. Das sollte auch für BtM-Abhängige und andere Suchterkrankte gelten. Dasselbe gilt für Berufsgeheimnisträger und deren Helfer (§§ 53, 53a StPO), soweit es um

---

38 S. nur § 5 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, § 7 VSG NRW.

39 S. nur *Esser*, Gutachten, in: BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission 2015, Anlage I – Gutachten, S. 59 ff.; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 185 ff.; Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes im Auftrag des BMJ, 2019, S. 62 ff.; *Baron*, Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes verdeckt ermittelnder Personen und Vorschlag einer umfassenden Regelung, 2002, *passim*; *Soiné*, ZRP 2021, 47, 48 f.; zur Tatprovokation *Hübner*, Rechtsstaatswidrig aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen, 2020, S. 264 f.; *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207, 211.

Sachverhalte geht, auf die sich deren Zeugnisverweigerungsrecht bezieht, ferner für Mandatsträger und Teilnehmer aus Aussteigerprogrammen.

c. Buchstabe c (Regelung zur Zulässigkeit szenetypischer Straftaten)

Diese Frage bedarf zwingend der Regelung. Der 1. Strafsenat des BGH hat zuletzt in einem Urteil klar unterstrichen, dass die Begehung von Straftaten durch eine V-Person generell unzulässig ist.[40] Sofern szenetypische Straftaten erlaubt werden sollen, müsste dies zwingend in einem Gesetz geregelt werden; Regelungen in Verwaltungsvorschriften genügen nicht. Jedenfalls nach diesem Judikat des BGH erhebt sich aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 152 Abs. 2 StPO) die Frage der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) für Angehörige der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere für VP-Führer, wenn sie gegen ihnen bekannt gewordene Straftaten von V-Personen nicht einschreiten.

d. Buchstabe d (Regelungen zu Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen)

Eine dahingehende Regelung wird ausdrücklich empfohlen.

e. Buchstabe e (Abgrenzung)

Eine Abgrenzung von V-Personen zu anderen geheim arbeitenden Mitarbeitern (insb. Verdeckten Ermittlern und Informanten) setzt eine jeweilige Definition der einzelnen Personengruppen voraus. Für den Verdeckten Ermittler existiert eine Legaldefinition in § 110 Abs. 2 StPO. Eine gesetzliche Definition, wer V-Person ist, wird empfohlen. Es dürfte sodann genügen, wenn in den Gesetzgebungsmaterialien die Abgrenzung – etwa zu Informanten – klargestellt wird. Auf bestehende Definitionen, etwa in Anlage D RiStBV, könnte hierbei, soweit geeignet, zurückgegriffen werden.

f. Buchstabe f (Vorrang des Einsatzes staatlicher Personen)

Eine grundsätzliche Subsidiarität des Einsatzes von V-Personen gegenüber staatlichen Ermittlungspersonen erscheint sinnvoll. Auch sollte durch eine entsprechende Subsidiaritätsklausel im Gesetz sichergestellt werden, dass der Einsatz einer V-Person nur dann erfolgen darf, wenn die Wahrheitsfindung auf anderem Wege, insbesondere durch den Einsatz staatlicher Ermittlungspersonen, aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

---

40 BGH, Urteil vom 22. Dezember 2020 – 1 StR 165/19 –, Rn. 24.

g. Buchstabe g (Anordnungskompetenz – Richtervorbehalt)

Die grundsätzliche Bindung des Einsatzes von V-Personen an den Richtervorbehalt erscheint im Lichte des BKA-Urteils des Bundesverfassungsgerichts[41] zwingend. Mindestens eine Anordnung durch die Staatsanwaltschaft sollte jedoch zwingend sein, um die Verantwortung für den konkreten Einsatz auf die Staatsanwaltschaft zu verlagern.

h. Buchstabe h (zeitliche Befristung)

Eine zeitliche Befristung mit der Möglichkeit einer Verlängerung sollte zwingend vorgesehen werden. Eine Frist von höchstens drei bis sechs Monaten mit Verlängerungsmöglichkeit erscheint hierbei sinnvoll. Im Hinblick auf Auswüchse wie denen mit der VP01 sollte auch über eine absolute Grenze nachgedacht werden. Es sollte in einem Rechtsstaat konsensfähig sein, eine V-Person keine 20 Jahre in dieser Funktion arbeiten zu lassen. Dies gebietet bereits die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates gegenüber der betroffenen V-Person.

i. Buchstabe i (Kontrollmöglichkeit)

Die bisherige Kontrolle des Einsatzes von V-Personen ist in hohem Maße defizitär. Eine Verbesserung der Kontrollmöglichkeiten sollte erwogen werden; die Implementierung des Richtervorbehaltes wäre zugleich eine erste Kontrollmaßnahme.

j. Buchstabe j (Zusicherung Vertraulichkeit)

Eine gesetzliche Regelung dazu, unter welchen Voraussetzungen Vertraulichkeit zugesichert werden darf und wann diese Zusicherung entfällt (etwa im Falle einer eigenen Begehung von Straftaten), ist in jeder Hinsicht sinnvoll und zu begrüßen.

k. Buchstabe k (Regelung zu Tatprovokation)

Eine Regelung dazu erscheint zwingend. S. dazu weiter unten unter C.

41 BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, Rn. 174.

1. Buchstabe l (Ausschluss der Doppelführung)

Eine Regelung dahingehend, dass eine V-Person nicht von Strafverfolgungsbehörden und einem Nachrichtendienst gleichzeitig geführt werden darf, ist sinnvoll und sollte geschaffen werden.

2. Weitere notwenige Regelungen

Für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage sollten zudem folgende weitere Punkte erwogen werden:

Es sollten im Gesetz die Grundvoraussetzungen der Dokumentation des Einsatzes von V-Personen geregelt werden.

Es sollte eine Regelung zum Kernbereichsschutz geschaffen werden; dies erscheint mir im Hinblick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zwingend. Auch die gesetzlichen Regelungen zum Einsatz von V-Personen durch die Nachrichtendienste enthalten inzwischen eine dahingehende gesetzliche Norm.

V-Personen, die über eine besonders lange Zeit für Strafverfolgungsbehörden tätig sind und in mehr als nur einem konkreten Ermittlungsverfahren eingesetzt werden, werden oftmals die Risiken im Hinblick auf ihre eigene Sicherheit und Gefährdung nach Beendigung des Einsatzes nicht objektiv einschätzen können. Dies gilt insbesondere für Zeitpunkte, ab denen der „Verratene“ (Beschuldigte/Angeklagte/Verurteilte) von der Existenz eines „Verräters“ (V-Person) weiß. Der Fall der VP01 ist ein (sicherlich extremes) Beispiel hierfür. Die VP01 wird Zeit ihres Lebens im Hinblick auf ihre Sicherheit und die ihrer Familie des Polizeischutzes bedürfen. Die damit einhergehenden massiven Einschränkungen des eigenen Selbstbestimmungsrechts sind vielfältig und vielschichtig und dürften nur wenigen V-Personen im Vorhinein in der Klarheit bekannt sein. Es sollte durch eine Regelung sichergestellt werden, dass V-Personen sowohl während ihres Einsatzes als auch nach Beendigung einer Zusammenarbeit mit der Polizei das Recht haben müssen, erforderlichenfalls auf Kosten des Staates, rechtliche und psychologische Unterstützung zu erhalten. In der Praxis dürften sich die wenigsten V-Personen anwaltlicher Unterstützung zu Wahrung ihrer Interessen bedienen.

C. Zum Antrag „Rechtsstaatswidrige Tatprovokation eindämmen, Betroffene entschädigen“ (BT-Drs. 19/25352)

Die in dem o.g. Antrag aufgeworfene Frage der Tatprovokation betrifft nicht weniger als eine Kernfrage des Rechtsstaats.[42] Sie aufzuwerfen ist wichtig und richtig.

Die im Antrag unter Ziffer I aufgeführten Feststellungen sind in jeder Hinsicht zutreffend; ihnen wird beigepflichtet. Entsprechend wird die Aufforderung unter Ziffer II begrüßt. Die Höhe der Entschädigung (Ziffer II Nr. 2) ist eine Wertungsfrage.

Eine gesetzliche Regelung zu Fragen der Tatprovokation ist notwendig und sinnvoll. Auch die Expertenkommission zur Reform der Strafprozessordnung hat dies im Jahr 2015 klar festgestellt und gefordert: „Das Verbot der Tatprovokation sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.“[43] Die in der Zwischenzeit ergangene EGMR-Rechtsprechung hat diese Notwendigkeit einmal mehr unterstrichen. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung drängt sich bereits aus rechtspolitischen und rechtspraktischen Gründen auf. Insoweit verweise ich neben den Ausführungen der Expertenkommission auf *Jahn/Hübner*[44] und den dort unterbreiteten Vorschlag für eine Regelung in der StPO,[45] den aufzugreifen ich empfehle.

****

(Dr. Nikolaos Gazeas)

---

42 BMJV (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission, 2015, S. 86.
43 BMJV (Hrsg.), Bericht der StPO-Expertenkommission, 2015, S. 84 ff.
44 StV 2020, 207 ff. m.w.N.
45 *Jahn/Hübner*, StV 2020, 212 f.; Instruktiv und noch ausführlicher dazu *Hübner*, Rechtsstaatswidrig aber straflos? Der agent provocateur-einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen, 2020, 17 ff. *et passim* m.w.N.

GROßE STRAFRECHTSKOMMISSION
DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES

Gutachten zum Thema:

Vertrauenspersonen und Tatprovokationen

Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz

Ergebnisse der Sitzung vom 20. bis 25. November 2017
in Minden

Teilnehmerinnen/Teilnehmer
der Sitzung der Großen Strafrechtskommission in Minden vom 20. bis 25. November 2017:

1. Mitglieder der Großen Strafrechtskommission:

   - Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel **BIMLER**, GESCHÄFTSFÜHRER
   - Vorsitzender Richter am Landgericht Dessau-Roßlau **CASPARI**
   - Ltd. Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel **HEß**, VORSITZENDE
   - Richter am Oberlandesgericht Celle **DR. KREICKER**
   - Vizepräsident am Amtsgericht Saarbrücken a. D. **DR. KRÜGER**
   - Richterin am Oberlandesgericht München **STOCKINGER**
   - Vorsitzender Richter am Landgericht Darmstadt **WAGNER**
   - Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe **WENSKE**
   - Vorsitzender Richter am Landgericht Bielefeld **DR. ZIMMERMANN**

2. Gäste:

   - Minister der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf **BIESENBACH**
   - Vorsitzender des Deutschen Richterbundes in Berlin **GNISA**
   - Rechtsanwalt in Mainz **KNIERIM**
   - Kriminaldirektor des Bundeskriminalamtes in Wiesbaden **SCHMITT**
   - Regierungsdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Berlin **SCHÖNFLEISCH-BACKOFEN**
   - Rechtsanwältin in Köln **DR. STIRNER**

ÜBERSICHT Seite

0.	Vorbemerkungen	6
1.	Einleitung	7
2.	Einführung	9
2.1	Abgrenzung der Vertrauensperson zu Informanten, Verdeckten Ermittlern und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten	9
2.2	Der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Praxis	10
3.	Die historische Entwicklung des Einsatzes von Vertrauenspersonen	15
3.1	Von den Ursprüngen bis Mitte der 1980er Jahre	15
3.2	Von der Festlegung gemeinsamer Richtlinien in 1986 bis 1992	17
3.3	Von 1992 bis 2009	18
3.4	Von 2009 bis heute	19
4	Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Europäischen Ausland	21
4.1	Schweiz	21
4.2	Österreich	22
5.	Vertrauenspersonen - de lege lata	24
5.1	Der Einsatz von Vertrauenspersonen im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR	24
5.1.1	Die EMRK als Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen und Tatprovokationen	24
5.1.1.1	Beachtlichkeit der Vorgaben der EMRK für die deutsche Strafjustiz	24
5.1.1.2	Artikel 6 EMRK als Prüfungsmaßstab	25
5.1.2	Zur Zulässigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen	26
5.1.2.1	Grundsätzliche Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK	26
5.1.2.2	Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK als Schranke für die Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in die Hauptverhandlung	28
5.2	Normative Grundlagen für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen nach deutschem Recht	32
5.3	Rechtliche Vorgaben für den Einsatz von Vertrauenspersonen	33
5.3.1	Die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität als faktische Einsatzvoraussetzung und zugleich Gefahr für ein faires Strafverfahren	34
5.3.2	Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Einsatz von Vertrauenspersonen..	35
5.3.3	Steuerung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch sog. VP-Führer und Abschöpfung der Erkenntnisse durch Quellenvernehmungen	36

5.3.4 Verfahren, Reichweite und Grenzen der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson ... 37
5.3.5 Entlohnung von Vertrauenspersonen ... 40
5.3.6 Befugnisse von Vertrauenspersonen ... 41
5.4 Möglichkeiten und Grenzen der Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in ein Strafverfahren ... 41
5.4.1 § 96 S. 1 StPO als normative Grundlage für die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht ... 42
5.4.2 Beschränkung der Aussagegenehmigung für Polizeibeamte ... 43
5.4.3 Einzelheiten zur Abgabe einer Sperrerklärung und deren Beachtlichkeit für das erkennende Gericht ... 43
5.4.3.1 Auskunftsersuchen über die Identität einer Vertrauensperson durch das erkennende Gericht als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes ... 45
5.4.3.2 Zuständigkeit für die Abgabe einer Sperrerklärung ... 45
5.4.3.3 Legitime Gründe für die Abgabe einer Sperrerklärung ... 46
5.4.3.4 Erforderlicher Inhalt einer Sperrerklärung ... 47
5.4.3.5 Erfordernis einer Prüfung der Möglichkeit einer Vernehmung unter Anwendung von Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung ... 48
5.4.3.6 Grundsätzliche Verbindlichkeit einer Sperrerklärung des Innenministers für das erkennende Gericht ... 50
5.4.4 Rechtliche Unerreichbarkeit der Vertrauensperson für das erkennende Gericht bei Vorliegen einer Sperrerklärung ... 53
5.4.5 Kein Beweiserhebungsverbot bei Vorliegen einer Sperrerklärung ... 53
5.4.6 Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson über Beweismittelsurrogate - Urkundenbeweis und Zeuge vom Hörensagen ... 55
5.4.6.1 Urkundenbeweis ... 55
5.4.6.2 Die Vernehmung des VP-Führers als Zeugen vom Hörensagen ... 56
5.4.6.3 Berücksichtigung der nur mittelbaren Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen im Rahmen der Beweiswürdigung ... 57
5.5 Gesetzliche Regelungen des präventiv-polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen ... 59

6. Vertrauenspersonen de lege ferenda ... 62
6.1 Bedarf es einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren? ... 62
6.2 Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen ... 65
6.2.1 Definitionen ... 65
6.2.2 Anfangsverdacht wegen bestimmter Anlasstaten? ... 67
6.2.3 Subsidiaritätsklausel ... 70
6.2.4 Erhebliche Gefährdung oder unzumutbare Nachteile für den Informanten ... 73
6.2.5 Kein Einsatz von Minderjährigen als Vertrauenspersonen ... 74
6.2.6 Voraussetzungen für das Entfallen der Bindung an die Geheimhaltung Vertraulichkeit ... 75

6.2.7	Betretungsrecht der Vertrauensperson für Wohnungen ……..	77
6.2.8	Anordnungskompetenz……..	78
6.2.9	Auskunftsrechte über die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten……..	81
6.2.10	Bedarf es eines Richtervorbehaltes? ……..	82
6.2.11	Geheimhaltung der Identität nach Abschluss des Verfahrens ……...	84
6.2.12	Regelung von Mindeststandards für den Gesprächsvermerk über die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung……..……	85
6.2.13	Befristung des Einsatzes einer Vertrauensperson……..…….	85
6.2.14	Benachrichtigungspflicht?……..……..	85
6.2.15	Entscheidungskompetenz für die Rücknahme einer Vertraulichkeits-zusage bzw. Geheimhaltung…….	86
6.2.16	Sperrerklärungen……..…….	87
7.	Vertrauenspersonen und Tatprovokationen……...	88
7.1	Begriffliches …….	88
7.2.	Vorgaben der EMRK und des EGMR……..	88
7.2.1	Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Formen der Tatprovo-kation nach der Rechtsprechung des EGMR……	88
7.2.2	Gebotene Rechtsfolgen einer EMRK-widrigen Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR…….....	91
7.3	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundes-gerichtshofes zur Tatprovokation …….	93
7.3.1	Abgrenzung zwischen statthafter Ausnutzung einer Bereitschaft zur Tatbegehung und rechtsstaatswidriger Tatprovokation……	94
7.3.2	Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation…….	96
7.4	Tatprovokation - de lege ferenda …….	98
7.4.1	Einleitung ……..……..	98
7.4.2	Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung und Definition der Tatprovo-kation? ……..	99
7.4.3	Zum Bedürfnis einer Regelung der Rechtsfolgen einer rechtsstaats-widrigen Tatprovokation ……..……	102
7.4.3.1	Verfahrenshindernis als Folge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation…..	103
7.4.3.2	Beweisverwertungsverbot als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovo-kation ……..……	106
7.4.3.3	Gesetzliche Regelung der Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovo-kation auf der Rechtsfolgenebene ……..…..	107
8.	Schlussbetrachtung……..…….	110
Anlage	Zusammenfassung ……....……..	111

0. Vorbemerkungen

Mit Schreiben vom 02.05.2017 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes Direktor des Amtsgerichts Bielefeld Jens Gnisa gebeten, ein Gutachten zu der Frage zu erstatten, ob es einer gesetzlichen Regelung hinsichtlich des Verbots der Tatprovokation und des Einsatzes von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) bedarf.

Dazu hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in seinem Schreiben vom 02.05.2017 ausgeführt:

„… in der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion wird kontrovers darüber diskutiert, ob es hinsichtlich des Verbots der Tatprovokation und des Einsatzes von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) gesetzlicher Regelungen bedarf. Die von Herrn Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zu Beginn der Legislaturperiode im Juli 2014 einberufene Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens hat sich - wenn auch jeweils mit knapper Mehrheit - für die Schaffung entsprechender rechtlicher Grundlagen ausgesprochen. Beide Vorhaben haben wir bisher wegen erhöhten Prüfbedarfs zurückgestellt. Für eine eingehende Beleuchtung der geltenden Rechtslage und eines möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs ist für unser Haus die Expertise erfahrender Richter und Staatsanwälte von besonderem Interesse.“

Der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes Direktor des Amtsgericht Bielefeld Jens Gnisa hat die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes gebeten, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen und sie aus Sicht der Praxis zu beantworten.

1. Einleitung

Ob es für den Einsatz von Vertrauenspersonen (kurz: VP) im Ermittlungsverfahren einer gesetzlichen Regelung bedarf, ist eine Frage, die bereits geraume Zeit in der Gesellschaft allgemein, aber auch unter Strafjuristen kontrovers diskutiert wird.

Vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte sind heimliche Ermittlungsmaßnahmen oftmals besonders umstritten:

Die Vorbehalte gegen den Einsatz von Vertrauenspersonen werden nach Auffassung der Kommission zu einem wesentlichen Teil dadurch hervorgerufen, dass sie in einem naturgemäß besonders abgeschlossenen Bereich bei der Polizei geführt werden und einige wenige Personen über einen Wissensvorsprung verfügen, den sie nur begrenzt mit den übrigen Beteiligten des Strafprozesses teilen können, um nicht die Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit zu gefährden. Die Identität eines Zeugen nicht zu kennen und diesen nicht konfrontativ befragen zu können, ist im Strafprozess ein Problem, das noch dadurch verschärft wird, dass man vermuten darf, dass die Vertrauensperson selber dem Milieu entstammt, dem auch die Beschuldigten angehören, und unklar bleibt, aus welcher Motivation heraus sie mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet hat. Sich hinsichtlich der Prüfung der Zuverlässigkeit der Vertrauensperson und deren Angaben im Wesentlichen auf die VP-Führung der Polizei verlassen zu müssen, hinterlässt - auch - bei jedem Strafjuristen ein zwiespältiges Gefühl.

Dennoch ist die überwiegende Mehrheit der Kommission davon überzeugt, dass es des Einsatzes von Vertrauenspersonen in der Praxis bedarf und diese nicht ohne weiteres durch Verdeckte Ermittler oder andere Ermittlungsmaßnahmen ersetzt werden könnten. Aufgabe des Rechtsstaates ist es eben auch, eine freilich grundrechtskonforme, aber eben auch funktionsfähige Strafverfolgung sicherzustellen. Die Erforderlichkeit heimlicher Ermittlungen als Reaktion auf moderne Kriminalitätsformen, insbesondere im Bereich der organisierten (Clan)Kriminalität, aber auch im Bereich des Terrorismus, bezweifelt heute ernsthaft niemand mehr.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Vertrauenspersonen im Bereich der Strafverfolgung aufgrund des bereits jetzt bestehenden Subsidiaritätsprinzips nur eingesetzt werden, wenn keine anderen aussichtsreichen Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen, mithin als „letztes Mittel“, um Sachverhalte mit schweren und schwersten Straftaten überhaupt aufzuklären.

Insoweit mögen gesetzliche Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen geeignet sein, einen Teil der Vorbehalte abzubauen. Das

Problem, eine grundsätzliche Akzeptanz des Einsatzes von Vertrauenspersonen herzustellen mit der zwingenden Konsequenz, dann auch grundsätzlich alles zu unternehmen, um die Geheimhaltung der Vertrauensperson zu gewährleisten, wird eine gesetzliche Regelung kaum leisten können. Allerdings mag sie es im Einzelfall erleichtern, eine einheitliche Rechtsanwendung und ein justizförmiges Verfahren zu sichern.

Dass von einer gesetzlichen Regelung bislang Abstand genommen worden ist, dürfte eben genau damit zusammenhängen, dass es sich als äußerst schwierig erweisen wird, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die den Bedenken gegen den Einsatz von Vertrauenspersonen Rechnung trägt und zugleich sicherstellt, dass die Regelungen in der Praxis ohne eine Gefährdung der Geheimhaltung umgesetzt werden können.

Noch umstrittener als der Einsatz der Vertrauensperson als solche ist die Problematik der Tatprovokation; nämlich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es dem Staat erlaubt ist, Menschen zur Begehung einer Straftat zu motivieren. Auch für dieses Ermittlungshandeln gibt es aus Sicht der Strafverfolgung ein praktisches Bedürfnis. Hier hat sich von Anfang an gezeigt, dass ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht, da jedenfalls die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bislang nicht geklärt sind.

Die Kommission hat sich für die Erstellung des Gutachtens zunächst einen Überblick über die historische Entwicklung verschafft und die ausführlichen Regelungen in den deutschsprachigen Ländern Österreich und Schweiz betrachtet. Sie hat die geltende Rechtslage insbesondere anhand der Rechtsprechung des EGMR, des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes analysiert und untersucht, wie der Bundes- und die Landesgesetzgeber den polizei-präventiven Einsatz von Vertrauenspersonen geregelt haben.

Vor dem Hintergrund der Betrachtung und Überprüfung der geltenden Rechtslage hat die Kommission Vorschläge erarbeitet, wie der Einsatz von Vertrauenspersonen gesetzlich geregelt werden könnte.

2. Einführung

2.1 Abgrenzung der Vertrauensperson zu Informanten, Verdeckten Ermittlern und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten

Als **Vertrauenspersonen** wird im hier allein interessierenden strafrechtlichen Kontext eine Privatperson bezeichnet, die in keinem festen und auf Dauer angelegten Dienstverhältnis mit einer Strafverfolgungsbehörde - namentlich der Polizei - steht, die aber bereit ist, die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten für einen längeren Zeitraum vertraulich zu unterstützen und unter Anleitung und Führung der ermittlungsführenden Behörde tätig wird. Kennzeichnend ist, dass die Identität der Vertrauensperson zu ihrem Schutz und zur Vermeidung einer Gefährdung des Ermittlungserfolges grundsätzlich geheim gehalten wird.

Vertrauenspersonen arbeiten für einen längeren Zeitraum mit der Polizei oder einer anderen Behörde unter deren Führung und Anleitung bei der Ermittlung von Straftaten zusammen, ohne dass dies bei ihrer Tätigkeit in einem kriminellen Milieu oder in einem kriminellen Umfeld, dem sie selber angehören oder zu dem sie zumindest Zugang haben, bekannt werden darf. Ein solches Engagement setzt regelmäßig voraus, dass sich die Vertrauensperson sicher sein kann, nicht als solche enttarnt und damit persönlichen Risiken ausgesetzt zu werden. Daher ist ein Charakteristikum der Vertrauensperson, dass ihr staatlicherseits die Geheimhaltung ihrer Identität und ihrer Tätigkeit als Vertrauensperson zugesichert werden.

Die Vertrauensperson ist abzugrenzen von anderen Personen, die ebenfalls ohne Offenbarung ihrer Identität und Tätigkeit für Strafverfolgungsbehörden tätig werden:

Unter einem **Informanten** versteht man eine Person, die in einem Einzelfall bereit ist, einer Strafverfolgungsbehörde gegen Zusicherung der Vertraulichkeit Informationen zu geben. Im Gegensatz zur Vertrauensperson, deren Zusammenarbeit mit der Strafverfolgungsbehörde langfristig angelegt ist und deren Tätigkeit von der Polizei bzw. Staatsanwaltschaft regelmäßig eng begleitet und erforderlichenfalls auch gesteuert wird, beschränkt sich die Tätigkeit eines Informanten auf die bloße Mitteilung einer relevanten Information unter Zusicherung der vertraulichen Behandlung des Informationsgebers. Im Unterschied zur Vertrauensperson, die von der Polizei geführt wird und mit „Ermittlungsaufträgen“ versehen werden kann, gibt ein Informant lediglich Angaben zu einem Sachverhalt weiter, ohne dass ihm Polizeibeamte ergänzende „Ermittlungsaufträge“ erteilen. Da ein Informant nicht auf längere Zeit (verdeckt)

mit der Polizei zusammenarbeiten soll, kommt die Zusicherung der Vertraulichkeit ausschließlich in Betracht, wenn er ansonsten erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte. Die Geheimhaltung einer Vertrauensperson darf demgegenüber auch damit begründet werden, dass die Vertrauensperson über einen längeren Zeitraum verdeckt mit der Polizei zusammenarbeiten können muss.

Von den Vertrauenspersonen und Informanten, bei denen es sich jeweils um Personen handelt, die nicht in einem regulären Dienstverhältnis mit einer Strafverfolgungsbehörde stehen, sind Bedienstete der Strafverfolgungsbehörden - namentlich Polizeibeamte - abzugrenzen, die bei verdeckten Ermittlungen mitwirken.

Es handelt sich zum einen um sog. V**erdeckte Ermittler**. Das sind - vgl. § 110a Abs. 2 StPO - Polizeibeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten veränderten Identität (Legende) verdeckt, also insbesondere ohne Offenlegung ihrer Eigenschaft als Polizeibeamter, ermitteln. Zum anderen sind dies sog. **nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (noeP)**. Hierunter werden Polizeibeamte verstanden, die im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit ebenfalls ihre wahre Identität und ihre Funktion als Polizeibeamter ihrem Gegenüber nicht offenbaren. Im Unterschied zu Verdeckten Ermittlern agieren sie nur bei konkreten einzelnen Ermittlungsmaßnahmen so und verfügen auch nicht über eine ihnen auf Dauer verliehene veränderte Identität und frei erfundene Biografie.

2.2 Der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Praxis

In der polizeilichen Praxis erfolgt die Führung der Vertrauenspersonen innerhalb spezieller Abteilungen bei der Polizei, um sicherzustellen, dass besonders ausgebildete und geeignete Polizeibeamte den Kontakt zu der Vertrauensperson halten. Aufgabe dieser Beamten ist es, Vertrauenspersonen, die aufgrund ihrer Kontakte oder ihres Auftretens geeignet sind, Informationen aus dem kriminellen Milieu zu beschaffen, zu gewinnen. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Vertrauenspersonen sich trotz der Nähe zum kriminellen Milieu nicht selbst an Straftaten beteiligen. Die VP-Führer müssen den Kontakt zu der Vertrauensperson halten und die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson selbst und ihrer Angaben regelmäßig prüfen. Gängige Praxis ist die Trennung zwischen der VP-Führung und den ermittelnden Polizeidienststellen.

Bei der Auswahl der Vertrauenspersonen werden berücksichtigt

- das Motiv für das Tätigwerden für die Polizei,
- die persönlichen Verhältnisse der Vertrauensperson,

- Erkenntnisse von Dienststellen, für die die Vertrauensperson bisher tätig war,
- die Eignung für eine Tätigkeit als Vertrauensperson,
- die kriminalpolizeiliche Aktenlage und
- eine mögliche Tatbeteiligung im gegenständlichen Ermittlungsverfahren.

Der Einsatz von Minderjährigen als V-Person ist bereits nach den Richtlinien[1] ausgeschlossen (Nr. 3.4 der Anlage D zur RiStBV). In der Praxis kommen auch Drogensüchtige nicht als Vertrauenspersonen in Betracht, sondern werden ggf. im Einzelfall als Informanten in Anspruch genommen.

Für die Vertrauenspersonen gibt es unterschiedliche Motive, mit der Polizei zusammenzuarbeiten. Diese reichen von persönlichen Abneigungen gegenüber Personen aus dem Täterkreis, der Ablehnung bestimmter Verhaltensweisen bis zur Ausschaltung von Konkurrenten, wobei die eigene Strafbarkeit der Vertrauensperson grundsätzlich ein Grund ist, die Geheimhaltung aufzuheben. Nicht selten handelt es sich allerdings auch um finanzielle Anreize. Die Vertrauenspersonen erhalten eine Entlohnung, die in angemessenem Verhältnis zum Risiko, dem Aufwand und dem Ermittlungserfolg steht. Sie ist an eine fallbezogene Zusammenarbeit gekoppelt, sodass keine generelle Alimentierung der Vertrauensperson erfolgt. Kosten und Auslagen der Vertrauensperson werden gesondert erstattet. In Einzelfällen kommt auch die Gewährung immaterieller Vorteile, etwa die Befürwortung aufenthaltsverlängernder Maßnahmen, in Betracht.

Die Vertrauensperson wird darüber aktenkundig belehrt, dass die Bindung an die Zusage der Geheimhaltung grundsätzlich entfällt (Nr. 4 der Anlage D zur RiStBV), wenn

- bewusst oder leichtfertig falsche Informationen gegeben werden,
- die Vertrauensperson vorwerfbar von Weisungen des VP-Führers abweicht oder sich aus anderen Gründen als unzuverlässig erweist,
- die Vertrauensperson sich an der aufzuklärenden Tat strafbar beteiligt hat oder
- die Vertrauensperson sich bei der Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden sonst strafbar gemacht hat.

Im Groben lassen sich zwei Arten von Vertrauenspersonen unterscheiden:

[1] „Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung“, abgedruckt als Anlage D der RiStBV; es handelt sich um bloße Verwaltungsvorschriften, die die Verwaltung (Polizei und Staatsanwaltschaften) binden.

Unter sog. Nahbereich-Vertrauenspersonen werden die Vertrauenspersonen verstanden, die aufgrund ihrer bereits bestehenden Zugehörigkeit oder Nähe zu einem bestimmten aufzuklärenden Milieu oder Kriminalitätsumfeld Erkenntnisse liefern können. So etwa im Rotlichtmilieu, in Rockergruppierungen und der Betäubungsmittelszene, aber auch unter dem Gesichtspunkt der politisch motivierten Kriminalität in Gruppen Geflüchteter aus bestimmten Herkunftsregionen oder Glaubensrichtungen bzw. in extremistischen politischen oder religiösen Gruppierungen. In diesen Bereichen sind Vertrauenspersonen immanent wichtig, weil verdeckt ermittelnde Polizeibeamte in die relevanten Kreise (Rocker, ausländische Bandenstrukturen, Islamisten, Rechtsextreme etc.) häufig keinen Zutritt erhalten und zu auffällig wären.

Die VP-Führung bemüht sich, an geeignete Personen mit Milieuzugehörigkeit oder Milieunähe heranzutreten und diese zur verdeckten Zusammenarbeit mit der Polizei zu bewegen. Es erfordert regelmäßige Kontakte über einen längeren Zeitraum, um auf beiden Seiten eine Beziehung aufzubauen, bei der auf Seiten der Polizei die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben beurteilt werden kann, anderseits die Vertrauensperson auch sicher sein kann, dass sie Informationen an die Polizei weitergeben kann, ohne sich dadurch selbst zu gefährden. Angaben der Vertrauenspersonen im Verlauf solcher Treffen, die noch außerhalb eines konkreten Ermittlungsverfahrens gemacht werden, können allgemein helfen, bestimmte Kriminalitätsfelder zu erhellen. Schwerpunktmäßig dienen sie dazu, frühzeitig verlässliche Kontakte aufzubauen. Wenn ein konkretes Ermittlungsverfahren geführt wird, können solche Nachbereichs-Vertrauenspersonen helfen, die Ermittlungen gegen Beschuldigte zu unterstützen. Sie können Hinweise auf Täter oder Hintermänner geben oder Kontaktpersonen oder (zu überwachende) Telefonnummern von Beschuldigten mitteilen.

Ziel des VP-Führers muss neben der Gewinnung von Informationen für das Ermittlungsverfahren immer auch der Schutz der Identität der Vertrauensperson sein. Dies bedeutet, dass nur solche Informationen der Vertrauensperson zu den Ermittlungsakten genommen werden können, die keinen Rückschluss auf die Identität der Vertrauensperson zulassen. Das hat im Zweifel zur Folge, dass Vermerke der VP-Führung zu Angaben der Vertrauensperson sehr knapp gehalten sind, weil durch die Weitergabe weiterer Informationen ein Rückschluss auf die Identität der Vertrauensperson möglich wäre. Im Ermittlungs- und Strafverfahren stellt sich damit die Schwierigkeit, dass eine Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Vertrauensperson wegen der Kargheit der Angaben nur

eingeschränkt möglich ist. Aus diesem Grund zielt die Befragung einer Nahbereichs-Vertrauensperson in aller Regel darauf ab, Informationen zu erhalten, mit deren Hilfe weitere Beweismittel ermittelt werden können, die - auch ohne die Angaben der Vertrauensperson - zu Überführung Beschuldigter ausreichen.

Von der Nahbereichs-Vertrauensperson wird die „operative“ Vertrauensperson (auch „Kalt“-Vertrauensperson) unterschieden, die von der Polizei in einem bestimmten Ermittlungsverfahren eingesetzt wird, ohne dass sie bereits zuvor zum Umfeld eines Beschuldigten gehörte, und die auf einen Beschuldigten angesetzt wird, um Informationen über diesen zu sammeln. Teilweise dient der Einsatz der Vertrauensperson auch dazu, einen Kontakt zwischen dem Beschuldigten und einem Verdeckten Ermittler herzustellen, der ansonsten nicht hätte zustande kommen können. Der Einsatz einer operativen Vertrauensperson ist sowohl von der Eingriffsintensität als auch von der Durchführung mit dem Einsatz eines verdeckt ermittelnden Polizeibeamten vergleichbar. Im Unterschied zur Nahbereichs-Vertrauensperson wird der Beschuldigte bei Offenlegung der Maßnahme im Ermittlungsverfahren erkennen, um wen es sich bei der Vertrauensperson gehandelt hat, ohne freilich deren tatsächliche Identität zu kennen. Aus diesem Grund treten solche Vertrauenspersonen im Ermittlungsmilieu regelmäßig unter einem Tarnnamen auf. Auch werden teilweise sonstige Maßnahmen zur Verschleierung ihrer wahren Identität getroffen. Beispielsweise werden ihnen Fahrzeuge zur Verfügung gestellt oder Tarnwohnungen zur Nutzung überlassen, damit sie im Ermittlungsniveau agieren können, ohne dass Personen aus dem Milieu in Verbindung zum tatsächlichen privaten Umfeld der Vertrauenspersonen kommen und so nach Kenntniserlangung von der Zusammenarbeit der Vertrauenspersonen mit der Polizei die Vertrauenspersonen gefährden können. Im Einzelfall können Vertrauenspersonen auch für den Einsatz zeitlich begrenzt Tarnpapiere zur Verfügung gestellt werden.

Bei beiden Arten von Vertrauenspersonen ist der Schutz der Identität der Vertrauensperson erforderlich, um diese vor Gefahren für Leib und Leben oder sonstigen schweren Nachteilen zu schützen. Aus dem Gesagten ergibt sich auch, dass geeignete Vertrauenspersonen nicht leicht zu gewinnen sind und über einen längeren Zeitraum mit der Polizei zusammenarbeiten sollen. Daher ist auch dieser Aspekt ein Grund, die Identität der Vertrauensperson zu schützen.

Um die Geheimhaltung von Informationen zu gewährleisten und eine möglichst enge Führung der Vertrauensperson zu gewährleiten, kommt

auch die Verpflichtung der Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz in Betracht. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Vertrauensperson Kenntnis von Dienstgeheimnissen erlangt, Kontakt zu weiteren verdeckt eingesetzten Personen hat oder besonders intensiv und regelmäßig mit der Polizei zusammenarbeitet. Auch für den Fall einer zeugenschaftlichen Vernehmung der Vertrauensperson in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung kommt die förmliche Verpflichtung der Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz in Betracht, weil die Vertrauensperson (nur) dann ausschließlich nach Verpflichtung einer Aussagegenehmigung bedarf und in diesem Fall lediglich innerhalb des durch diese gesteckten Rahmens Angaben machen darf, womit die Ermittlungsbehörden durch Begrenzung der Aussagebefugnis der Vertrauensperson sicherstellen könne, dass die Vertrauensperson nicht in der Hauptverhandlung über geheimhaltungsbedürftige Umstände - etwa Identitäten anderer Vertrauenspersonen oder Verdeckter Ermittler - aussagt und aussagen muss.

3. Die historische Entwicklung des Einsatzes von Vertrauenspersonen

3.1 Von den Ursprüngen bis Mitte der 1980er Jahre

Der Einsatz von Vertrauenspersonen ist eine seit jeher anerkannte Ermittlungsmethode, die zwar ursprünglich weitestgehend lediglich zur Verfolgung von Staatsschutzdelikten eingesetzt worden war, jedoch nach und nach auch ein fester Bestandteil der allgemeinen Kriminaltaktik wurde. Jedenfalls seit den 1970er Jahren setzten die Strafverfolgungsbehörden Vertrauenspersonen verstärkt insbesondere auch zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität ein.

Gesetzlich war (und ist) der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Strafprozessordnung nicht geregelt worden. Die Maßnahme wurde weitgehend als unkritisch angesehen. Als problematisch galt hingegen von Anfang an der Einsatz von Vertrauenspersonen, wenn diese Tatverdächtige zur Begehung von Straftaten veranlassen sollten (Tatprovokation). Entsprechende Einsätze wurden durch ministerielle Erlasse seit Beginn des 20. Jahrhunderts bis in die 1930er Jahre verboten. Ansonsten galt der Einsatz von Vertrauenspersonen als notwendige und zulässige Ermittlungsmaßnahme. Auch der Deutsche Juristentag 1966 stellte die Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen nicht infrage, sondern diskutierte im Wesentlichen die Problematik einer Aussagegenehmigung für die Vertrauensperson und das Erfordernis, die Vertrauensperson unmittelbar in der Hauptverhandlung als Zeugen zu vernehmen.

Als Folge der fehlenden gesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen oblag es der Rechtsprechung, die Grenzen des zulässigen Einsatzes von Vertrauenspersonen zu bestimmen. Im Wesentlichen betrafen die Entscheidungen, die insbesondere seit Beginn der 1980er Jahre ergingen, die Problembereiche der Tatprovokation und einer möglicherweise rechtswidrigen Täuschung, wenn Tatverdächtige sich gegenüber Vertrauenspersonen in Unkenntnis der Tatsache offenbaren, dass die Vertrauensperson im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätig ist.

Im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung entschied der Bundesgerichtshof auch noch in den 1980er Jahren, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen zur Verfolgung schwerwiegender Straftaten grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden sei. Hinsichtlich der Tatprovokation sei

es zulässig, wenn eine Vertrauensperson auf einen bereits zur Tat entschlossenen Täter lediglich insoweit einwirke, dass dieser seinen Tatplan geringfügig modifiziert. Zulässig sei es auch, dass eine Vertrauensperson einen ihr bislang lediglich als Kleindealer bekannten Tatverdächtigen aufgrund von dessen Prahlereien zu einem Drogengeschäft größeren Umfangs anstifte. Der grundsätzlich zulässige Einsatz einer Vertrauensperson auch zur Tatprovokation werde erst dann unzulässig, wenn die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht mehr gewährleistet sei. Dies ist insbesondere dann bejaht worden, wenn die Vertrauensperson erheblich auf den Tatverdächtigen eingewirkt hatte und teilweise erst den Tatentschluss bei dem Verdächtigen hervorgerufen hatte. Unklar blieben die Folgen eines solchen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip. Teilweise bejahte der Bundesgerichtshof eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruches bzw. nahm ein Verfahrenshindernis an (so z. B. BGH NJW 1981, 1626 f; BGH NStZ 1982, 126 oder BGH NStZ 1984, 78). Teilweise sah er von der zwingenden Annahme eines Verfahrenshindernisses zugunsten einer Strafzumessungslösung ab, verlangte also eine strafmildernde Berücksichtigung des Umstandes der Tatprovokation (BGHSt 32, 345; BGH NJW 1986, 75).

Verschiedene Gremien wurden beauftragt zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung geschaffen und wie diese ggf. ausgestaltet werden sollte:

Schon 1978 stellte eine Arbeitsgruppe, die durch das Justiz- und das Innenministerium des Landes Baden-Württemberg eingesetzt worden war, fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung erforderlich sei. Bedenken hinsichtlich eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Verhaltens der Vertrauensperson auch bei Tatprovokationen (Anstiftung zu Straftaten oder Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz durch Erwerb von Betäubungsmitteln) wurden nicht geäußert. Die Arbeitsgruppe forderte allerdings die grundsätzliche Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, den Beschuldigten nachträglich über den Einsatz einer Vertrauensperson gegen ihn zu unterrichten.

1981 erteilte der Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz einem ad hoc-Ausschuss den Auftrag zu untersuchen, ob und ggf. welche neuen Maßnahmen für die Verbrechensverhinderung erforderlich seien und ob für verdeckte Ermittlungen gesetzliche Neuregelungen oder Änderungen zu erfolgen hätten. Das Gremium kam zu dem Schluss, dass zur Bekämpfung der Schwerkriminalität verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie auch der Einsatz von Vertrauenspersonen erforderlich seien. Als Rechtsgrundlage für die Informationsbeschaffung durch die Vertrauensperson erachtete der

Ausschuss die allgemeine Regelung der §§ 161, 163 StPO als ausreichend. Allerdings tendierte der Ausschuss zu dem Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Regelung, wenn die Vertrauensperson unter direkter Aufsicht oder mit einem konkreten Auftrag der Polizei Handlungen mit Eingriffscharakter vornimmt.

1982 erließ der Hamburger Senator für Inneres Richtlinien für die Inanspruchnahme von Vertrauensleuten, die u. a. vorsahen, dass der Dienststellenleiter über den gezielten Einsatz einer Vertrauensperson zu entscheiden habe und der Einsatz von der Einwilligung der Staatsanwaltschaft abhänge.

In einem Thesenpapier zum Einsatz Verdeckter Ermittler im Rahmen der Strafverfolgung präsentierte die Innenministerkonferenz am 17.10.1985 auch Thesen zum Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten im Strafverfahren. Danach sei der Einsatz von Vertrauenspersonen grundsätzlich zulässig. Die Innenminister forderten, dass Vertrauenspersonen mindestens volljährig sein müssten und dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich die Entscheidung zu treffen habe, ob der Vertrauensperson Geheimhaltung zugesichert werde.

Im Gefahrenabwehrrecht sahen bereits die Vorentwürfe zur Änderung des Musterentwurfes eines einheitlichen Polizeigesetzes aus den Jahren 1985 und 1986 in ihren jeweiligen § 8c Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen vor, mit denen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Volkszählungsurteil Rechnung getragen werden sollte. Der hessische Landesgesetzgeber orientierte sich an dem Entwurf und traf eine Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen für den präventiven Bereich (§ 16 HSOG vom 26.06.1990).

3.2 Von der Festlegung gemeinsamer Richtlinien in 1986 bis 1992

1986 empfahlen die Konferenz der Justizminister und -senatoren der Länder und die ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren Richtlinien über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (Anlage D zur RiStBV), die von den Bundesländern (teilweise mit einigen Änderungen) in Kraft gesetzt wurden. Einige Bundesländer erließen ferner ergänzende Verfahrensvorschriften. Letztendlich handelt es sich bei den Richtlinien um Verwaltungsvorschriften, die ein einheitliches Vorgehen sicherstellen sollen, aber keine Gesetzeskraft haben.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in mehreren Entscheidungen die grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung im Bereich der Organisierten Kriminalität auch ohne spezielle gesetzliche Regelung (BVerfG NJW, 1987, 1974, 1975; BVerfG NStZ 1991, 445).

Gesetzlich geregelt wurde der Einsatz von Vertrauensleuten hingegen im Bundesverfassungsschutzgesetz. Sprachen die Gesetzesentwürfe vom 28.01.1986 und 17.04.1986 noch in den jeweiligen § 5 Abs. 1 von der Befugnis, „nachrichtendienstliche Mittel“ einzusetzen, wurde dies letztlich im Gesetz dahingehend konkretisiert, dass der Einsatz von Vertrauensleuten ausdrücklich genannt wurde.

3.3 Von 1992 bis 2009

1992 regelte der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.07.1992 erstmals den Einsatz von Verdeckten Ermittlern als verdeckte Ermittlungsmaßnahme in der Strafprozessordnung. Für den Einsatz wurden verschiedene Voraussetzungen materieller (z. B. nur für bestimmte Straftaten, § 110a Abs. 1 S. 1, 2 StPO) und formeller (z. B. Zustimmung der Staatsanwaltschaft, § 110b Abs. 1 S. 1 StPO) Natur festgelegt.

Der Gesetzgeber regelte den Einsatz von Vertrauenspersonen bewusst nicht in diesem Gesetz, da er insoweit die allgemeinen gesetzlichen und in den Richtlinien getroffenen Regelungen für ausreichend hielt. Eine gesetzliche Regelung für Verdeckte Ermittler sei hingegen nicht zuletzt deshalb erforderlich gewesen, weil es sich um Polizeibeamte gehandelt habe. Zu deren Rechtssicherheit seien Regelungen zur Rechtsgrundlage, zum Verfahren und zu den Befugnissen des Verdeckten Ermittlers erforderlich gewesen. Da der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung für die Vertrauenspersonen verzichtet hatte, lehnte die obergerichtliche Rechtsprechung konsequent auch eine analoge Anwendung der §§ 110 ff. StPO für den Einsatz von Vertrauenspersonen ab.

Für den präventiven Bereich erfolgte hingegen im Bundesgrenzschutzgesetz vom 19.10.1994 eine Regelung, nach der zu den besonderen Mitteln der Datenerhebung auch der „Einsatz von Personen, die nicht dem Bundesgrenzschutz angehören und deren Zusammenarbeit mit dem Bundesgrenzschutz Dritten nicht bekannt ist“, gehört.

Im Jahr 2001 sprach sich die Große Strafrechtskommission des

Deutschen Richterbundes für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren aus.

3.4 Von 2009 bis heute

Wiederum für den polizeirechtlichen Bereich wurde der Einsatz von Vertrauenspersonen im Bundeskriminalamtsgesetz 2009 in dem damaligen § 20g Abs. 2 Nr. 4 geregelt, indem er als besonderes Mittel der Erhebung von Daten zugelassen wurde.

2013 geriet die als zu lückenhaft empfundene Normierung des Einsatzes von Vertrauenspersonen in den öffentlichen Blickpunkt. In jenem Jahr empfahl der NSU-Untersuchungsausschuss, den Umgang mit dem Einsatz von Vertrauenspersonen zu reformieren, und sprach sich - auch in Bezug auf den polizeilichen Umgang mit einer Vertrauensperson - für folgenden Minimalkonsens aus: Einheitliche Definitionen für die verschiedenen Formen menschlicher Quellen, eindeutige Regelungen zu den Anforderungen an eine Vertrauensperson, zu deren Auswahl, zur Dauer und Beendigung der VP-Eigenschaft sowie eine Vorschrift, die den Schutz der Vertrauensperson in ein angemessenes Verhältnis zu den staatlichen Interessen bringt. 2014 bekräftigten die Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Forderungen.

2015 wurden durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17.01.2015 mit Wirkung vom 21.11.2015 eigenständige und detaillierte Vorschriften zur Vertrauensperson in das Bundesverfassungsschutzgesetz integriert (vgl. § 9b BVerfSchG: Vertrauensleute). Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wollte eine Reform anstoßen, um einen zukunftsfähigen und funktionierenden Verfassungsschutz zu gewährleisten. § 9b BVerfSchG restringiert u. a. den Kreis tauglicher Vertrauenspersonen (§ 9b Abs. 2 BVerfSchG). Über die Verweisungskette der §§ 9b Abs. 1, 9a Abs. 1, 9 Abs. 1 BVerfSchG ist der Einsatz an die dort festgelegten Voraussetzungen gebunden.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte am 20.04.2016 eine Vielzahl der Vorschriften des Bundeskriminalamtgesetzes für verfassungswidrig. Für eine Übergangszeit bis 30.06.2018 legte es fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen grundsätzlich unter Richtervorbehalt steht.

Daraufhin regelte der Gesetzgeber das Bundeskriminalamtgesetz mit Gesetz vom 01.06.2017 neu. § 45 BKAG regelt die Befugnis zum Einsatz

von Vertrauenspersonen und legt fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen gegen bestimmte Personen oder bei Betreten nicht allgemein zugänglicher Wohnungen unter Richtervorbehalt stehen. Ferner dürfen Vertrauenspersonen präventiv zum Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane und der Leitung des Bundeskriminalamtes eingesetzt werden (§ 64 BKAG). Es besteht die Verpflichtung, die Betroffenen nachträglich zu benachrichtigen.

4. Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Europäischen Ausland

Die Kommission hat sich auf die Darstellung der Rechtslage in der Schweiz und in Österreich beschränkt, weil es sich um vergleichbare Strafrechtssysteme handelt und die Regelungen in deutscher Sprache gefasst gewesen sind.

4.1 Schweiz

Das Schweizer Strafprozessrecht spricht in diesem Zusammenhang von verdeckten Ermittlungen und Verdeckten Ermittlern, ohne in den gesetzlichen Regelungen zwischen dem Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter und privater Vertrauenspersonen zu unterscheiden. Nach der Legaldefinition des § 285a StPO liegt eine verdeckte Ermittlung vor, wenn Angehörige der Polizei oder *Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind*, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären.

Die Durchführung verdeckter Ermittlungen ist an Voraussetzungen geknüpft, die in etwa vergleichbar sind mit den Anordnungsvoraussetzungen für eine Telekommunikationsüberwachung in Deutschland. Es muss ein Anfangsverdacht wegen einer Straftat aus einem aufgelisteten Straftatenkatalog bestehen, wobei die Tat auch im Einzelfall schwer wiegen muss. Ferner dürfen verdeckte Ermittlungen lediglich subsidiär geführt werden, das heißt, dass die sonstigen Ermittlungen erfolglos waren oder aussichtslos oder unverhältnismäßig erschwert wären. Der Einsatz verdeckter Ermittlungen ist von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig.

Zum Identitätsschutz der Verdeckten Ermittler dürfen diese mit einer Legende ausgestattet werden; die Staatsanwaltschaft ist befugt, die Identität der Verdeckten Ermittler auch dann nicht zu offenbaren, wenn diese als Zeugen im Strafverfahren aussagen.

Gesetzlich geregelt ist der Fall der Tatprovokation. Nach § 293 StPO dürfen Verdeckte Ermittler lediglich einen schon vorhandenen Tatentschluss des Täters konkretisieren, den Beschuldigten jedoch nicht veranlassen, überhaupt eine Straftat oder eine schwerere Straftat als

ursprünglich beabsichtigt zu begehen. Andernfalls ist die Strafe zu mindern oder von Strafe abzusehen.

Über den Einsatz Verdeckter Ermittler ist der Beschuldigte grundsätzlich mit Abschluss des Vorverfahrens zu benachrichtigen. Im Ausnahmefall kann das Gericht entscheiden, dass die Mitteilung aufgeschoben wird oder sogar unterbleibt, wenn die gewonnenen Erkenntnisse nicht zu Beweiszwecken verwendet werden und dies zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen erforderlich ist. Dem Beschuldigten steht das Recht zu, sich gerichtlich gegen den Einsatz Verdeckter Ermittler zu beschweren.

4.2 Österreich

Auch die österreichische Strafprozessordnung enthält Regelungen zur Durchführung verdeckter Ermittlungen, unter denen ebenso wie in der Schweiz sowohl der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten als auch von Vertrauenspersonen verstanden wird. Vertrauenspersonen werden in einem Erlass als Personen bezeichnet, die bereit sind, auf längere Zeit, freiwillig und unter Zusicherung der Vertraulichkeit im Auftrag der Kriminalpolizei Informationen zur Aufklärung einer strafbaren Handlung zu beschaffen und im Bedarfsfall unter der Führung der Kriminalpolizei an verdeckten Einsätzen teilzunehmen. Demgegenüber wird auch in Österreich als Informant eine Person bezeichnet, die gegen Zusage der Vertraulichkeit im Einzelfall von sich aus bereit ist, der Kriminalpolizei vertrauliche Informationen über strafbare Handlungen zu geben.

Im österreichischen Recht sind systematische und über eine längere Zeit geführte verdeckte Ermittlungen zulässig, wenn ohne die Maßnahme die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr bedroht ist, oder die Verhinderung einer geplanten Straftat einer terroristischen oder kriminellen Vereinigung wesentlich erschwert ist. Die Anordnungskompetenz liegt für diese Fälle bei der Staatsanwaltschaft.

Kurze verdeckte Ermittlungen dürfen hingegen durch die Kriminalpolizei angeordnet werden, wenn dies zur Aufklärung von Straftaten erforderlich ist.

Wohnungen dürfen im Rahmen verdeckter Ermittlungen lediglich mit Einverständnis des Inhabers betreten werden. Dabei darf der verdeckte Ermittler den Berechtigten nicht über tatsächlich nicht bestehendes Betretungsrecht täuschen.

Über die Maßnahmen ist der Beschuldigte nach deren Abschluss durch Zustellung der Anordnungen und Genehmigungen zu informieren.

Die Identität der Vertrauensperson darf gegenüber den Gerichten geheim gehalten werden. Es besteht die Möglichkeit einer anonymen Aussage und eines Ausschlusses der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung. Das Verlesen einer schriftlichen Aussage der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung als Beweismittel ist ausnahmsweise zulässig, wenn es sich um ein Verfahren wegen einer außergewöhnlich schwerwiegenden Straftat handelt, die persönliche Sicherheit der Vertrauensperson durch die Aussage evident gefährdet wäre und eine anonyme Aussage unter Ausschluss der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung nicht ausreicht, um die persönliche Sicherheit der Vertrauensperson zu gewährleisten.

Hinsichtlich der Tatprovokation ist in Österreich in § 5 Abs. 3 StPO gesetzlich geregelt, dass Personen nicht zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) widerstreitenden Weise verleitet werden dürfen. In derselben Vorschrift ist geregelt, dass Beschuldigte nicht durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis verlockt werden dürfen. In diesem Zusammenhang bestimmt § 133 Abs. 5 StPO, dass die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines Beschuldigten wegen solcher strafbaren Handlung abzusehen hat, zu deren Begehung er nach § 5 Abs. 3 StPO verleitet wurde.

5. Vertrauenspersonen - de lege lata

5.1. Der Einsatz von Vertrauenspersonen im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

5.1.1 Die EMRK als Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen und Tatprovokationen

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), der sich vielfach mit der hier interessierenden Thematik beschäftigt hat, setzt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 04.11.1950 dem Einsatz von Vertrauenspersonen der Ermittlungsbehörden und der Beweisgewinnung in Folge staatlich motivierender Tatbegehung (Tatprovokation durch die Ermittlungsbehörden) menschenrechtliche Grenzen.

5.1.1.1 Beachtlichkeit der Vorgaben der EMRK für die deutsche Strafjustiz

Die im Rahmen des Europarats als völkerrechtlicher Vertrag ausgearbeitete EMRK verpflichtet nicht nur die Vertragsstaaten in Artikel 1, den ihrer Rechtsordnung unterworfenen Personen bestimmte Grundrechte zu gewähren, sondern begründet auch dem Einzelnen rechtlich unmittelbar zustehende (europäische) Grundrechte. Dies folgt für die Bundesrepublik Deutschland bereits daraus, dass die EMRK, die direkt anwendbare und damit keiner staatlichen Transformation bedürfende Grundrechte normiert, über das Zustimmungsgesetz nach Artikel 59 Abs. 2 GG als einfaches Bundesrecht gilt. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden - Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte - haben die Gewährleistungen der EMRK mithin in gleicher Weise unmittelbar zu beachten wie sonstige bundesgesetzliche Regelungen, etwa die Normen der Strafprozessordnung. Vorgaben zum Einsatz von Vertrauenspersonen und zum Umfang mit polizeilicher Tatprovokation können damit der EMRK grundsätzlich in gleicher Weise entnommen werden wie den Grundrechten des Grundgesetzes und den Regelungen der Strafprozessordnung.

Hinsichtlich des konkreten Gewährleistungsgehaltes der Grundrechte der EMRK ist die Rechtsprechung des EGMR die zentrale Erkenntnisquelle, denn bei Anwendung und Auslegung der EMRK haben die (deutschen) Strafverfolgungsbehörden der sehr differenzierten und umfangreichen Judikatur des EGMR Rechnung zu tragen, also die Garantien der EMRK in der Gestalt zu berücksichtigten, wie sie vom EGMR entfaltet worden sind.

5.1.1.2 Artikel 6 EMRK als Prüfungsmaßstab

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Vertrauenspersonen, also von Privatpersonen, die sich in einem kriminellen Umfeld bewegen und im Auftrag der Ermittlungsbehörden dort Informationen sammeln und an die Ermittlungsbehörden weitergeben, EMRK-konform ist, bestimmt sich nach Artikel 6 EMRK. Dieser Artikel normiert das Gebot eines fairen Strafverfahrens und schreibt einzelne Ausprägungen konkret fest und garantiert diese. Das Gleiche gilt für die Beurteilung der Menschenrechtskonformität einer Tatveranlassung durch die Ermittlungsbehörden (Tatprovokation).

Artikel 6 EMRK lautet:

> „(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. (…)
>
> (3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:
> a) Innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
> b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
> c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
> d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
> e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichtes nicht versteht oder spricht.“

Konkret einschlägig ist nach der Rechtsprechung des EGMR für beide hier zu betrachtenden Aspekte jeweils primär die generalklauselartige Gewährleistung eines „fairen Verfahrens“, Artikel 6 Abs. 1 EMRK. Daneben ist, soweit es um die Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson in ein Strafverfahren geht und die Vertrauensperson für eine Vernehmung in einer Hauptverhandlung „gesperrt“ wird, das in solchen Fällen beeinträchtigte Konfrontationsrecht nach Artikel 6 Abs. 2 d EMRK von Relevanz, welches dem Angeklagten das Recht gewährt, eigene Fragen an den Zeugen zu richten und damit deren Glaubwürdigkeit zu hinterfragen.

5.1.2 Zur Zulässigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen

5.1.2.1 Grundsätzliche Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK

Der EGMR hält den Einsatz von Vertrauenspersonen der Ermittlungsbehörden ebenso wie den Einsatz von Verdeckten Ermittlern - soweit ersichtlich differenziert der EGMR insoweit nicht in relevanter Weise - für grundsätzlich statthaft und beruft sich darauf, dass die Ausbereitung des organisierten Verbrechens derartige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen erforderlich mache, um Straftaten aufzuklären.

Allerdings verlangt der Gerichtshof, dass Einsätze „klar abgegrenzt und abgesichert“ sind. Der EGMR sieht die Gefahr eines rechtswidrigen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen, weshalb er prozessuale Absicherungen verlangt. Der Gerichtshof erachtet verdeckte Ermittlungsmethoden nur für zulässig, wenn angemessene und ausreichende Sicherungen gegen einen Missbrauch vorhanden sind. Insbesondere fordert er „ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren, um die fraglichen Ermittlungsmaßnahmen zu genehmigen, durchzuführen und zu überwachen.“ Verlangt werden mithin feste Regeln hinsichtlich der Anordnung bzw. Genehmigung eines Einsatzes und dessen Durchführung. Konkrete Anforderungen hat der ERMR allerdings bislang - soweit ersichtlich - nicht formuliert. Insbesondere lässt sich aus der einschlägigen jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht ableiten, dass es zwingend einer formalgesetzlichen und bereichsspezifischen Grundlage bedarf oder Richtervorbehalte eingeführt werden müssten.

In seiner Entscheidung *Furcht v. Deutschland* vom 23.10.2014, der im vorliegenden Zusammenhang - gerade auch, was die Zulässigkeit einer Tatprovokation anbelangt - maßgebliche Bedeutung zukommt, formuliert der EGMR (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, NJW 2015, 3631):

„Es kann zulässig sein, Verdeckte Ermittler einzusetzen, sofern der Einsatz klar abgegrenzt und abgesichert ist. Die Ausbreitung des organisierten Verbrechens verlangt zweifellos wirksame Maßnahmen, doch nimmt das Recht auf eine geordnete Rechtspflege eine so herausragende Stellung ein, dass es nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden darf."

Bereits im Jahr 2008 hat der EGMR insofern ausgeführt (EGMR, 05.02.2008, 74420/01, NJW 2009, 3565, Rd.Nr. 49 ff.):

„Der Gerichtshof verkennt nicht die Schwierigkeiten der Polizei bei der Sammlung von Beweisen, um Straftaten aufzudecken und zu untersuchen. Dabei ist sie insbesondere im Kampf gegen das organisierte Verbrechen und gegen Korruption mehr und mehr darauf angewiesen, Verdeckte Ermittler und Informanten einzuschalten sowie verdeckt zu arbeiten. (…)

Unter diesen Umständen kann die Verwendung besonderer Ermittlungsmethoden - insbesondere verdeckte Ermittlungen - für sich allein nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßen. Doch muss sie sich wegen der Gefahr polizeilicher Anstiftung, zu der solche Techniken führen können, innerhalb klarer Grenzen bewegen. (…)

Insbesondere verbietet die Konvention den Behörden nicht, sich im Stadium der Ermittlungen auf Quellen wie anonyme Informanten zu stützen, wenn es die Art der Straftat verlangt. Doch ist ihre spätere Verwendung durch das erkennende Gericht, um eine Verurteilung zu begründen, etwas Anderes. Sie ist grundsätzlich nur zulässig, wenn angemessene und ausreichende Sicherungen gegen Missbrauch vorhanden sind, insbesondere ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren, um die fraglichen Ermittlungsmaßnahmen zu genehmigen, durchzuführen und zu überwachen. (…) Der Anstieg des organisierten Verbrechens verlangt den Einsatz entsprechend wirksamer Maßnahmen, doch gilt das Recht auf ein faires Verfahren, von dem sich das Erfordernis einer geordneten Rechtspflege herleitet, für jede Form der Kriminalität, von der Klein- bis zur Schwerkriminalität. In der demokratischen Gesellschaft nimmt das Recht auf eine geordnete

> Rechtspflege einen so herausragenden Platz ein, dass es nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden darf.
>
> (…) der Einsatz von V-Männern hingenommen werden kann, wenn er klar eingegrenzt und abgesichert ist, (…).“

5.1.2.2 Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK als Schranke für die Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in die Hauptverhandlung

Blickt man auf die Rechtsprechung des EGMR, so hat die EMRK für den Einsatz von Vertrauenspersonen Relevanz in zweierlei Hinsicht: Zum einen beschränkt die EMRK den Einsatz von Vertrauenspersonen insoweit, als sie eine Tatprovokation durch diese untersagt. Zum anderen setzt die EMRK der Verwertung von Erkenntnissen, die eine Vertrauensperson erlangt hat, Grenzen, wenn die Vertrauensperson in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung nicht gehört werden kann. Denn die Einführung von Erkenntnissen, die eine Vertrauensperson als Zeuge erlangt hat, in eine strafrechtliche Hauptverhandlung ohne Vernehmung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung widerstreitet dem von Artikel 6 Abs. 2 d EMRK gewährleisteten Konfrontationsrecht.

Vertrauenspersonen wird in der Rechtspraxis häufig eine Geheimhaltungszusage erteilt, also die Zusage dahingehend, dass ihre Personalien von der Polizei im Strafverfahren nicht offenbart werden. Dies ist grundsätzlich statthaft. Sofern es in einem Strafverfahren auf Erkenntnisse einer Vertrauensperson ankommt, vermag das Gericht in einem solchen Fall daher die Vertrauensperson mangels Kenntnis von deren Personalien nicht als Zeuge zu laden und in der Hauptverhandlung zu vernehmen. In der deutschen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Ersuchen eines Gerichtes an die Polizei um Mitteilung der Personalien einer Vertrauensperson mit einer „Sperrerklärung“ entgegnet werden kann, also einer begründeten Versagung der Erteilung von Auskünften zu den Personalien einer Vertrauensperson. Rechtsgrundlage ist insofern die analoge Anwendung des § 96 StPO. Zudem kann Ermittlungsbeamten die erforderliche Aussagegenehmigung nach § 54 StPO versagt werden, sodass diese in einer Hauptverhandlung keine Auskünfte geben dürfen, die zur Identifizierung einer Vertrauensperson beitragen können. All dies hat der EGMR nicht prinzipiell beanstandet.

Grundsätzlich hat das Gericht, welches insofern einen Beurteilungsspielraum der Exekutive anzuerkennen hat, eine Sperrerklärung bzw. Ablehnung der Erteilung einer (uneingeschränkten) Aussagegenehmigung für

Polizeibeamte zu akzeptieren. Die Vertrauensperson ist bei einer ermittlungsbehördlichen „Sperrung“ damit für das Gericht ein unerreichbarer Zeuge, sodass auch Beweisanträge auf deren Vernehmung nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO als unerreichbar abgelehnt werden können.

Die Erkenntnisse einer gesperrten Vertrauensperson können in einem solchen Fall nur mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Zum einen können Informationen, die eine Vertrauensperson erlangt hat, durch zeugenschaftliche Vernehmung ihrer polizeilichen Führungsperson in eine strafrechtliche Hauptverhandlung eingeführt werden; die polizeiliche Führungsperson ist dann „Zeuge vom Hörensagen“, weil sie in der Hauptverhandlung das bekundet, was die Vertrauensperson ihr gesagt hat. Eine solche Vernehmung eines „Zeugen vom Hörensagen“ ist grundsätzlich statthaft; insbesondere verstößt sie nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO.

Der EGMR hat die Einführung von Angaben für das Gericht nicht erreichbarer Verdeckter Ermittler und V-Leute über einen Führungsbeamten der Behörde als grundsätzlich statthaft erachtet.

Zum anderen können Vernehmungsprotokolle, die von der Polizei bei polizeilichen Vernehmungen der Vertrauensperson aufgenommen worden sind, bei einer Sperrung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen werden.

Auch eine solche Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen über die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle hat der EGMR grundsätzlich gebilligt.

In diesen Fällen wird indes die Vertrauensperson selbst nicht in der Hauptverhandlung vernommen. Damit haben weder das Gericht noch die Staatsanwaltschaft sowie der Angeklagte und dessen Verteidiger die Möglichkeit, eigene Fragen an die Vertrauensperson zu richten.

Dies widerstreitet dem von Artikel 6 Abs. 2 d EMRK gewährleisteten Konfrontationsrecht, also dem Recht eines Angeklagten, einen Zeugen selbst oder durch seinen Verteidiger befragen zu können.

Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK sieht vor, dass Zeugen - und dies gilt auch für Vertrauenspersonen - grundsätzlich in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten vernommen und dort

auch von dem Angeklagten - oder jedenfalls dem Verteidiger - befragt werden können.

Gewahrt ist das Konfrontationsrecht allerdings auch dann, wenn der Zeuge (lediglich) audiovisuell nach § 247a StPO vernommen wird. In Fällen, in denen eine Vertrauensperson zwar für eine unmittelbare Vernehmung in einer Hauptverhandlung in analoger Anwendung des § 96 StPO vom zuständigen Innenminister gesperrt wird, aber dessen audiovisuelle Vernehmung nach § 247a StPO möglich ist, ist das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK mithin nicht beeinträchtigt. Dies gilt auch dann, wenn die audiovisuelle Vernehmung unter optischer und/oder akustischer Verfremdung der Vertrauensperson erfolgt. Denn in diesen Fällen wird der Idee des Konfrontationsrechts, dass der Angeklagte zur Wahrung der Verfahrensfairness die Möglichkeit haben muss, einem (Belastungs-)Zeugen eigene Fragen zu stellen, um dessen Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit seiner Angaben ggf. prüfen und erschüttern zu können, hinreichend Rechnung getragen.

Wenn allerdings die Erkenntnisse einer Vertrauensperson allein durch Vernehmung der polizeilichen Führungsperson oder Verlesung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist das Konfrontationsrecht nicht gewahrt.

Jedoch stellt nach ständiger Rechtsprechung des EGMR nicht schon jede Nichtgewährleistung des Konfrontationsrechtes nach Artikel 6 Abs. 2 d EMRK einer Verletzung der EMRK dar. Denn nach der Rechtsprechung des EGMR ist auch das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK eine konkrete Ausprägung des Gebotes des fairen Verfahrens. Damit komme es nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich darauf an, ob nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände das betreffende Verfahren insgesamt als fair betrachtet werden kann.

Die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen trotz der Nichtgewährung des Konfrontationsrechtes die Verfahrensfairness gewahrt ist und damit ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK zu verneinen ist, ist in der Rechtsprechung des EGMR deutlichen Schwankungen unterworfen.

Maßstab für die Beurteilung ist gegenwärtig die Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Schatschaschwili v. Deutschland* vom 15.12.2015 (EGMR, 15.12.2015, 9154/10, StV 2017, 213).

Danach verbietet Artikel 6 Abs. 2 d EMRK nicht grundsätzlich die Verwertung von Aussagen im polizeilichen oder gerichtlichen Ermittlungsverfahren als Beweismittel, sofern die Rechte der Verteidigung beachtet wurden. Diese Rechte verlangen in der Regel, dass dem Beschuldigten angemessene und ausreichende Möglichkeit eingeräumt wird, die belastenden Zeugenaussagen anzugreifen und die Zeugen entweder bei der Aussage oder später zu befragen. Selbst die Zulassung einer Aussage, die vor der Hauptverhandlung von einem Zeugen gemacht wurde, der in der Hauptverhandlung nicht gehört worden ist und die das einzige oder entscheidende belastende Beweismittel darstellt, führt nach Auffassung des EGMR nicht automatisch zu einer Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRG. Eine starre Anwendung der sog. Regel des einzigen oder entscheidenden Beweises, der zufolge ein Verfahren nicht fair ist, wenn eine Verurteilung des Angeklagten allein oder entscheidend auf den Aussagen von Zeugen beruht, die der Angeklagte zu keinem Stadium des Verfahrens befragen konnte, widerspreche der Art und Weise, in der der EGMR das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne des Artikel 6 Abs. 1 EMRK gewöhnlich bewerte, indem er nämlich prüfe, ob das Verfahren **insgesamt** fair war. Wegen der Gefahren, die mit Aussagen abwesender Zeugen verbunden sind, sei die Zulassung eines solchen Beweismittels aber ein wichtiger Gesichtspunkt, der bei der Beurteilung der Fairness des Verfahrens zu berücksichtigen sei.

Die erforderliche Gesamtbeurteilung, ob ein Verfahren trotz Verwertung der Aussage eines nicht konfrontativ befragten Zeugen noch fair und damit EMRK-konform sei, müsse anhand von drei Prüfungskriterien vorgenommen werden, die allerdings nicht in einem festen Stufenverhältnis zueinander stünden und deren jeweilige Bejahung oder Verneinung im konkreten Fall für sich genommen noch nicht ausreiche, um ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK bejahen oder verneinen zu können:

- Erstens sei zu fragen, ob es einen triftigen Grund gab, der das Nichterscheinen des Zeugen und folglich die Zulassung seiner nicht konfrontativ hinterfragten Aussage aus dem Ermittlungsverfahren rechtfertige.
- Zweitens sei zu prüfen, ob die Aussage des abwesenden Zeugen die einzige oder entscheidende Grundlage für die Verurteilung gewesen sei.
- Drittens sei zu fragen, ob es ausgleichende Faktoren gegeben habe, insbesondere strenge Verfahrensgarantien, die ausreichen, um die Schwierigkeiten auszugleichen, die der Verteidigung durch die Zulassung eines solchen Beweismittels verursacht wurden und um die Verfahrensfairness insgesamt sicherzustellen.

In mehreren Entscheidungen hat sich der EGMR konkret mit der Frage befasst, unter welcher Voraussetzung ein Verfahren noch als fair und damit im Einklang mit Artikel 6 EMRK stehend betrachtet werden kann, obwohl Erkenntnisse einer Vertrauensperson bzw. einer anonymen Beweisperson verwertet wurden, die nicht vom Angeklagten oder dessen Verteidiger in der Hauptverhandlung befragt werden konnte, sodass das Konfrontationsrecht des Artikels 6 Abs. 2 d EMRK nicht gewährt wurde.

Diese Rechtsprechung der EGMR lässt sich wie folgt zusammenfassen:
Die Behörden müssen stichhaltige und ausreichende Gründe für die Geheimhaltung der Identität eines Zeugen vorbringen; insbesondere muss eine behördliche Sperrerklärung ausreichend begründet sein und vom nationalen Strafgericht überprüft und bestätigt werden. Die Behörden müssen die Interessen der Verteidigung und die des Zeugen - insbesondere hinsichtlich seines Rechtes auf Leben, auf Sicherheit und persönliche Freiheit - erkennbar gegeneinander abwägen. Dabei dürfen die Interessen schutzbedürftiger Zeugen nicht in unzulässiger Weise gefährdet werden. Die mittelbar - durch Vernehmung einer polizeilichen Verhörperson oder Verlesung eines polizeilichen Vernehmungsprotokolls - in die Hauptverhandlung eingeführten Aussagen der Vertrauensperson müssen besonders sorgfältig und vorsichtig gewürdigt werden. Wenn möglich sind neben der besonders sorgfältigen und vorsichtigen Beweiswürdigung weitere Ausgleichsmaßnahmen zu ergreifen. In Betracht kommt insofern etwa die Gewährung der Möglichkeit, schriftlich Fragen an die Vertrauensperson zu stellen. Die Verurteilung eines Beschuldigten darf schließlich nicht ausschließlich oder im Wesentlichen auf die Aussage einer nicht konfrontativ hinterfragten Beweisperson gestützt werden.

Dem entspricht im Wesentlichen auch die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung.

5.2 Normative Grundlagen für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen nach deutschem Recht

Die Tätigkeit von Vertrauenspersonen ist, soweit es den hier allein interessierenden Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, also den repressiven Einsatz von Vertrauenspersonen anbelangt, gesetzlich bislang nicht geregelt. Dies unterscheidet den Einsatz von Vertrauenspersonen maßgeblich von dem Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter (Verdeckte Ermittler), deren Tätigkeit im Rahmen eines Strafverfahrens seit 1992 in der Strafprozessordnung (§ 110a ff. StPO) normiert ist.

Allerdings ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, namentlich der des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes, anerkannt, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich statthaft ist. Die Rechtsprechung verlangt insofern, entgegen der Kritik insbesondere des Schrifttums, keine spezialgesetzliche Grundlage, sondern geht davon aus, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen auf die Ermittlungsgeneralklausel der Strafprozessordnung (§§ 161, 162 StPO) gestützt werden kann. Maßgebliche Erwägung ist insofern, dass Vertrauenspersonen im Gegensatz zu Polizeibeamten über keine speziellen Eingriffsbefugnisse verfügen, sondern „lediglich“ gegenüber ihrer Kontaktperson den Umstand, dass sie für eine Strafverfolgungsbehörde tätig sind und ihre gewonnenen Ergebnisse an diese weitergeben, nicht offenbaren. Grundsätzlich bestehen jedoch kein rechtlicher Anspruch und kein schutzwürdiges Interesse der Bürgerinnen und Bürger dahingehend, dass deren Kontaktpersonen, die Vertrauenspersonen, erlangte Erkenntnisse nicht an staatliche Stellen weitergeben.

Allerdings sind die Voraussetzungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen in der Anlage D zur RiStBV (gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung) geregelt. Die Richtlinien sind im Wesentlichen wortgleich als gemeinsame Erlasse der Innen- und Justizministerien übernommen worden. Es handelt sich damit aber letztlich um eine Verwaltungsvorschrift, die zwar für die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden) verbindlich ist, jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe darstellt und auch für die unabhängigen Gerichte nicht bindend ist.

5.3 Rechtliche Vorgaben für den Einsatz von Vertrauenspersonen

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes billigt zwar grundsätzlich den Einsatz von Vertrauenspersonen (vgl. nur BVerfGE 57, 250; BVerfG NJW 1987, 1874; BVerfG NJW 1996, 448; BGHSt 32, 115; BGHSt 40, 211; BGHSt 41, 42), hat allerdings in den letzten Jahrzehnten umfangreiche und detaillierte Vorgaben für einen Einsatz von Vertrauenspersonen aufgestellt und diesem Grenzen gezogen. Die Bestimmungen in der Anlage D zur RiStBV spiegeln die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Vorgaben zu den Einsatzvoraussetzungen wieder. Dagegen beruht die

Rechtslage zur Wahrung einer zugesicherten Geheimhaltung gegenüber den Gerichten im Strafprozess und zur Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in strafrechtliche Hauptverhandlungen allein auf - allerdings mittlerweile gefestigtem und gesichertem - Richterrecht.

Nachfolgend werden die Vorgaben für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen, wie sie sich aus einer Gesamtschau der Regelungen in der Anlage D zur RiStBV sowie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ergeben, zusammenfassend skizziert. Dieses - im Hinblick darauf, dass die maßgeblichen Regelungen aus einer Einzelfallrechtsprechung der Gerichte resultieren, teilweise recht unübersichtliche - Konglomerat von Regeln stellt den rechtlichen Rahmen dar, in dem der Einsatz von Vertrauenspersonen in Deutschland derzeit de lege lata erfolgt.

5.3.1 Die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität als faktische Einsatzvoraussetzung und zugleich Gefahr für ein faires Strafverfahren

In bestimmten Kriminalitätsbereichen, namentlich im Bereich der Rauschgiftkriminalität, der Bandenkriminalität und der sonstigen organisierten Kriminalität, sind Polizei und Staatsanwaltschaft wegen des typischerweise abgeschotteten und klandestinen Agierens der Täter darauf angewiesen, von Privatpersonen aus dem jeweiligen Milieu bzw. von Privatpersonen, die bereit sind, in Absprache mit der Polizei in Kontakt mit den betreffenden Personenkreisen zu treten, Informationen zu erlangen. Die für eine längerfristige Ermittlungshilfe in Betracht kommenden Personen sind allerdings aus naheliegenden Gründen regelmäßig nur dann zu einer Zusammenarbeit mit der Polizei bereit, wenn sie sichergehen können, dass ihre Identität und ihr Engagement für die Polizei von den Strafverfolgungsbehörden geheim gehalten werden, und zwar auch in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren, um nicht Repressionen aus dem Kriminalitätsumfeld ausgesetzt zu werden. Die Strafverfolgungsbehörden haben darüber hinaus auch deshalb ein Interesse an einer Geheimhaltung der Identität von Vertrauenspersonen, um deren Enttarnung zu verhindern und diese möglichst langfristig einsetzen zu können.

Die behördliche Zusicherung von Geheimhaltung konfligiert allerdings mit den Regeln des strafprozessualen Zeugenbeweises. Diese sehen nämlich vor, dass Zeugen grundsätzlich unter Preisgabe ihrer Identität und Tätigkeit offen im Strafverfahren - und zwar auch in einer (öffentlichen) Hauptverhandlung - aussagen. Die Zusicherung von Geheimhaltung führt jedoch, wie noch näher darzulegen sein wird, regelmäßig dazu, dass die

Gerichte keine Auskunft über die Identität einer eingesetzten Vertrauensperson erhalten und daher eine offene und unmittelbare Vernehmung der Vertrauenspersonen über ihre Erkenntnisse in der Hauptverhandlung nicht möglich ist. Dieses ist allerdings vor dem Hintergrund des im deutschen Strafprozessrecht geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des gerade auch durch Artikel 6 EMRK geltenden Konfrontationsrechtes im Strafprozess problematisch. Schon deshalb hat die Rechtsprechung dem Einsatz von Vertrauenspersonen Grenzen gesetzt. Hinzu kommt, dass Vertrauenspersonen in staatlichem Auftrag ihre Kontaktpersonen über ihre Zusammenarbeit mit der Polizei täuschen oder zumindest bewusst im Unklaren lassen. Auch wegen dieses „staatlichen Täuschungselements“ und damit unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses eines insgesamt fairen Verfahrens wird der Einsatz von Vertrauenspersonen nicht uneingeschränkt für statthaft erachtet. Dies gilt insbesondere dann, wenn Vertrauenspersonen von der Polizei engmaschig geführt und angeleitet werden und damit faktisch als verlängerter Arm der Polizei tätig werden, sodass sich ihre Tätigkeit rein tatsächlich nicht wesentlich von der Verdeckter Ermittler unterscheidet.

5.3.2 Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Einsatz von Vertrauenspersonen

Wie in Nummer 3.1 der Anlage D zur RiStBV festgelegt ist, kommt die Zusicherung von Geheimhaltung - und damit faktisch der Einsatz einer Vertrauensperson - vornehmlich im Bereich der Schwerkriminalität, der organisierten Kriminalität, des illegalen Betäubungsmittel- und Waffenhandels, der Falschgeldkriminalität und der Staatsschutzdelikte in Betracht. Im Bereich der mittleren Kriminalität setzt die Zusicherung von Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson eine besonders sorgfältige Einzelfallprüfung voraus. Ein Einsatz im Bereich der mittleren Kriminalität kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn durch eine Massierung gleichartiger Straftaten ein die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Allgemeinheit ernsthaft gefährdender Schaden eintreten kann. Ausgeschlossen ist die Zusicherung von Geheimhaltung im Bereich der Bagatellkriminalität.

Stets ist Voraussetzung für den Einsatz von Vertrauenspersonen, dass anderweitig eine Aufklärung aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Aufgrund dieser Subsidiarität darf der Einsatz von Vertrauenspersonen nicht schon erfolgen, wenn er erfolgversprechend ist, sondern er setzt darüber hinaus voraus, dass anderweitig ein Ermittlungserfolg gar nicht oder nur sehr schwer zu erzielen wäre (vgl. BGHSt 32, 115; BGHSt 42, 139).

Idealerweise soll der Einsatz einer Vertrauensperson dazu führen, dass andere Beweismittel erlangt werden, die ohne Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Konfrontationsrechts in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, sodass es unter Aufklärungsgesichtspunkten der Einführung der Erkenntnisse der Vertrauenspersonen im Wege des Zeugenbeweises nicht bedarf.

Detaillierte Vorgaben dahingehend, welche Personen als Vertrauenspersonen gewonnen und eingesetzt werden dürfen, kennt das geltende Recht nicht. Nummer 3.4 der Anlage D zur RiStBV sieht lediglich vor, dass Minderjährige nicht als Vertrauenspersonen eingesetzt werden dürfen. Dagegen sind z. B. Personen mit Vorstrafen bzw. einer eigenen Verstrickung in das betreffende kriminelle Milieu nicht per se ausgeschlossen. Allerdings liegt es schon im Interesse der Strafverfolgungsbehörden, nur zuverlässige Personen als Vertrauenspersonen einzusetzen.

5.3.3 Steuerung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch sog. VP-Führer und Abschöpfung der Erkenntnisse durch Quellenvernehmungen

In tatsächlicher Hinsicht erfolgt der Einsatz von Vertrauenspersonen, sofern die skizzierten Einsatzvoraussetzungen erfüllt sind, durch eine spezielle VP-Dienststelle der mit den strafrechtlichen Ermittlungen befassten Polizei. Eingesetzten Vertrauenspersonen wird ein in aller Regel besonders geschulter Polizeibeamter als sog. VP-Führer zugeordnet, der in engem Kontakt zu der Vertrauensperson steht und sich von dieser regelmäßig berichten lässt. Zugleich hat der VP-Führer so die Möglichkeit, auf das Agieren der Vertrauensperson steuernd einzuwirken.

Um die Erkenntnisse einer Vertrauensperson zu sichern und deren Verwertung in einem etwaigen späteren Strafverfahren zu ermöglichen, werden Vertrauenspersonen von ihren VP-Führern regelmäßig zu ihren erlangten Informationen als Zeugen polizeilich vernommen. Es werden dabei - wie auch sonst bei Zeugenvernehmungen - Vernehmungsniederschriften gefertigt, die üblicherweise als Quellenvernehmung bezeichnet werden. Besonderheit dieser Quellenvernehmungen ist, dass sich aus ihr die Identität der Vertrauensperson nicht ergibt oder ableiten lässt. Üblicherweise wird die Vertrauensperson von der sie führenden Dienststelle unter einer Bezeichnung geführt und in den Vernehmungsprotokollen benannt, die Rückschlüsse auf ihre Identität nicht zulässt.

Die Einführung der im Laufe eines Einsatzes gewonnene Erkenntnisse von Vertrauenspersonen in Ermittlungsverfahren erfolgt primär durch die Quellenvernehmungen, die, weil sie keine Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson zulassen, zu den Ermittlungsakten gegeben werden. Zudem können die Erkenntnisse von Vertrauenspersonen in das Ermittlungsverfahren in Gestalt von Vermerken der VP-Führer einfließen, die diese über ihre Gespräche (sog. Abschöpfung) mit der Vertrauensperson anfertigen und zu den Ermittlungsakten reichen.

5.3.4 Verfahren, Reichweite und Grenzen der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson

Zentrales Charakteristikum des Einsatzes einer Vertrauensperson ist die Zusicherung der Geheimhaltung ihrer Identität. Da diese Geheimhaltung in aller Regel dauerhaft und damit auch in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren erfolgen muss, was regelmäßig dazu führt, dass die Vertrauensperson für ihre Vernehmung als Zeuge in einer Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht, ist die Zusicherung der Geheimhaltung zum einen beschränkt auf die oben genannten Deliktsgruppen, zum anderen aber auch weiteren Grenzen unterworfen. Zudem gelten für Erklärung und Zusicherung nach Anlage D zur RiStBV bestimmte verfahrensrechtliche Bestimmungen.

Die Zusicherung der Geheimhaltung umfasst primär die Personalien der Vertrauensperson, geht aber darüber hinaus. Geheim zu halten sind nach erteilter Zusage auch der Umstand der Tätigkeit der betreffenden Person für die Strafverfolgungsbehörden sowie alle weiteren Informationen, aus denen Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson und ihre Tätigkeit als solche gezogen werden könnten.

Es besteht Einigkeit drüber und ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass schon aus Gründen des Vertrauensschutzes die Polizei und die Staatsanwaltschaft an eine einmal gegebene Geheimhaltungszusage grundsätzlich gebunden sind. Diese Verbindlichkeit von Geheimhaltungszusagen bedeutet zwar nicht, dass eine Vertrauensperson darauf vertrauen darf, dass sie nicht vor Gericht über ihre Erkenntnisse aussagen muss. Durch die Strafverfolgungsbehörden zu gewährleisten ist allerdings, dass die Vertrauensperson dauerhaft vor einer Enttarnung durch Offenbarung ihrer Identität und einer daraus resultierenden Gefährdung geschützt wird. Das kann aber - wie noch zu zeigen sein wird - unter Umständen auch durch andere Schutzmaßnahmen als eine vollständige Sperrung der Vertrauensperson für eine Vernehmung in einer Gerichtsverhandlung erfolgen. Die Zusicherung der Geheimhaltung ist

also nicht zwingend gleichzusetzen mit einer vollumfänglichen Sperrung für eine Vernehmung in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung.
Die Bindung der Strafverfolgungsbehörden (Polizei und Staatsanwaltschaft) an eine einmal gegebene Geheimhaltungszusage entfällt jedoch, wenn sich die Vertrauensperson regelwidrig verhält, und zwar ohne dass es insofern einer konstitutiven Entscheidung der Polizei oder Staatsanwaltschaft, also einer ausdrücklichen Rücknahme der Geheimhaltungszusage, bedarf.

Nach Nummer 4 der Anlage D zur RiStBV entfällt die Bindung von Staatsanwaltschaft und Polizei an eine Geheimhaltungszusage,

- wenn die Vertrauensperson wissentlich oder zumindest leichtfertig falsche Informationen liefert,
- wenn die Vertrauensperson von einer Weisung der sie führenden Dienststelle abweicht oder sich sonst als unzuverlässig erweist, namentlich Absprachen nicht einhält,
- wenn sich herausstellt, dass sich die Vertrauenspersonen an den Taten, um deren Aufklärung es geht, beteiligt hat bzw. beteiligt oder
- wenn die Vertrauensperson sich im Zuge ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden (sonst wie) strafbar macht.

Auf diese Folgen strafbaren bzw. sonstigen Fehlverhaltens ist die Vertrauensperson vor jeder Zusicherung von Geheimhaltung hinzuweisen. Das Risiko, den Schutz einer Geheimhaltungszusage in den genannten Fällen zu verlieren, soll Fehlverhalten der Vertrauenspersonen entgegenwirken und insbesondere die Validität der von ihr gelieferten Informationen sichern.

Anlage D zur RiStBV stellt unter Nummer 5 verfahrensbezogene Vorgaben für die Geheimhaltungszusagen auf, die von der Praxis weiter konkretisiert worden sind:

Die Zusage wird vor dem ersten Einsatz einer Vertrauensperson durch die Polizeidienststelle erteilt, welche die Vertrauensperson einsetzt. Sie wird mit der oben erwähnten Belehrung über die Fälle ihres Entfallens verbunden. Wenn der Einsatz der Vertrauensperson - wie im strafprozessualen Bereich üblich - gezielt in einem konkreten Ermittlungsverfahren erfolgt, ist von der Polizeidienststelle vor Erteilung der Zusage die Einwilligung der Staatsanwaltschaft einzuholen, die die Ermittlungen führt (Nummer 5.3 der Anlage D zur RiStBV). Mithin erfolgt der strafprozessuale Einsatz von Vertrauenspersonen in der Rechtspraxis in aller Regel mit Einwilligung der zuständigen Staatsanwaltschaft. Lediglich in Eilfällen

kann die Zustimmung der Staatsanwaltschaft nachträglich eingeholt werden; wird die Geheimhaltung versagt, ist der VP-Einsatz zu beenden.

Um eine sachgerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen, also der Gewinnung einer Vertrauensperson zur Aufklärung gravierender Straftaten mittels Zusicherung der Geheimhaltung ihrer Identität einerseits und andererseits der durch die Zusicherung regelmäßig bedingten Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Konfrontationsrechts durch die Unmöglichkeit, die Vertrauensperson als Zeuge in einer Hauptverhandlung zu vernehmen, zu gewährleisten, sieht die Anlage D zur RiStBV unter Nummer 5 besondere Entscheidungszuständigkeiten vor.

Im Bereich der Staatsanwaltschaft obliegt die Entscheidung, in die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson einzuwilligen, der Behördenleiterin bzw. dem Behördenleiter der Staatsanwaltschaft, die bzw. der diese Zuständigkeit allerdings - auch generell - auf eine(n) von ihr/ihm gesondert bezeichnete(n) Staatsanwältin/Staatsanwalt übertragen kann. Die/der für das betreffende Ermittlungsverfahren zuständige Dezernent(in) der Staatsanwaltschaft ist nur bei Gefahr im Verzug befugt, für die Staatsanwaltschaft die Einwilligung zu erklären.

Im Polizeibereich ist dafür Sorge zu tragen, dass die Entscheidung über die Zusicherung der Geheimhaltung mindestens auf der Ebene der Leiterin/des Leiters der sachbearbeitenden Organisationseinheit anzusiedeln ist. Mithin sind die unmittelbar mit den polizeilichen Tätigkeiten in einem bestimmten Ermittlungsverfahren betrauten Polizeibeamten nicht befugt, selbst über die Zusicherung einer Geheimhaltung und damit letztlich den Einsatz von Vertrauenspersonen zu entscheiden.

Einer richterlichen Entscheidung bedarf es für einen Einsatz einer Vertrauensperson bzw. für die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität jedenfalls nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht. Es gibt insofern keinen Richtervorbehalt (BGHSt 41, 42).

Die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson und der sonstigen von der Zusicherung umfassten Umstände erfolgt durch die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson einsetzt, und ist durch diese zu gewährleisten. In der polizeilichen Praxis wird der Einsatz einer Vertrauensperson in aller Regel von einer gesonderten Organisationseinheit der Polizei, die regelmäßig beim Landeskriminalamt angesiedelt ist, verantwortet, sodass mit der VP-Führung in diesem Bereich erfahrene Polizeibeamte betraut sind, die in der Lage sind, einzuschätzen, welche Informationen ohne Gefährdung der Zusage weitergegeben werden dürfen. Auch

bleibt der Kreis derer, die bei der Polizei die Identität einer Vertrauensperson kennen, hierdurch begrenzt. In aller Regel haben die Beamtinnen und Beamten der Polizeidienststelle, die in einem konkreten Ermittlungsverfahren die Ermittlungen führt, selber keine Kenntnis von der Identität einer eingesetzten Vertrauensperson.

Die ermittlungsführende Staatsanwaltschaft erhält in aller Regel ebenfalls keine Kenntnis von der Identität der Vertrauensperson. Gemäß Nummer 5.4 der Anlage D zur RiStBV unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft nur in begründeten Ausnahmefällen über die Identität der Vertrauensperson. Die Geheimhaltung bei der Staatsanwaltschaft wird zudem dadurch gesichert, dass der anzufertigende Vermerk über die Gespräche mit der Polizei betreffend die Mitwirkung einer Vertrauensperson und die getroffenen Einwilligungsentscheidungen zu den Generalakten der Staatsanwaltschaft - also nicht zu den Ermittlungsakten - gegeben werden, und zwar auch dort ohne Nennung des Namens der Vertrauensperson, sofern diese ausnahmsweise der Staatsanwaltschaft doch bekannt sein sollte.

Informationen zur Identität einer Vertrauensperson sowie Angaben, die Rückschlüsse auf ihre Identität zulassen, werden also der Ermittlungsakte ferngehalten.

5.3.5 Entlohnung von Vertrauenspersonen

Naturgemäß hängt die Bereitschaft, als Vertrauensperson tätig zu werden, nicht nur von einer Geheimhaltungszusage, sondern auch davon ab, dass die - regelmäßig für die Vertrauensperson mit einem nicht unerheblichen Risiko verbundene - Tätigkeit für die Vertrauensperson von Vorteil ist. Notwendigerweise ist deshalb anerkannt, dass Vertrauenspersonen von den Polizeibehörden, die sie einsetzen, für ihre Tätigkeit ein Entgelt erhalten (dürfen). Neben der Erstattung anfallender Auslagen (etwa Treibstoffkosten für Fahrten mit dem eigenen Pkw) darf mithin auch eine Bezahlung erfolgen.

Das nicht von der Hand zu weisende Risiko, dass eine Vertrauensperson falsche Informationen liefert, um Geld von der Polizei zu erhalten, steht nicht generell dem Einsatz von Vertrauenspersonen entgegen, ist aber in einem Gerichtsverfahren, in dem die Erkenntnisse einer Vertrauensperson verwertet werden sollen, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Statthaft und üblich ist neben einer Bezahlung der Vertrauensperson für den geleisteten Zeitaufwand (Stundenlohn) auch eine Erfolgsprämie, insbesondere im Bereich der Rauschgiftkriminalität. So darf und wird in der

Praxis auch regelmäßig einer erfolgreich tätig gewordenen Vertrauensperson eine Belohnung in Abhängigkeit von der Menge und Art des aufgrund ihrer Tätigkeit sichergestellten Betäubungsmittels bzw. der durch ihren Einsatz sichergestellten Tatbeute gezahlt.

5.3.6 Befugnisse von Vertrauenspersonen

Die Kompetenzen von Vertrauenspersonen während ihrer Einsatztätigkeit gehen nicht über die Befugnisse hinaus, die jeder Bürgerin und jedem Bürger zustehen. Vertrauenspersonen haben keine hoheitlichen Befugnisse. Insbesondere haben Vertrauenspersonen auch keine Befugnis, Straftaten zu begehen. Dies gilt selbst für szenetypische Straftaten im Bagatellbereich und auch dann, wenn der Einsatzerfolg dadurch gefährdet wird, dass die Vertrauensperson ohne jede Ausnahme von der Begehung von Straftaten Abstand zu nehmen hat. Eine Vertrauensperson darf weder in dem Umfeld, in dem sie tätig ist, zu Straftaten anstiften noch sich sonst wie an kriminellen Aktivitäten in strafbarer Art und Weise beteiligen. Sollte eine Vertrauensperson hiergegen verstoßen, entfällt nicht nur, wie dargelegt, die Bindung des Staates an eine Geheimhaltungszusage, sondern droht der Vertrauensperson auch eine Strafverfolgung wie jedem anderen.

Insbesondere kommt Vertrauenspersonen kein spezielles Recht zu, fremde Wohnungen zu betreten. Sie dürfen dies straffrei nur dann tun, wenn eine Einwilligung des Hausrechtsinhabers vorliegt, wobei eine solche Einwilligung nicht dadurch unwirksam wird, dass der Hausrechtsinhaber nicht weiß, dass die Vertrauensperson in staatlichem Auftrag agiert (BGH NJW 1997, 1516).

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Vertrauenspersonen nicht dazu eingesetzt werden dürfen, strafprozessuales Schweigerecht zu umgehen, etwa indem eine vernehmungsähnliche Befragung einer mit Schweigerechten ausgestatteten Person ohne Offenlegung des Agierens im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden durchgeführt wird (BVerfG NStZ 2000, 489; vgl. aber auch BGHSt 40, 211).

5.4 Möglichkeiten und Grenzen der Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in ein Strafverfahren

Erkenntnisse von Privatpersonen, die für ein Strafverfahren relevant sind, werden normalerweise durch eine zeugenschaftliche Vernehmung der betreffenden Person in der Hauptverhandlung beweisverwertbar in diese

eingeführt, womit der Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht gewährt werden. Namen und ladungsfähige Anschrift der Zeugen sind üblicherweise in der Ermittlungsakte dokumentiert.

Eine solche Vorgehensweise kommt indes bei Vertrauenspersonen in aller Regel nicht in Betracht, weil dadurch zum einen gegen die Geheimhaltungszusage verstoßen würde und zum anderen die Vertrauensperson in der Regel erheblichen Gefahren ausgesetzt würde.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist deshalb als notwenige Folge der Zulässigkeit eines Einsatzes von Vertrauenspersonen anerkannt, dass die Strafverfolgungsbehörden, namentlich die Polizeibehörde, die eine Vertrauensperson einsetzt, grundsätzlich die Befugnis haben, die Geheimhaltung einer eingesetzten Vertrauensperson auch gegenüber einem Gericht durchzusetzen.

Das gilt selbst dann, wenn die Wahrung der Geheimhaltungszusage letztlich zur Folge hat, dass eine Vertrauensperson - mangels Kenntnis des Gerichts und der Verfahrensbeteiligten von der Identität der Vertrauensperson - in einer Hauptverhandlung nicht als Zeuge vernommen werden kann, sondern ihre Erkenntnisse anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt werden müssen, was sowohl den Unmittelbarkeitsgrundsatz als auch das Konfrontationsrecht tangiert.

5.4.1 § 96 S. 1 StPO als normative Grundlage für die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht

Normativer Ansatzpunkt für die Wahrung einer Geheimhaltungszusage gegenüber dem erkennenden Gericht und damit für den Schutz einer Vertrauensperson und ggf. auch die Sicherstellung ihrer weiteren Verwendbarkeit sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes § 96 S. 1 StPO und § 54 StPO (vgl. BGHSt 29, 390; BGHSt 30, 34; BGHSt 32, 115).

§ 96 S. 1 StPO lautet:

> Die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden und öffentliche Beamte darf nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, dass das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke

dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ist § 96 S. 1 StPO in entsprechender Anwendung Entscheidungsmaßstab auch für die Frage der Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden, die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht durchzusetzen.

Danach gestattet es § 96 S. 1 StPO (in analoger Anwendung) nicht nur, Angaben zur Identität einer Vertrauensperson oder sonstige Informationen, die Rückschlüsse auf die Identität einer Vertrauensperson zulassen, den Ermittlungsakten fernzuhalten. Sondern § 96 S. 1 StPO gestattet es nach gefestigter Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen auch, ein Auskunftsverlangen eines Gerichtes über die Identität einer Vertrauensperson abschlägig zu bescheiden, also auf ein solches Auskunftsersuchen mit einer sog. Sperrerklärung zu reagieren, oder aber - als qualitatives Minus - die erforderliche Unterstützung einer gerichtlichen Zeugenvernehmung der dem Gericht namentlich nicht bekannten Vertrauensperson davon abhängig zu machen, dass das Gericht nach der Strafprozessordnung statthafte Schutzmaßnahmen für gefährdete Zeuge ergreift.

5.4.2 Beschränkung der Aussagegenehmigung für Polizeibeamte

Zudem ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die zuständige Polizeibehörde die Identität einer Vertrauensperson dadurch wahren und eine Geheimhaltungszusage dadurch einhalten darf (und bei Verbindlichkeit der Geheimhaltungszusage auch muss), dass sie denjenigen Polizeibeamten, die - etwas als Führer der Vertrauensperson - Kenntnis über die Identität der Vertrauenspersonen besitzen, gemäß § 54 StPO in Verbindung mit den einschlägigen beamtenrechtlichen Regelungen nur eine eingeschränkte Aussagegenehmigung erteilt, die Bekundungen zur Identität der Vertrauensperson oder zu Umständen, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, nicht umfasst.

5.4.3 Einzelheiten zur Abgabe einer Sperrerklärung und deren Beachtlichkeit für das erkennende Gericht

Die durch eine Ablehnung eines Auskunftsersuchens über die Identität einer Vertrauensperson oder die Einschränkung einer Aussagegenehmigung für Polizeibeamte polizeibehördlich „gesperrte“ Vertrauensperson ist

für das erkennende Gericht nicht erreichbar, sodass eine Vernehmung der Vertrauensperson als Zeuge in der Hauptverhandlung ausscheidet.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die auf § 96 S. 1 StPO und § 54 StPO gestützte Befugnis, Vertrauenspersonen für eine Vernehmung durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung zu sperren, allerdings eng begrenzt. Denn dem berechtigten Interesse der Strafverfolgungsbehörden, Vertrauenspersonen für eine Vernehmung in einer Hauptverhandlung zu sperren, stehen gewichtige Prinzipien des Strafverfahrens entgegen. So verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz prinzipiell, dass Personen, die relevante Wahrnehmungen gemacht haben, in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommen werden, wobei grundsätzlich auch die Identität des Zeugen den Verfahrensbeteiligten bekanntzugeben ist, damit diese ggf. die Glaubwürdigkeit der Beweisperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen hinterfragen können. Die unmittelbare Vernehmung von Beweispersonen über ihre Wahrnehmungen als Zeugen in der Hauptverhandlung ist zudem prinzipiell wegen des aus Artikel 6 EMRK abgeleiteten Konfrontationsrechts geboten. Dieses verlangt im Ausgangspunkt, dass alle Verfahrensbeteiligten, also auch Verteidiger und Angeklagte, die Möglichkeit erhalten, Zeugen eigene Fragen zu stellen und damit deren Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen kritisch zu hinterfragen. Mit einer polizeibehördlichen Sperrerklärung für eine Vertrauensperson werden diese Grundsätze des Strafprozesses indes zumindest tangiert.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat deshalb in den letzten Jahrzehnten in einer Vielzahl von Entscheidungen detaillierte Regelungen aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und in welchem Verfahren die Polizeibehörden Sperrerklärungen abgeben dürfen. Die Rechtsprechung hat ferner Regeln dafür aufgestellt, welche Bemühungen die Gerichte entfalten müssen, um eine Vertrauensperson in der Hauptverhandlung vernehmen zu können, bevor ohne Verstoß gegen die richterliche Aufklärungspflicht auf die Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson verzichtet werden darf bzw. bevor ohne Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht die Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch Beweismittelsurrogate in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

5.4.3.1 Auskunftsersuchen über die Identität einer Vertrauensperson durch das erkennende Gericht als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes

Üblicherweise finden sich in den Ermittlungsakten, die dem Gericht mit der Anklage vorgelegt werden, keine Angaben zur Identität einer im Verfahren eingesetzten Vertrauensperson, sondern lediglich anonyme Niederschriften der sog. Quellenvernehmungen bzw. Vermerke der VP-Führer über das, was sie von einer Vertrauensperson im Rahmen von Abschöpfungen mitgeteilt bekommen haben. Mithin ist es dem mit der Sache befassten Gericht rein tatsächlich nicht möglich, eine Vertrauensperson als Zeuge für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zu laden. Sofern unter Aufklärungsgesichtspunkten oder im Hinblick auf gestellte Beweisanträge das Gericht die Einführung von (aktenkundigen) Erkenntnissen einer eingesetzten Vertrauensperson für erforderlich hält, ist es deshalb nach der Rechtsprechung gehalten, von der ermittlungsführenden Polizeidienststelle Auskunft über die Identität der Vertrauensperson zu verlangen.

Sofern die Polizei ein solches Auskunftsersuchen des Gerichts erhält, muss die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, nach der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 96 S. 1 StPO prüfen, ob die begehrte Auskunft erteilt werden kann oder gegenüber dem Gericht eine sog. Sperrerklärung abzugeben ist, also die Preisgabe der Identität der Vertrauensperson abzulehnen ist. Diese Entscheidung fällt in den Zuständigkeitsbereich der Polizei bzw. der Innenverwaltung, nicht in den der Staatsanwaltschaft, die insofern auch nicht gegenüber der Polizei weisungsbefugt ist.

5.4.3.2 Zuständigkeit für die Abgabe einer Sperrerklärung

Zuständig für die Entscheidung über eine Sperrerklärung und die Abgabe einer solchen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch in Bezug auf Vertrauenspersonen, die im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen eingesetzt werden, nicht die Staatsanwaltschaft, sondern die ermittlungsführende Polizeibehörde bzw. der Innenminister als oberster Dienstherr der Polizeibeamten.

Wenn es einer Wahrung der Geheimhaltung der Vertrauensperson nicht (mehr) bedarf, hat die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, dem Gericht gegenüber die Identität der Vertrauensperson zu offenbaren. Einer Entscheidung der zuständigen Staatsanwaltschaft bedarf es insofern nicht. Eine solche Mitteilung von Informationen über die

Identität einer Vertrauensperson, die regelmäßig zu deren Enttarnung und zu ihrer Vernehmung als Zeuge in der Hauptverhandlung führt, ist dann statthaft und regelmäßig auch geboten, wenn die Bindung an eine Geheimhaltungszusage entfallen ist - etwa weil sich herausgestellt hat, dass die Vertrauensperson unrichtige Informationen geliefert hat oder sich im Kontext ihres Einsatzes strafbar gemacht hat - und wenn nicht anderweitige gewichtige Interessen, etwa die drohende Enttarnung anderer Vertrauenspersonen, eine fortdauernde Geheimhaltung der Identität der Vertrauensperson gebieten.

Wenn die Polizei dagegen die Identität der von ihr eingesetzten Vertrauensperson weiterhin auch gegenüber dem Gericht geheim halten will (und muss), gilt in entsprechender Anwendung des § 96 S. 1 StPO Folgendes:

Zuständig für die Abgabe einer Sperrerklärung ist nach § 96 S. 1 StPO die oberste Dienstbehörde (BVerfGE 57, 250; BGHSt 36, 159). Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Vertrauenspersonen, die von der Polizei in einem Strafverfahren eingesetzt wurden, (allein) der für die betreffende Polizei verantwortliche Innenminister (und nicht (auch) der Justizminister als oberster Dienstherr der Staatsanwälte) (BGHSt 35, 82; BGHSt 41, 36). Der Innenminister darf die Entscheidung allerdings auf von ihm hierzu ermächtigte Beamte des Innenministeriums delegieren, muss also nicht unbedingt persönlich entscheiden. Es genügt, wenn die Entscheidung im Auftrag des Innenministers und im Rahmen einer von diesem erteilten Ermächtigung durch eine Beamtin bzw. einen Beamten des Innenministeriums ergeht (BGHSt 35, 82). Dagegen ist die dem Innenministerium nachgeordnete Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, nicht befugt, eine Sperrerklärung abzugeben.

5.4.3.3 Legitime Gründe für die Abgabe einer Sperrerklärung

Im Hinblick auf die grundsätzliche Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden, dem Gericht möglichst gute Beweismittel bzw. alle relevanten Beweismittel zur Verfügung zu stellen, darf der zuständige Innenminister eine Sperrerklärung nur abgeben, wenn ein Weigerungsgrund im Sinne des § 96 S. 1 StPO gegeben ist und die Auskunftsverweigerung unbedingt erforderlich ist. Eine Sperrerklärung darf mithin nur abgegeben werden, wenn das Bekanntwerden der Identität der Vertrauensperson dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde (BGHSt 29, 390; BGHSt 30, 34; BGHSt 32, 115; BGHSt 35, 82).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass solche Nachteile insbesondere in Betracht kommen können, wenn die Auskunft die Vertrauenspersonen in Leibes- oder Lebensgefahr bringen würde (BVerfG 57, 250; BVerfG NJW 2010, 925; BGHSt 33, 83; BGHSt 36, 159; BGH NStZ-RR 2009, 4; VGH Kassel NJW 2014, 240). Namentlich dann, wenn zu befürchten steht, dass eine Vertrauensperson Repressionen durch Personen, in deren Umfeld sie tätig war, ausgesetzt werden würde, wenn ihre Identität in einer (öffentlichen) Hauptverhandlung bekannt würde, kommt eine Sperrerklärung nach § 96 StPO in Betracht.

Die Rechtsprechung lässt aber auch noch in weiteren Fällen die Abgabe einer Sperrerklärung zu. So darf eine Sperrerklärung grundsätzlich auch damit begründet werden, dass bei einer Preisgabe der Identität einer Vertrauensperson das Vertrauen in Geheimhaltungszusagen der Strafverfolgungsbehörden insgesamt erschüttert würde (BVerfG NJW 2010, 925; BVerfG NVwZ 2017, 1364). Insofern darf bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung berücksichtigt werden, dass die Bereitschaft von Privatpersonen, als Vertrauensperson mit der Polizei zusammenzuarbeiten, erheblich zurückgehen würde, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden nicht konsequent an erteilte Geheimhaltungszusagen halten würden.

Anerkannt ist in der Rechtsprechung auch, dass ein legitimer Grund für die Abgabe einer Sperrerklärung darin liegen kann, die Enttarnung einer Vertrauensperson zu verhindern, um diese auch zukünftig in dem betreffenden Milieu bzw. Deliktsumfeld als solche einsetzen zu können (BGH NStZ-RR 2009, 4; VGH Kassel NJW 2014, 240).

5.4.3.4 Erforderlicher Inhalt einer Sperrerklärung

Die Rechtsprechung verlangt bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen. Sie verlangt zudem, dass sich diese Abwägung in der dementsprechend ausführlich zu begründenden schriftlichen Sperrerklärung widerspiegelt.

Eine Sperrerklärung des zuständigen Innenministers muss deshalb den Sachverhalt mit einzelfallbezogenen und nachvollziehbaren Darlegungen umfassend würdigen. Die Sperrerklärung darf sich nicht auf floskelhafte Erwägungen beschränken, sondern muss auf den konkreten Fall bezogen anerkannte Gründe für eine Sperrung der Vertrauensperson benennen und erkennen lassen, dass die Belange der Strafrechtspflege sorgfältig gegen die für eine Sperrerklärung sprechenden Belange abgewogen worden sind (BGH NJW 2000, 1661).

5.4.3.5 Erfordernis einer Prüfung der Möglichkeit einer Vernehmung unter Anwendung von Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung

Nach der gefertigten höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der zuständige Innenminister bei der Entscheidung über eine Sperrung einer Vertrauensperson stets auch zu erwägen, ob eine Vernehmung der Vertrauensperson durch das erkennende Gericht in Betracht kommt, wenn das Gericht von den Möglichkeiten Gebrauch macht, die die Strafprozessordnung zum Schutz gefährdeter oder ansonsten schutzwürdiger Zeugen vorsieht. Mithin hat es bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung nicht nur darum zu gehen, ob dem Gericht gegenüber die Identität einer Vertrauensperson offenbart wird oder jegliche diesbzgl. Informationen abgelehnt oder jede Unterstützung für eine Vernehmung des Zeugen durch das erkennende Gericht versagt wird, also eine generelle Sperrung des Zeugen verfügt wird.

Die Rechtsprechung verlangt, dass bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung einzelfallbezogen geprüft wird, ob - ggf. in kumulativer Anwendung - nach der Strafprozessordnung statthafte Zeugenschutzmaßnahmen ausreichen, um bei einer Vernehmung der Vertrauensperson Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes im Sinne des § 96 S. 1 StPO zu vermeiden (BVerfGE 57, 250; BVerfG NJW 2010, 925; VGH Kassel NJW 2014, 240; OVG Lüneburg NJW 2012, 2372). Letzteres ist - mit der Folge, dass eine vollumfängliche Sperrerklärung nicht abgegeben werden darf - insbesondere der Fall, wenn solche Zeugenschutzmaßnahmen ausreichen, um ein Offenbarwerden der Identität der Vertrauensperson zu verhindern. Sofern solche Zeugenschutzmaßnahmen die Geheimhaltung der Identität hinreichend gewährleisten, verstößt die Polizei bzw. das Innenministerium nicht gegen eine erteilte Geheimhaltungszusage, wenn dem Gericht die Möglichkeit zu einer Vernehmung der Vertrauensperson unter Anwendung von Zeugenschutzmaßnahmen der Strafprozessordnung verschafft wird. Denn eine Geheimhaltungszusage soll nicht vor einer Vernehmung durch das Gericht schützen, sondern allein vor einem Bekanntwerden der Identität der Vertrauensperson bzw. ihrer Arbeit für die Polizei.

Folgende Schutzmaßnahmen sind nach der Rechtsprechung in Erwägung zu ziehen und in der Entscheidung des Innenministers - der Sperrerklärung - einzelfallbezogen schriftlich zu erörtern:

- Der Verzicht auf Angaben zur Person und Identität eines Zeugen bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung gemäß § 68 Abs. 3 StPO.

Insofern darf allerdings berücksichtigt werden, dass regelmäßig bereits das persönliche Auftreten einer Vertrauensperson in der Hauptverhandlung, zumal wenn die Zeugenvernehmung in öffentlicher Hauptverhandlung und im Beisein des Angeklagten stattfindet, genügt, um die Vertrauensperson zu enttarnen.

- Der Ausschluss der Öffentlichkeit gemäß § 172 Nr. 1 a GVG.

  Insofern aber darf Berücksichtigung finden, dass häufig bereits eine Kenntniserlangung durch die Angeklagten ausreicht, um eine Vertrauensperson zu enttarnen und damit zu gefährden.

- Der Ausschluss des Angeklagten gemäß § 247 StPO.

  Insofern jedoch darf in der Entscheidung berücksichtigt werden, dass Angeklagte selbst dann, wenn sie während der Zeugenvernehmung nicht anwesend sein durften, über den Inhalt einer Zeugenaussage und auch über die in der Hauptverhandlung erfolgten Erörterungen zur Person eines Zeugen zu informieren sind und der anwesende Verteidiger eines Angeklagten die Befugnis hat, diesen vollumfänglich zu unterrichten.

- Eine audiovisuelle Vernehmung der Vertrauensperson gemäß § 247 a StPO, erforderlichenfalls unter optisch-akustischer Verfremdung.

  Zwar wird eine bloße audiovisuelle Vernehmung einer Vertrauensperson für sich genommen kaum jemals geeignet sein, eine Gefährdung ihrer Person bzw. ihrer Einsatztätigkeit infolge ihrer Enttarnung zu verhindern. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ist es indes statthaft, Maßnahmen zur optisch-akustischen Verfremdung der Vertrauensperson zu ergreifen (BVerfG NStZ 2007, 534; BGHSt 51, 232; BGH NJW 2003, 74; BGH NStZ 2004, 345; BGH NStZ 2005, 43; BGH NStZ 2006, 648; VGH Kassel NJW 2014, 240). Konkret wird es für statthaft erachtet, das äußere Erscheinungsbild der Vertrauensperson so zu verändern oder ihre Gestalt und insbesondere ihr Gesicht nur so eingeschränkt zu übertragen, dass eine optische Identifizierung ausscheidet. Ebenso wird es von der höchstrichterlichen Rechtsprechung für statthaft erachtet, wenn mittels technischer Mittel die Stimme der audiovisuell ver-

nommenen Vertrauensperson so verfremdet wird, dass die Vertrauensperson auch nicht anhand ihrer Stimme identifiziert werden kann. In der Praxis wird allerdings auch einer solchen audiovisuellen Vernehmung häufig mit dem - grundsätzlich legitimen und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligten - Argument entgegengetreten, dass bei einer Vertrauensperson, die mit dem Angeklagten oder Personen aus dessen Umfeld über längere Zeit in einer engeren Beziehung stand, eine Enttarnung bereits anhand ihrer Bewegungen, ihrer Gestik und Mimik, ihres Sprachduktus und ihrer Wortwahl nicht ausgeschlossen werden könne.

Sofern solche Maßnahmen, ggf. in kumulativer Anwendung, ausreichen, um die Identität einer Vertrauensperson geheim zu halten, darf nach der Rechtsprechung nur eine eingeschränkte Sperrerklärung dahingehend abgegeben werden, dass eine Vernehmung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung bei Ergreifen solcher Maßnahmen gebilligt und polizeilicherseits unterstützt wird.

Die Sperrerklärung hat dann zwar eine Mitteilung der Personalien der Vertrauensperson an das erkennende Gericht abzulehnen. Indes ist die Polizeibehörde in einem solchen Fall verpflichtet, das Gericht dabei zu unterstützen, eine Vernehmung mit solchen Maßgaben durchzuführen.

Denkbar ist beispielsweise, dass die Vertrauensperson unter optischer und akustischer Verfremdung audiovisuell vernommen wird, wobei auch das Gericht die Personalien der Vertrauensperson nicht erfährt, sondern die Ladung vermittelt durch die Polizeibehörde erfolgt, die Vertrauensperson sich nicht im Gerichtsgebäude, sondern in Räumlichkeiten der Polizei aufhält, Bild und Ton mit Unterstützung der Polizei optisch und akustisch verfremdet in den Gerichtssaal übertragen werden und die Vertrauensperson bei ihrer audiovisuellen Vernehmung keinerlei Angaben zu ihrer Identität macht.

Nur wenn solche Maßnahmen - auch in kumulativer Anwendung - nicht ausreichen, um die Geheimhaltung der Identität der Vertrauensperson sicherzustellen, darf eine vollumfängliche Sperrerklärung abgegeben werden.

5.4.3.6 Grundsätzliche Verbindlichkeit einer Sperrerklärung des Innenministers für das erkennende Gericht

Eine Sperrerklärung des zuständigen Innenministers ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für das mit der Sache befasste

Gericht grundsätzlich bindend (BGHSt 33, 178). Denn § 96 S. 1 StPO zeigt, dass die Exekutive Geheimhaltungskompetenzen auch gegenüber den Gerichten hat, also - umgekehrt formuliert - die Gerichte keinen Anspruch auf unbeschränkte Auskunftserteilung durch die Exekutive haben.

Allerdings ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso anerkannt, dass sich das Gericht nicht mit jedweder Sperrerklärung ohne weiteres zufriedengeben darf. Vielmehr sind die Gerichte gehalten, Sperrerklärungen daraufhin zu prüfen, ob diese den oben skizzierten Anforderungen an eine wirksame Sperrung einer Vertrauensperson genügen.

Das Gericht hat zu prüfen, ob die Sperrerklärung eine einzelfallbezogene Begründung enthält, in der die Gründe für die Sperrung in verständlicher Weise und argumentativ nachvollziehbar dargelegt werden und in der diese Gründe mit den zutreffend erkannten Belangen der Strafrechtspflege in eine tragfähige Abwägung gebracht worden sind. Das Gericht hat die Sperrerklärung insbesondere daraufhin zu überprüfen, ob ihr zutreffende rechtliche Erwägungen zugrunde liegen, ob die Belange der Strafrechtspflege erkannt und hinreichend gewichtet wurden und ob die oben skizzierten weniger einschneidenden Maßnahmen zum Schutze von Zeugen in Erwägung gezogen und mit tragfähigen Argumenten verworfen worden sind.

Allerdings steht dem Innenminister ein Beurteilungsspielraum zu, sodass das Gericht die Sperrerklärung nur auf eine rechtliche Fehlerhaftigkeit hin überprüfen darf, nicht allerdings seine eigene Auffassung über das richtige Abwägungsergebnis an die Stelle der behördlichen Entscheidung setzen darf (OVG Lüneburg NJW 2012, 2372).

Sofern die Sperrerklärung diesen Anforderungen nicht genügt, insbesondere, wenn sie keine, eine offensichtlich rechtsfehlerhafte oder eine sich in formelhaften Wendungen erschöpfende Begründung enthält, ist das Gericht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehalten, Gegenvorstellung zu erheben (BGHSt 32, 115; BGHSt 33, 178; BGHSt 36, 159). In einem solchen Fall hat das Gericht den zuständigen Innenminister unter Darlegung der gerichtlich erkannten Defizite aufzufordern, die getroffene Entscheidung zu überdenken und ggf. zu revidieren.

Eine Gegenvorstellung ist aber nicht immer geboten, sondern nur, wenn die Sperrerklärung rechtlich defizitär ist und ihre Abänderung möglich erscheint (BGHSt 33, 178; BGHSt 36, 159).

Wenn die Sperrerklärung den hier skizzierten Anforderungen genügt oder aber der zuständige Innenminister auch nach einer Gegenvorstellung des Gerichts an ihr festhält, muss das Gericht die daraus resultierende Einschränkung seiner Beweiserhebungsmöglichkeiten akzeptieren (BGHSt 32, 115; BGHSt 36, 159).

Sofern das Gericht eine Sperrerklärung für rechtsfehlerhaft hält, indes die dann veranlasste Gegenvorstellung keinen Erfolg hat, darf das Gericht nach zwar umstrittener, indes vorherrschender Auffassung keine strafprozessualen Zwangsmaßnahmen - etwa eine Beschlagnahme bei der Polizei verwahrter Unterlagen zur Identität der Vertrauensperson - anordnen. Dagegen ist in einer älteren ermittlungsrichterlichen BGH-Entscheidung (BGHSt 38, 237) eine Beschlagnahme von Akten für statthaft erachtet worden, wenn die Sperrerklärung offensichtlich willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erteilt wurde.

Für das Gericht besteht auch keine Möglichkeit, eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Sperrerklärung herbeizuführen.

Für das Gericht ist die Vertrauensperson dann - auch im Rechtssinne - unerreichbar. Das Gericht darf dann - jedenfalls solange, wie die Sperrerklärung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich oder willkürlich ist (vgl. BGHSt 29, 109: dann Beweisverwertungsverbot) - auf Beweismittelsurrogate zurückgreifen und ist hierzu in der Regel unter Aufklärungsgesichtspunkten auch gehalten.

Für die Staatsanwaltschaft ist eine Sperrerklärung ebenso wie für das Gericht bindend; auch die ermittlungsführende Staatsanwaltschaft hat keine rechtlichen Befugnisse, eine wirksame Sperrerklärung zu überwinden.

Andere Verfahrensbeteiligte indes können nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Sperrerklärung des Innenministers auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten, also eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Auskunftserteilung über die Identität der Vertrauensperson erheben (BGHSt 44, 107; VGH Kassel NJW 2014, 240; OVG Lüneburg NJW 2012, 2372).

Einen Anspruch darauf, dass das mit der Sache befasste Strafgericht mit der Durchführung einer Hauptverhandlung zuwartet, bis eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergangen ist, oder gar eine begonnene

Hauptverhandlung aussetzt, um beispielsweise dem Angeklagten eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Sperrerklärung zu ermöglichen, hat indes kein Verfahrensbeteiligter (BGH NJW 2007, 3010; BGH NStZ-RR 2009, 4). Das Gericht hat zwar - insbesondere auf einen Aussetzungsantrag des Angeklagten hin - zu prüfen, ob so verfahren wird (und einen Aussetzungsantrag zu bescheiden). Jedoch hat das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung auch Belange der Strafrechtspflege, namentlich den Beschleunigungsgrundsatz, in den Blick zu nehmen und die voraussichtlichen Erfolgschancen einer verwaltungsgerichtlichen Klage zu würdigen.

Anders als im Verwaltungsprozess ist im Strafprozess kein Inzidentverfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Rechtsmäßigkeit einer Sperrerklärung vorgesehen; eine dem § 99 Abs. 2 VwGO vergleichbare Regelung fehlt in der Strafprozessordnung. Während im Verwaltungsprozess die Beteiligten bei einer verweigerten Aktenvorlage, also in einer der Abgabe einer Sperrerklärung vergleichbaren Situation, eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Vorlageverweigerung durch ein Oberverwaltungsgericht bzw. das Bundesverwaltungsgericht in einem gesonderten Verfahren unter Wahrung besonderer Geheimhaltung („in-camera-Verfahren“) veranlassen können, gibt es ein vergleichbares gesondertes und inzidentes strafgerichtliches Überprüfungsverfahren nicht. Ein Rechtsschutzdefizit dürfte insofern aber nicht vorliegen, weil ein Angeklagter – wie ausgeführt – die Sperrerklärung eines Innenministers betreffend eine Vertrauensperson auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten kann und dann in diesem gesonderten verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegebenenfalls nach § 99 Abs. 2 VwGO verfahren werden kann.

5.4.4 Rechtliche Unerreichbarkeit der Vertrauensperson für das erkennende Gericht bei Vorliegen einer Sperrerklärung

Wenn eine beachtliche Sperrerklärung vorliegt, können Beweisbegehren (namentlich Beweisermittlungsanträge) der Verfahrensbeteiligten auf Vernehmung der Vertrauensperson wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels - bei Beweisanträgen gemäß § 244 Abs. 3 S. 2 StPO - abgelehnt werden.

5.4.5 Kein Beweiserhebungsverbot bei Vorliegen einer Sperrerklärung

Dagegen ist es nicht statthaft, einen Beweisantrag, der auf die Vernehmung einer individuell benannten Person abzielt und zur Begründung anführt, bei dieser Person handele es sich um die Vertrauensperson, unter Hinweis auf die behördliche Sperrung der Vertrauensperson abzulehnen.

Denn eine behördliche Sperrerklärung führt lediglich dazu, dass die Polizeibehörde befugt eine Auskunft über die Identität der Vertrauensperson verweigert. Sie führt aber nicht dazu, dass das Gericht daran gehindert wäre, die Vertrauensperson zu vernehmen, wenn es anderweitig, etwa durch einen Angeklagten, den die Enttarnung der Vertrauensperson gelungen ist, von deren Identität erfährt. Dementsprechend gibt eine Sperrerklärung dem Gericht keine Handhabe, die Vernehmung einer Person abzulehnen, die von einem Verfahrensbeteiligten mit dem Ziel erstrebt wird, die Person zu befragen, ob sie die betreffende Vertrauensperson sei (BGHSt 39, 141; BGH NJW 1988, 2187; BGH NJW 1993, 1214; BGH NStZ 2003, 610).

Sofern es ungeachtet einer Sperrerklärung zu einer Identifizierung der Vertrauensperson und deren Ladung zur Zeugenvernehmung durch das Gericht kommt, ist die Vertrauensperson grundsätzlich ebenso wie jeder andere private Zeuge verpflichtet, der Ladung nachzukommen und den übrigen Zeugenpflichten zu genügen, namentlich auszusagen. Der Vertrauensperson stehen grundsätzlich nur die für alle Privatpersonen geltenden Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung zur Seite.

Anderes gilt nur, wenn die Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz von der sie einsetzenden Behörde zur Verschwiegenheit verpflichtet wurde; dann bedarf sie, ebenso wie Beamte, für eine Aussage vor Gericht eine Aussagegenehmigung, die ggf. von der Polizeibehörde versagt werden kann (BGHSt 31, 148; BGH NStZ 1984, 31). Eine Enttarnung eines Zeugen als Vertrauensperson kann mit einem solchen Vorgehen aber selbstredend nicht verhindert werden, da der Zeuge in einem solchen Fall offenbaren müsste, wegen seiner Tätigkeit als Vertrauensperson förmlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden zu sein. Sinn ergibt in einem solchen Fall eine Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz und eine Beschränkung der Aussagegenehmigung für eine enttarnte Vertrauensperson nur, sofern die Vertrauensperson über Erkenntnisse verfügt, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Polizei erhalten hat und die ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftig sind, etwa Kenntnisse über Identitäten anderer - noch nicht enttarnter - Vertrauenspersonen oder Verdeckter Ermittler bzw. über sonstige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen der Polizei, etwa technische Observationsmaßnahmen.

5.4.6 Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson über Beweismittelsurrogate - Urkundenbeweis und Zeuge vom Hörensagen

Wenn das Gericht aufgrund einer Sperrerklärung nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch daran gehindert ist, eine Vertrauensperson in der Hauptverhandlung als Zeuge zu vernehmen, sind die Erkenntnisse der Vertrauensperson nach Maßgabe der richterlichen Aufklärungspflicht bzw. des Beweisantragsrechtes anderweitig in die Hauptverhandlung einzuführen.

Lediglich dann, wenn die Sperrerklärung offensichtlich rechtsmissbräuchlich oder willkürlich ist, besteht ein Beweisverwertungsverbot, das den Rückgriff auf Beweismittelsurrogate verbietet (vgl. BGHSt 29, 109; BGHSt 31, 323). Ein Beweisverwertungsverbot besteht indes nicht schon dann, wenn die Sperrerklärung nach Auffassung des erkennenden Gerichts lediglich rechtsfehlerhaft ist (BGHSt 36, 159).

Für die Einführung der Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch Beweismittelsurrogate kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

5.4.6.1 Urkundenbeweis

Zum einen können Protokolle über polizeiliche Vernehmungen der Vertrauensperson durch ihren polizeilichen VP-Führer, also die Niederschriften über sog. Quellenvernehmungen, in der Hauptverhandlung gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Urkundenbeweis verlesen werden. Aufgrund der für das Gericht beachtlichen Sperrerklärung kann die Vertrauensperson im Sinne des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden. Unerheblich ist, dass die Niederschriften von Quellenvernehmungen keine Angaben zur Identität der Vertrauensperson enthalten. Denn § 251 StPO lässt auch die Verlesung von Vernehmungsniederschriften von anonymen Zeugen zu.

Statthaft und unter Aufklärungsgesichtspunkten unter Umständen auch geboten ist es, dass das Gericht eine Quellenvernehmung der betreffenden Vertrauensperson durch den jeweiligen VP-Führer in Auftrag gibt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine solche Vernehmungsniederschrift verlesbar ist, selbst wenn ihr eine Vernehmung zugrunde liegt, die speziell zur Schaffung einer in der Hauptverhandlung zu verlesenden Vernehmungsniederschrift durchgeführt wurde. Auf diese Weise ist es grundsätzlich möglich, einer Vertrauensperson indirekt Fragen zu stellen, auf die es dem Gericht oder der anderen Verfahrensbeteiligten ankommt. In der Praxis werden der Vertrauensperson bei Bedarf durch den VP-

Führer Fragenkataloge des Gerichts oder auch der Verteidigung vorgelegt. Die Vertrauensperson beantwortet diese Fragen im Rahmen der Vernehmung durch den VP-Führer. Auf eine solche Vorgehensweise haben der Angeklagte und sein Verteidiger grundsätzlich einen Anspruch. Die so hergestellte Niederschrift über die Quellenvernehmung kann dann gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden - alternativ kann der VP-Führer über die Angaben der Vertrauensperson zu den ihr vorgelegten Fragen zeugenschaftlich vernommen werden.

5.4.6.2 Die Vernehmung des VP-Führers als Zeugen vom Hörensagen

Rechtlich möglich und in der gerichtlichen Praxis durchaus üblich ist es auch, den jeweiligen VP-Führer als Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Dieser wird dann in der Hauptverhandlung darüber vernommen, was die von ihm geführte Vertrauensperson ihm im Rahmen von polizeilichen Quellenvernehmungen oder auf anderem Wege über ihre Erkenntnisse zum Verfahrensgegenstand mitgeteilt hat. Der als Zeuge in der Hauptverhandlung vernommene VP-Führer ist ein sog. Zeuge vom Hörensagen.

Eine Einführung der Erkenntnisse der Vertrauensperson auf diesem Wege verstößt nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO, da dieser lediglich den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundsbeweis regelt. Und da bei Vorliegen einer beachtlichen Sperrerklärung eine Vernehmung der Vertrauensperson selbst durch das Gericht nicht möglich ist, verstößt die Vernehmung des VP-Führers als Zeuge vom Hörensagen auch nicht gegen den Aufklärungsgrundsatz, der generell - wenngleich nicht ausnahmslos - die Vernehmung bloß eines mittelbaren Zeugen anstelle des unmittelbaren Zeugen nicht ausreichen lässt.

Zu bedenken ist allerdings, dass auch bei einer Vernehmung der polizeilichen Führungsbeamten einer Vertrauensperson die gerichtlichen Erkenntnismöglichkeiten beschränkt sind. Denn wie jeder Polizeibeamte benötigt auch der VP-Führer gemäß § 54 StPO in Verbindung mit den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften eine Aussagegenehmigung seines Dienstvorgesetzten. Diese vom Gericht einzuholende Aussagegenehmigung wird - was statthaft ist - regelmäßig dahingehend beschränkt, dass dem VP-Führer Angaben zur Identität der Vertrauensperson sowie generell zu Umständen, die Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson zulassen, nicht gestattet werden. Eine solche Beschränkung der Aussagegenehmigung ist für das Gericht grundsätzlich bindend. Sie muss allerdings von der obersten Dienstbehörde (in aller

Regel dem Innenministerium) verfügt werden. Insofern gilt das zur Sperrerklärung oben Gesagte entsprechend. Das Gericht hat lediglich die Möglichkeit, gegen eine Beschränkung der Aussagegenehmigung Gegenvorstellung zu erheben, sofern die Aussagegenehmigung keine einzelfallbezogene und nachvollziehbare Abwägung aller relevanten Umstände enthält. Wenn eine solche Gegenvorstellung gegen die Beschränkung der Aussagegenehmigung erfolglos geblieben ist oder, weil die Beschränkung der Aussagegenehmigung hinreichend begründet worden ist, nicht angezeigt ist, hat das Gericht die Beschränkung der Aussagegenehmigung ebenso zu akzeptieren wie eine Sperrerklärung. Insbesondere hat das Gericht Fragen der Verfahrensbeteiligten, auf die sich die Aussagegenehmigung nicht erstreckt, etwa Fragen, welche die Identität die Vertrauensperson betreffen, gemäß § 241 Abs. 2 StPO als ungeeignet zurückzuweisen bzw. bei einer Ablehnung der Beantwortung einer solchen Frage durch den VP-Führer Anträge der Verfahrensbeteiligten, den Zeugen zur Beantwortung der Frage - notfalls unter Androhung oder Anwendung von Zwangsmitteln - zu veranlassen, abzulehnen.

5.4.6.3 Berücksichtigung der nur mittelbaren Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen im Rahmen der Beweiswürdigung

Wenn das Gericht eine Vertrauensperson nicht in der Hauptverhandlung vernehmen kann, sondern darauf beschränkt ist, Niederschriften über polizeiliche Quellenvernehmungen zu verlesen oder den jeweiligen VP-Führer als Zeugen vom Hörensagen zu vernehmen, verlangt die Rechtsprechung, dass das Gericht diese Defizite bei der Beweiserhebung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt.

Da es dem Gericht in solchen Fällen nicht möglich ist, sich einen eigenen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson zu verschaffen, und das Gericht und die Verfahrensbeteiligten daran gehindert sind, die Glaubhaftigkeit der Angaben einer Vertrauensperson durch eigene Nachfragen an diesen kritisch zu hinterfragen, kann den lediglich mittelbar in der Hauptverhandlung eingeführten Angaben einer Vertrauensperson nur ein reduzierter Beweiswert beigemessen werden. Dessen muss sich das Gericht bewusst sein und das muss auch in den Urteilsgründen erkennbar zum Ausdruck kommen. Praktisch bedeutet dies, dass die mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben einer Vertrauensperson besonders vorsichtig zu würdigen sind und in aller Regel auf sie allein eine Verurteilung eines Angeklagten nicht gestützt werden kann. Regelmäßig bedarf es gewichtiger anderer Beweisanzeichen, welche die Angaben einer Vertrauensperson bestätigen, um auf deren Bekundungen eine Verurteilung stützen zu können. Allerdings hat der Bundesgerichtshof

jüngst seine Rechtsprechung zum Ausmaß und zur Art der Beschränkung der Beweiskraft von Angaben nicht konfrontativ befragter Zeugen im Anschluss an die jüngere Rechtsprechung des EGMR zum Konfrontationsrecht etwas relativiert (vgl. BGH NStZ 2017, 602).

Diese Erfordernisse bei der Beweiswürdigung gelten insbesondere auch deshalb, weil bei der nur mittelbaren Einführung der Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch die Verlesung von Vernehmungsniederschriften oder die Vernehmung eines VP-Führers das sog. Konfrontationsrecht nicht gewahrt ist. Hinsichtlich der Garantien des Konfrontationsrechtes wird auf die Ausführung zur Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK Bezug genommen. Wie im dortigen Zusammenhang ausgeführt, gebietet es das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 3 d EMRK, dass dem Angeklagten bzw. zumindest seinem Verteidiger die Gelegenheit gegeben wird, selbst Fragen an Beweispersonen zu stellen, und zwar in Gestalt einer unmittelbaren Konfrontation mit dem Zeugen in der Hauptverhandlung oder zumindest einem anderen Stadium des Strafverfahrens, wobei eine audiovisuelle Konfrontation im Rahmen einer Videovernehmung genügt. Dieses eigene Fragerecht des Angeklagten und seines Verteidigers, dem nicht durch die Möglichkeit Genüge getan wird, der Vertrauensperson über den VP-Führer einen schriftlichen Fragenkatalog vorzulegen, wird nicht gewahrt, wenn der Zeuge aufgrund einer umfassenden Sperrerklärung für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht.

Wie bei der Erörterung der Vorgaben der EMRK ausgeführt, gilt das Konfrontationsrecht aber nicht uneingeschränkt. Vielmehr sind Abweichungen vom Konfrontationsrecht statthaft, wenn es hierfür legitime Gründe gibt, die Verfahrensfairness insgesamt gewahrt bleibt, die Aussage des nicht konfrontativ befragten Zeugen nicht das einzig relevante Beweismittel darstellt und bei der Beweiswürdigung Berücksichtigung findet, dass dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger eine eigene Befragung des Zeugen nicht möglich war. Letztlich stellt damit das Konfrontationsrecht, das in Deutschland ungeachtet seiner expliziten normativen Verankerung ausschließlich in der EMRK als einfaches Bundesrecht gilt, die Zulässigkeit eines strafprozessualen Einsatzes von Vertrauenspersonen und die Einführung ihrer Erkenntnisse infolge einer Sperrerklärung über mittelbare Beweismittelsurrogate nicht in Frage.

In der Praxis wird versucht, dieser Rechtslage dadurch Rechnung zu tragen, mit Hilfe der Informationen der Vertrauenspersonen so viele sonstige Beweismittel zu beschaffen, dass diese zur Verurteilung des

Beschuldigten genügen und es eines Rückgriffes auf die Vertrauensperson in der Hauptverhandlung nicht mehr bedarf, diese zumindest aber nicht mehr tragendes Beweismittel ist (vgl. auch Nr. 3.2 der Anlage D zur RiStBV). Häufig werden die Angaben der Vertrauenspersonen genutzt, um mit ihrer Hilfe gerichtliche Anordnungen für weitere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie eine Telekommunikationsüberwachung oder eine Observation zu erlangen.

5.5 Gesetzliche Regelungen des präventiv-polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen

Gesetzliche Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen finden sich insbesondere in den verschiedenen Polizeigesetzen des Bundes und der Länder. Im Grundsatz liegt ein ähnlicher Grundrechtseingriff durch den Einsatz einer Vertrauensperson vor unabhängig davon, ob die Vertrauensperson im präventiven oder im repressiven Bereich tätig ist. Der wesentliche Unterschied liegt im Anlass für den Einsatz, da nach den Polizeigesetzen bereits eine Gefahr genügt, während für Ermittlungen im Sinne der Strafprozessordnung ein Anfangsverdacht wegen einer begangenen Straftat vorliegen muss. Dieser Umstand mag unterschiedliche Wertungen der Regelungen zwischen Ordnungsrecht und der Strafprozessordnung begründen. Dennoch hält es die Kommission für nützlich zu untersuchen, welche Regelungen für Vertrauenspersonen in den Polizeigesetzen getroffen worden sind.

Überwiegend ist der Einsatz einer Vertrauensperson als „besonderes Mittel der Datenerhebung“ geregelt worden.

In allen Gesetzen ist Vertrauensperson definiert worden als eine Privatperson, deren Zusammenarbeit mit der Polizei nicht bekannt ist.

Ansonsten weicht die Regelungsdichte erheblich voneinander ab, wobei im bayerischen Polizeiaufgabengesetz und im niedersächsischen POG die umfassendsten Regelungen getroffen worden sind

Richtervorbehalt

Einige Bundesländer stellen den Einsatz von Vertrauenspersonen unter einen Richtervorbehalt, der teilweise umfassend ist (§ 36 Abs. 4 NPOG, Art. 28 Abs. 4 des Rheinland-Pfälzischen POG, § 34 Abs. 2 BbgPolG). Teilweise wird ein Richtervorbehalt analog der Regelung für Verdeckte Ermittler in der Strafprozessordnung lediglich dann für erforderlich erachtet, wenn sich der Einsatz gegen bestimmte Personen richtet oder

nicht allgemein zugängliche Wohnungen betreten werden sollen (Art. 38 Bay PAG, § 45 Abs. 3 BKAG).

Befristung
In vielen Polizeigesetzen ist ferner die Regelung getroffen worden, dass der Einsatz einer Vertrauensperson lediglich zeitlich befristet angeordnet werden darf, wobei eine Verlängerung im Einzelfall möglich ist (vgl. z. B. § 45 Abs. 3 BKAG, § 28 Abs. 4 Rheinland-Pfälzischen POG, § 34 BremPolG).

Unterrichtungspflicht
In fast allen Gesetzen finden sich Regelungen zur Verpflichtung der Behörden, den Betroffenen über den Einsatz der Vertrauensperson nach Abschluss der Maßnahmen zu unterrichten. Diese wird überwiegend davon abhängig gemacht, ob die Benachrichtigung ohne Gefährdung weiterer Einsätze der Vertrauensperson oder Gefährdung für Leib und Leben einer Person erfolgen kann (vgl. z. B. Art. 50 BayPAG, § 22 Abs. 8 PAG Baden-Württemberg, § 28 Abs. 5 SPOG, § 18 SOG LSA, § 36 Abs. 3 Nr. 2 PAG Thüringen, § 34 Abs. 3 BbgPolG, § 33 Abs. 6 SOG M-V, § 30 NPOG, § 74 BKAG).

Recht, Wohnungen zu betreten
Das Recht der Vertrauensperson, fremde Wohnungen zu betreten, ist ausdrücklich z. B. in den Gesetzen der Länder Bayern (Art. 38 BayPAG), Rheinland-Pfalz (§ 28 POG) oder in 45 Abs. 3 BKA-G geregelt. In den Gesetzen anderer Länder ist zwar für Verdeckte Ermittler eine Regelung getroffen worden, nicht aber für Vertrauenspersonen. In der Mehrzahl der Polizeigesetze findet sich keine Regelung.

Ausschlussgründe
Bayern (Art. 38 Abs. 5 BayPAG) und Niedersachen (§ 36 Abs. 2 NPOG) haben fast gleichlautende Regelungen dazu getroffen, dass als Vertrauensperson nicht eingesetzt werden darf, wer

- nicht voll geschäftsfähig ist (insbesondere Minderjährige),
- an einem Aussteigerprogramm teilnimmt,
- Mitglied oder Mitarbeiter eines Mitglieds eines Landesparlamentes, des Deutschen Bundestages oder des Europaparlamentes ist.

Die Regelungen hinsichtlich der Mandatsträgerschaft dürften Folge des NPD-Verbotsverfahrens gewesen sein.

In § 34 BremPolG ist geregelt worden, dass jedenfalls Personen, die aus beruflichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, als Vertrauenspersonen nicht in Anspruch genommen werden dürfen.

Verbot der Tatprovokation

Auch insoweit haben ausschließlich die Länder Niedersachsen (§ 36 Abs. 3 NPOG) und Bayern (Art. 38 Abs. 4 BayPAG) Regelungen zu tatprovokativem Verhalten getroffen und es Vertrauenspersonen verboten,

- in einer Person, die nicht zu Begehung von Straftaten bereit ist, den Entschluss zu wecken, solche zu begehen,
- eine Person zur Begehung einer über ihre erkennbare Bereitschaft hinausgehenden Straftat zu bestimmen oder
- Daten mit Mitteln oder Methoden zu erheben, die die Polizei nicht einsetzen dürfte.

Zuverlässigkeitsprüfung

Soweit ersichtlich hat ausschließlich der bayerische Landesgesetzgeber in Artikel 38 Abs. 6 BayPAG festgelegt, dass die Vertrauensperson und die von ihr erhaltenen Informationen fortlaufend auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen sind. Die Prüfung solle insbesondere anhand der Untersuchung der finanziellen Verhältnisse der Vertrauensperson (Abhängigkeit von den Geld- und Sachzuwendungen für den Lebensunterhalt) und etwaiger Vorstrafen erfolgen.

6. Vertrauenspersonen de lege ferenda

6.1 Bedarf es einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren?

Der Gesetzgeber hat den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren bislang nicht gesetzlich geregelt, sondern die Auffassung vertreten, die Ermittlungsgeneralklausel des § 163 StPO genüge, um den Einsatz gesetzlich zu legitimieren. Zuletzt hat er sich bei der Einführung der Regelungen über den Einsatz von Verdeckten Ermittlern (§§ 110a ff. StPO) durch das OrgKG vom 15.07.1992 bewusst gegen eine spezielle gesetzliche Regelung für Vertrauenspersonen entschieden.

Wie dargestellt, ist eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage des Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren auch weder nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes noch nach der des EGMR zwingend geboten.

Dem ist auch die Kommission mehrheitlich gefolgt, indem sie festgestellt hat:

Die Kommission hält die augenblickliche Regelung für den Einsatz von V-Personen und die Inanspruchnahme von Informanten über die Generalklausel des § 163 StPO verbunden mit den Richtlinien (entsprechend der Anlage D zur RiStBV) für normativ - im Sinne von verfassungsrechtlich geboten - ausreichend.

Dafür: 5 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 3

Allerdings wird von der wohl überwiegenden Ansicht in der juristischen Literatur und auch von der von dem früheren Bundesjustizminister einberufenen Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens gefordert, den Einsatz von Vertrauenspersonen gesetzlich zu regeln; auch die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes hatte sich bereits im Jahr 2001 für eine spezielle gesetzliche Regelung ausgesprochen.

Wenn es also auch nicht zwingend geboten sein mag, eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage zu schaffen, so hat die Kommission dennoch erörtert, ob dies nicht trotzdem sinnvoll ist und hat diese Frage, wie schon im Jahr 2001, bejaht:

Die Kommission empfiehlt, den Einsatz von V-Personen und Informanten bereichsspezifisch gesetzlich zu regeln.

Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

Obwohl der Einsatz von Vertrauenspersonen seit Jahrzehnten ein gängiges Ermittlungsinstrument ist, ist er nach wie vor auch in der Praxis nicht unumstritten. Dass sich der Staat Personen aus dem kriminellen Milieu für Ermittlungen bedient, die für diese Tätigkeit regelmäßig auch entlohnt werden, lässt an der Zuverlässigkeit der so gewonnenen Erkenntnisse zweifeln. Die Unsicherheit wird noch dadurch verstärkt, dass eine eingehende Prüfung der Angaben einer Vertrauensperson für die Justiz sowie den Beschuldigten und seine Verteidigung nur eingeschränkt möglich ist. Zum einen enthalten die Akten keine Hinweise über die Identität einer eingesetzten Vertrauensperson. Zum anderen sind auch Protokolle oder zusammenfassende Vermerke über Vernehmungen einer Vertrauensperson so gehalten, dass sie keine Informationen enthalten, die eine Identifizierung der Vertrauensperson ermöglichen. Die Motivation der Vertrauensperson für die Zusammenarbeit mit der Polizei bleibt für die Gerichte oft ungeklärt. Entsprechende Fragen werden in der Regel nicht beantwortet, da Auskünfte im Zweifel auch Rückschlüsse auf die Person zulassen würden. Im Ergebnis sind die Gerichte auf die - für sie kaum zu überprüfende - professionelle Arbeit der VP-Führung angewiesen, der die Aufgabe zukommt, die Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson und die Glaubhaftigkeit der Angaben eingehend zu prüfen. Dies führt zu erheblichen Vorbehalten nicht nur bei der Verteidigung, sondern auch bei den Gerichten.

Umgekehrt hat allerdings innerhalb der Kommission kein Zweifel bestanden, dass die Ermittlungsbehörden gerade auch zur Bekämpfung der organisierten und zunehmend auch der politischen Kriminalität auf den Einsatz von Vertrauenspersonen angewiesen sind. Nur diesen Personen, die sich regelmäßig in diesen besonderen gesellschaftlichen Kreisen aufhalten, die zum Beispiel in Bereichen der sog. Clankriminalität als besonders abgeschottet gelten und teilweise nur aus untereinander gut bekannten Großfamilien bestehen, gelingt es, unauffällig die wesentlichen Informationen zu ermitteln.

Bei dieser Sachlage hält es die Kommission für geboten, den Einsatz von Vertrauenspersonen gesetzlich zu regeln, selbst wenn eine gesetzliche Normierung sich sinnvollerweise im Wesentlichen an der bereits geltenden Regelung der gemeinsamen Richtlinien der Anlage D zur RiStBV bzw. den jeweiligen Erlassen der Landesministerien orientieren sollte.

Nach Auffassung der Kommission setzte der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Regelung auch ein Zeichen, dass und unter welchen Voraussetzungen er den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren billigt und für einen Eingriff in die Grundrechte Betroffener auch die Verantwortung übernimmt. Darüber hinaus diente eine gesetzliche Regelung auch einer Erleichterung einer Überprüfung, ob die Voraussetzungen für den Einsatz der Vertrauensperson im zu beurteilenden Einzelfall vorgelegen haben.

Die Kommission hat - beraten durch den Leiter des Referats für VP-Führer bei dem Bundeskriminalamt - den Eindruck gewonnen, dass die VP-Führung auch in den Ländern in letzter Zeit professioneller geworden ist und sich die Regelungen in der Anlage D zur RiStBV bewährt haben. Für eine Einschränkung des Einsatzes von Vertrauenspersonen hat die Kommission keinen Anlass gesehen. Vielmehr ist sie davon überzeugt, dass die grundgesetzlich geschützte Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, es gebietet, Regelungen zu schaffen, die den Einsatz von Vertrauenspersonen in der Praxis weiterhin möglich macht.

Die Kommission hat sich bemüht, Vorschläge für Regelungen zu machen, die einerseits beachten, dass der Einsatz einer nicht unproblematischen Ermittlungsmaßnahme geregelt wird, und andererseits deren Praktikabilität gewährleisteten. Sie ist daher der Auffassung:

Eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung sollte sich an den nachfolgenden Thesen der Kommission orientieren.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Ferner ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass die Verfahrensregelungen der gemeinsamen Richtlinien in der Anlage D zur RiStBV, die nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung werden, weiterhin in einer zusammenfassenden Richtlinie geregelt werden sollten.

Die Kommission stellt fest, dass die in den bisherigen RiStBV dargestellten Verfahrensregelungen, sofern sie nicht in eine gesetzliche Regelung übertragen werden, dort inhaltlich verbleiben sollten.

Dafür: 8[2] / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

[2] Bei einzelnen Abstimmungen sind nicht alle Mitglieder der Kommission anwesend gewesen.

Auch wenn dies aus föderativen Gesichtspunkten schwierig umzusetzen sein dürfte, hält es die Kommission aus Sicht der Praxis für wünschenswert, wenn bundesweit einheitliche Richtlinien gelten würden. In der Praxis ist jederzeit möglich, dass regionale Staatsanwaltschaften mit VP-Stellen der Bundesbehörden (Zoll, Bundeskriminalamt, Bundespolizei) zusammenarbeiten. Auch sind Verfahrensabgaben über Bundesländergrenzen hinaus gerade im Bereich der Serien- und Bandenkriminalität nicht unüblich.

Die Kommission regt an, die Bestimmungen der RiStBV zu V-Personen und Informanten in den Bundesländern einheitlich zu regeln und sie auch für den Bund in Kraft zu setzen.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

6.2 Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen

Über den eigentlichen Gutachtenauftrag hinausgehend hat die Kommission wegen des sachlichen Zusammenhangs Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen sowohl für Vertrauenspersonen als auch für Informanten erwogen.

6.2.1 Definitionen

Die Kommission schlägt vor, zunächst Legaldefinitionen für Vertrauenspersonen und Informanten zu schaffen, um diese voneinander und von anderen Formen verdeckter Ermittlungen abgrenzen zu können. Dies erscheint auch deshalb angebracht, weil die Regelungen für Vertrauenspersonen und Informanten sich häufig überschneiden dürften, teilweise aber auch je nach Einstufung unterschiedliche Regelungen sachdienlich sein dürften.

Eine V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten, in der Regel auf längere Zeit, vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Ein Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.

Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

Die Definitionen entsprechen im Wesentlichen der Richtlinie Abschnitt I Nr. 2.2 der Anlage D zur RiStBV.

Allerdings hat sich die Kommission entschieden, die Definition dahingehend zu ergänzen, dass Vertrauenspersonen „in der Regel“ - und damit nicht unbedingt in jedem Fall - auf längere Zeit vertraulich mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeiten. Wie oben (2.1) dargestellt, ist es kennzeichnend für die Arbeit mit Vertrauenspersonen, dass sie nicht nur einmalig, sondern für einen längeren Zeitraum die Polizei unterstützen sollen. Dies entweder, weil sie sich regelmäßig in einer Szene aufhalten, aus der sie von Fall zu Fall Informationen an die Polizei geben oder in Erfahrung bringen können; oder es handelt sich um Vertrauenspersonen, die im Auftrag der Ermittlungsbehörden den Kontakt zu einem Beschuldigten oder einer Gruppierung aufbauen sollen, um deren Vertrauen zu erlangen und sodann Informationen zu sammeln oder z. B. den Kontakt zu einem Verdeckten Ermittler zu ermöglichen. Es kann aber nach Auffassung der Kommission auch Fallgestaltungen geben, in denen die Vertrauensperson nur in einem Fall und nur für kurze Zeit eingesetzt werden soll. Zu denken wäre zum Beispiel an einen Angestellten aus einem Unternehmen, der Hinweise zu Wirtschaftsstraftaten geben kann und sich deswegen an die Polizei wendet. Dieser soll im Auftrag der Polizei für einen kurzen Zeitraum weitere Informationen beschaffen. Im Anschluss an diesen Auftrag ist nicht beabsichtigt, die Person weiter als Vertrauensperson einzusetzen. In diesem Fall dürfte es sich nicht um einen Informanten handeln, da die Polizei nicht lediglich eine Aussage des Angestellten entgegennimmt, sondern diesen aktiv beauftragt, weitere Informationen zu sammeln und mitzuteilen.

Kennzeichnend für den Informanten ist es nach Auffassung der Kommission, dass dieser eine Aussage bei der Polizei macht, ohne von den Ermittlungsbehörden mit weiteren Aufträgen versehen zu werden. Dieser wird tatsächlich lediglich in einem Einzelfall tätig. Er ist lediglich ein Zeuge mit der Besonderheit, dass ihm vor der Vernehmung zugesichert wird, seine Identität vertraulich zu behandeln, obwohl sie den Ermittlungsbehörden bekannt ist.

6.2.2 Anfangsverdacht wegen bestimmter Anlasstaten?

Durch eine zu schaffende gesetzliche Regelung sollte sichergestellt werden, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten nur auf bestimmte Kriminalitätsbereiche beschränkt wird. Der Eingriff durch den Einsatz einer Vertrauensperson oder eines Informanten muss in einem angemessenen Verhältnis zum Anlass der Ermittlungen stehen.

Dies ließe sich durch einen abschließenden Straftatenkatalog gewährleisten, indem etwa wie bei der Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) oder Verkehrsdatenerhebung (§ 100g StPO) die Straftatbestände enumerativ aufgeführt werden, die als Anlasstaten Voraussetzung für den Einsatz von Vertrauenspersonen sind.

Möglich erscheint auch die Übernahme der Regelung für den Einsatz Verdeckter Ermittler in § 110a StPO, die einen generalisierten Katalog enthält, in dem auf einzelne Deliktsbereiche (Betäubungsmittel- oder Waffenverkehr, Geld- oder Wertzeichenfälschung, Straftraten auf dem Gebiet des Staatsschutzes), bandenmäßige oder gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehungsweisen abgestellt wird.

Letztlich stellen die Richtlinien in Nr. 3.1 der Anlage D zur RiStBV neben einem generalisierten Katalog auch auf die eher unbestimmten Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität ab.

Die Kommission spricht sich im Ergebnis gegen einen abschließenden Straftatenkatalog, wie er zum Beispiel in § 100a StPO für die Telekommunikationsüberwachung geregelt ist, aus:

Die Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit/ Geheimhaltung sollten in einem abschließenden Straftatenkatalog geregelt werden.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

Zwar hätte ein solcher Katalog den Vorteil, dass eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen würde, da die Anlasstaten abschließend aufgezählt wären. Entsprechende Kataloge hat der Gesetzgeber gewählt, um - verdeckte - Eingriffe, denen er einen besonders hohen Grundrechtseingriff zuschreibt, zu begrenzen. Mit den Grundrechtseingriffen von Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachungen sind der Einsatz einer Vertrauensperson geschweige denn die Zusicherung der Vertraulichkeit an einen Informanten indes nicht zu vergleichen. Die Grundrechtsrelevanz

liegt nach Auffassung der Kommission auch niedriger als bei einem Verdeckten Ermittler, da dieser als Polizeibeamter mit den entsprechenden Befugnissen nach der Strafprozessordnung und den Polizeigesetzen der Länder oder des Bundes ausgestattet ist. Diese stehen einer Vertrauensperson unstreitig nicht zu, sodass selbst bei einem operativen Einsatz einer Vertrauensperson von einem weniger schweren Eingriff als bei einem Verdeckten Ermittler auszugehen ist.

Es stellt sich auch die Frage, ob mit einem abschließenden Straftatenkatalog die Kriminalitätsbereiche vollständig abgedeckt werden können, die den Einsatz von Vertrauenspersonen erfordern. Dabei handelt es sich regelmäßig um Bereiche der bandenmäßigen und Organisierten Kriminalität, die durch andere Ermittlungsmaßnahmen allein kaum noch aufgeklärt werden können. Zwar liegt ein Schwerpunkt der Organisierten Kriminalität sicherlich auf der Verwirklichung bestimmter Straftatbestände, etwa nach dem Betäubungsmittelgesetz, die in einem Katalog aufgenommen werden könnten. Allerdings folgt schon aus der Definition der Organisierten Kriminalität, dass diese wesentlich weiter reicht (vgl. Ziff. 2 der Anlage E zur RiStBV) und diverse unterschiedliche Kriminalitätsformen beinhalten kann. Nach Auffassung der Kommission besteht die Gefahr, dass ein abschließender Straftatenkatalog eine zu enge Regelung enthalten würde.

Ein weiterer Nachteil eines abschließenden Straftatenkataloges liegt darin, dass dieser unflexibel ist. Bei neuen Kriminalitätsformen besteht die Gefahr, dass Kataloge veralten und regelmäßig überarbeitet werden müssen. Zu denken ist insofern gerade an Kriminalität aus dem Bereich „Cybercrimes“.

Flexibler und praxistauglicher ist der generalisierte Katalog in § 110a Abs. 1 Sätze 1-3 StPO (Verdeckte Ermittler) gefasst, der inhaltlich teilweise auch mit den Regelungen der Nr. 3 der Anlage D zur RiStBV übereinstimmt.

Allerdings enthält § 110a StPO die Einschränkung, dass es sich bei den Anlasstaten immer um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handeln muss. Diese Einschränkung geht auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu anderen - nach Auffassung der Kommission wesentlich eingriffsintensiveren - verdeckten Ermittlungsmaßnahmen zurück. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht angemahnt, dass der Straftatenkatalog allein nicht ausreichend sei, sondern die konkrete Tat, wegen der die Maßnahme angeordnet wird, von erheblicher Bedeutung sein muss. Eine entsprechende Einschränkung ist nach Auffassung der Kommission für den Einsatz von Vertrauenspersonen nicht erforderlich.

Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung führt auch wegen seiner Unbestimmtheit zu Unsicherheiten in der Praxis. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Hinweise von Vertrauenspersonen häufig genutzt werden sollen, um einen Anfangsverdacht wegen Straftaten untermauern und weitere Ermittlungsmaßnahmen beantragen zu können. Deswegen hat die Kommission beschlossen:

Als Voraussetzung für die Zusicherung sollte auf den gesetzlich eingeführten Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung (vgl. §§ 110a, 100g StPO) zurückgegriffen werden.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

Die Kommission ist der Auffassung, dass die bestehende Regelung in Abschnitt I Nr. 3.1 der Anlage D zu RiStBV sich in der Praxis bewährt hat. Ihr ist zwar entgegen zu halten, dass die Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität eher unbestimmt sind. Dennoch ist in Abgrenzung zur Bagatellkriminalität hinreichend klar, was gemeint ist. Der Kommission sind jedenfalls Fälle nicht bekannt geworden, bei denen Vertrauenspersonen zur Verfolgung von Straftaten eingesetzt worden sind, bei denen im Nachhinein festgestellt wurde, dass der Eingriff in keinem Verhältnis zum Anlass stand.

Umgekehrt sieht die Kommission die Gefahr, dass auch durch generalisierte Kataloge für Anlasstaten der Anwendungsbereich eines Einsatzes von Vertrauenspersonen zu sehr eingeschränkt würde. So wäre zum Beispiel bei einer Regelung entsprechend § 110a StPO die Zusicherung der Geheimhaltung für eine Vertrauensperson, die Hinweise auf Täter eines Banküberfalls geben könnte, nicht möglich, wenn die Tat durch lediglich zwei Täter begangen worden wäre. Dies gälte selbst dann, wenn die Täter die Angestellten über längere Zeit als Geiseln in ihrer Gewalt gehalten, mit Schusswaffen bedroht und letztlich mit einer Beute von mehreren hunderttausend Euro geflohen wären. Es bestünde kein Tatverdacht wegen einer Katalogtat und die Wiederholungsgefahr, die bei bloßen Verbrechen anhand konkreter Tatsachen zu belegen ist (§ 110a Abs. 1 S. 2 StPO), ließe sich bei der ersten Tat nicht begründen. Auch wäre es nicht möglich, den Mitarbeiter eines Unternehmens als Vertrauensperson einzusetzen, bei dem ein Geschäftsführer durch Betrugsstraftaten zum Nachteil der Allgemeinheit einen Millionenschaden verursacht hat. Es ließen sich unschwer weitere Beispiele finden, die belegen, dass eine möglichst flexible Regelung durch die unbestimmten Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität am ehesten den praktischen Bedürfnissen einer effektiven Strafverfolgung gerecht wird.

Daher ist die Kommission mehrheitlich zu der Auffassung gelangt:

Als Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung sollte auf eine Beschreibung zurückgegriffen werden, die sich an Ziff. 3.1 des Abschnittes I der Anlage D zur RiStBV orientiert.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

6.2.3 Subsidiaritätsklausel

Die Kommission hat sich mit der Frage beschäftigt, ob die Zulässigkeit des Einsatzes einer Vertrauensperson allein an die Einhaltung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geknüpft werden sollte oder ob eine Subsidiaritätsklausel in eine gesetzliche Regelung aufgenommen werden sollte.

Derzeit sieht § 110a Abs. 1 S. 3 StPO für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern bei der Verfolgung der Katalogtaten vor, dass dieser davon abhängig ist, dass die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Für die Aufklärung sonstiger Verbrechen fordert § 110a Abs. 1 S. 4 StPO, dass die Aufklärung ohne den Einsatz Verdeckter Ermittler aussichtslos wäre, schränkt den Einsatz Verdeckter Ermittler also weiter ein.

Demgegenüber stellt die bislang für Vertrauenspersonen und Informanten geltende Richtlinie in Abschnitt I Nr. 3.2 der Anlage D zur RiStBV in sämtlichen Fällen darauf ab, dass die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Aus Sicht der Praktiker ist die Subsidiaritätsklausel eine Einschränkung für den Einsatz, die im Alltag zu Schwierigkeiten führen kann, weil Vertrauenspersonen unterschiedlich eingesetzt werden. In der Praxis werden operative Vertrauenspersonen, die ähnlich einem Verdeckten Ermittlers eingesetzt werden, regelmäßig erst dann beauftragt, wenn es keine weiteren erfolgversprechenden Ermittlungsansätze mehr gibt. Vertrauenspersonen sind in solchen Fällen in der Praxis das letzte Mittel im Sinne der Subsidiaritätsklausel. Der Aufwand für einen entsprechenden Einsatz ist so groß, dass schon aus diesem Grunde alle anderen Ermittlungsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden. Dies umso mehr, wenn man die folgenden Schwierigkeiten berücksichtigt, die Erkenntnisse der Vertrauensperson als verwertbare aussagekräftige Beweismittel in

eine Hauptverhandlung einzuführen. In diesen Fällen bereitet die Begründung für die Subsidiaritätsklausel daher regelmäßig keine besonderen Schwierigkeiten, weil durch den Verlauf des bislang geführten Ermittlungsverfahrens dargestellt werden kann, dass sonstige Ermittlungsmaßnahmen (allein) nicht ausreichen.

Anders liegt der Fall bei Vertrauenspersonen aus dem Nahbereich der Täter oder Informanten, die (teils eigeninitiativ) Angaben machen können, die erst einen Anfangsverdacht begründen, durch die also überhaupt erst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Je früher die Angaben erforderlich sind, desto eher muss eine Prognose zur Subsidiarität abgegeben werden. Hier können Erkenntnisse der Auswerte- und Ermittlungsdienststellen zu bestimmten Tätergruppen helfen. Herangezogen kann beispielsweise der Verlauf früherer Ermittlungsverfahren, bei denen zum Beispiel Telekommunikationsüberwachungen erfolglos blieben. Auch könnte darauf abgestellt werden, dass es sich bei den Beschuldigten um Angehörige eines abgeschottet agierenden Familienclans oder einer bestimmten Volksgruppe handelt. Letztlich handelt es sich aber um eine Prognose, die zu einem frühen Zeitpunkt der Ermittlungen meist vager ist als nach (erfolgloser) Durchführung diverser Ermittlungsmaßnahmen.

Für die VP-Führung ergibt sich ferner die Schwierigkeit, dass sie von dem Informanten oder der Vertrauensperson einerseits frühzeitig - schon vor Zusicherung der Vertraulichkeit oder der Geheimhaltung - Informationen erlangen muss, die es ihr ermöglichen, eine Subsidiaritätsprüfung vorzunehmen. Andererseits müssen diese Angaben zunächst so vage bleiben, dass der an das Legalitätsprinzip gebundene Polizeibeamte nicht verpflichtet wäre, aufgrund der Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson ein Ermittlungsverfahren einzuleiten und den Hinweisgeber als Zeugen - ggf. unter Anwendung von Zwangsmitteln - zu vernehmen.

Davon ausgehend, dass die Eingriffsintensität zwischen den Angaben eines Informanten, einer allgemein eingesetzten Vertrauensperson (Nahbereichs-VP) und einer operativ eingesetzten Vertrauensperson sich erheblich unterscheidet, hält es die Mehrheit der Kommission für wichtig zu differenzieren:

Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Dafür: 3 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 0

Jedenfalls V-Personen dürfen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Dafür: 6 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 1

Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Informationen der Anfangsverdacht erst begründet würde.

Dafür: 6 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 2

Zusammengefasst ist die Kommission mehrheitlich der Auffassung, dass eine Subsidiaritätsklausel sowohl für die Zusicherung der Geheimhaltung bei einer Vertrauensperson als auch für die Zusicherung der Vertraulichkeit bei einem Informanten angemessen ist. Zwar liegen unterschiedlich eingriffsintensive Maßnahmen vor, wenn man eine bloße Mitteilung eines Informanten oder einer Nahbereichs-VP verwertet oder wenn eine operative Vertrauensperson bewusst für einen längeren Zeitraum beauftragt wird, Informationen über einen bestimmten Beschuldigten zu sammeln und weiterzugeben. Allerdings führen alle Maßnahmen zu Einschränkungen für Beschuldigte, Verteidiger, Gerichte und die ermittelnden Staatsanwälte, da diese die Identität des Informanten oder der Vertrauensperson nicht erfahren und daher deren Glaubwürdigkeit allenfalls erheblich erschwert beurteilen können. Auch die Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben ist nur sehr eingeschränkt möglich, da in der Regel lediglich der VP-Führer oder die Vertrauensperson nur audiovisuell und verfremdet vernommen werden kann. Vor dem Hintergrund dieser Einschränkungen erscheint es der Kommission sachgerecht, die Maßnahmen über den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinaus zu beschränken. Dies gilt jedenfalls dann, wenn anerkannt wird, dass durch die Angaben des Informanten oder der Vertrauenspersonen auch erst ein Anfangsverdacht wegen Straftaten begründet werden kann und die Prognose für die Subsidiaritätsprüfung auf der Grundlage der zu diesem Zeitpunkt bekannten Tatsachen und entsprechenden kriminalistischen Erfahrungen gestützt wird.

Nach Auffassung der Kommission genügt insoweit allerdings die Einschränkung, dass die Ermittlungen unabhängig von der Anlasstat ohne die Maßnahme aussichtslos oder wesentlich erschwert sein müssen.

6.2.4 Erhebliche Gefährdung oder unzumutbare Nachteile für den Informanten

Die Kommission hat erörtert, ob die erhebliche Gefährdung oder sonstige unzumutbare Nachteile eine Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung oder Vertraulichkeit sein sollen. Eine entsprechende Regelung findet sich in Abschnitt I Nr. 3.3 der Richtlinien in Anlage D zur RiStBV für die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten.

Die Kommission ist zunächst der Auffassung, dass eine entsprechende Regelung nicht für Vertrauenspersonen geschaffen werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Vertrauenspersonen - anders als Informanten oder Zeugen - in der Regel für einen längeren Zeitraum mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeiten sollen und die Gewinnung und Führung von Vertrauenspersonen einen erheblichen Aufwand mit sich bringt. Vor diesem Hintergrund ist die Vertrauensperson schon deshalb geheim zu halten, weil sie andernfalls nicht mehr eingesetzt werden könnte und weil es ohne eine Geheimhaltungszusage praktisch unmöglich sein dürfte, neue Vertrauenspersonen zu gewinnen, deren mögliche Gefährdung sich zudem häufig nicht zu Beginn ihres Einsatzes beurteilen lässt.

Grundsätzlich ist es nach Auffassung der Kommission erforderlich, die Zusicherung der Vertraulichkeit jedenfalls von ansonsten drohenden erheblichen Nachteilen abhängig zu machen. Dies folgt bereits daraus, dass durch die Zusicherung der Vertraulichkeit das Konfrontationsrecht erheblich eingeschränkt und die Prüfung der Angaben des Informanten für das Gericht und die weiteren Prozessbeteiligten jedenfalls erheblich erschwert wird. Schon deshalb ist es angemessen, so strenge Voraussetzungen an die Zusicherung der Vertraulichkeit zu schaffen, dass sichergestellt bleibt, dass es sich dabei grundsätzlich um eine Ausnahme handelt.

Hinsichtlich des Informanten hat die Kommission erwogen, ob bereits die Regelung des § 68 StPO zum Schutz des Zeugen ausreichen könnte. Danach darf einem Zeugen bei Gefährdung von Leben, Leib oder Freiheit (auch einer anderen Person) gestattet werden, keine Angaben zur Person zu machen. In diesem Fall würden auch Unterlagen des Zeugen zur Feststellung der Identität oder des Wohnortes nicht zur Akte genommen, sondern bei der Staatsanwaltschaft gesondert verwahrt. Im Unterschied zur Regelung für Informanten wird der Zeuge allerdings - ggf. im Rahmen einer audiovisuellen Vernehmung gemäß § 247a StPO (Meyer-Goßner/ Schmitt, Kommentar zur StPO, 62. Aufl., § 68 Rd.Nr. 17) - unmittelbar

durch das Gericht vernommen. Dies ist bei Informanten nicht selbstverständlich, da in der Regel nur Vernehmungsprotokolle oder der Vernehmungsbeamte zur Verfügung stehen, weil die Identität des Informanten bereits durch die Polizei geheim gehalten und dem Gericht nicht offenbart wird.

Die Regelung für Informanten in Abschnitt I Nr. 3.3 der Anlage D zur RiStBV geht weiter als die des § 68 StPO, da neben einer erheblichen Gefährdung auch unzumutbare Nachteile für den Informanten genügen, um die Vertraulichkeit zusichern zu können. Diese weitergehende Regelung ist nach Auffassung der Kommission auch angemessen, da Informanten sich in der Regel freiwillig an die Ermittlungsbehörden wenden und Angaben machen, die weitere Ermittlungen überhaupt erst ermöglichen oder sogar einen Anfangsverdacht wegen Straftaten erst begründen. Um die Bereitschaft solcher Personen, sich an die Ermittlungsbehörden zu wenden, zu erhalten, ist es sachgerecht, auch unzumutbare Nachteile genügen zu lassen, um die Vertraulichkeit zusichern zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Angaben Fälle erheblicher Kriminalität betreffen und von Seiten des Staates ein erhebliches Interesse an der Aufklärung besteht.

Einem Informanten darf Vertraulichkeit nur zugesichert werden, wenn dieser bei Bekanntwerden seiner Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte; die Maßgaben des § 68 StPO allein erweisen sich als nicht ausreichend.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

6.2.5 Kein Einsatz von Minderjährigen als Vertrauenspersonen

Schon aus Fürsorgegesichtspunkten hält es die Kommission für ausgeschlossen, dass Minderjährige als Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Dies entspricht auch der bisherigen Regelung in Abschnitt I Nr. 3.4 der Anlage D zur RiStBV.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass dies in einigen - wohl eher wenigen - Fällen dazu führen kann, dass erhebliche Straftaten nicht ermittelt werden können. Daher könnte man auch erwägen, den Einsatz minderjähriger Vertrauenspersonen davon abhängig zu machen, dass erhebliche Gefahren oder nachteilige Folgen für die Vertrauensperson ausgeschlossen werden können. Allerdings erscheint dieses Ausschlusskrite-

rium für die Praxis zu vage, da sich auch bei einer sorgfältigen Einsatzplanung kaum mit Sicherheit ausschließen lässt, dass die Vertrauensperson im Verlauf des Einsatzes in Gefahr gerät. Möglicherweise weicht die Vertrauensperson im Einsatz auch von den Planungen und Vorgaben ab und gerät dadurch in Gefahr. Dies erscheint gerade auch bei Minderjährigen nicht unwahrscheinlich. Fraglich ist auch, wer für den - nicht uneingeschränkt geschäftsfähigen - Minderjährigen entsprechende rechtsverbindliche Vereinbarungen mit der Polizei treffen sollte, ohne dass die Gefahr besteht, dass der Einsatz der Vertrauensperson zu vielen Personen bekannt wird. Daher hat die Kommission beschlossen:

Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

6.2.6 Voraussetzungen für das Entfallen der Bindung an die Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit

Grundsätzlich müssen Polizei und Staatsanwaltschaft bei Vertrauenspersonen an die Geheimhaltung und bei Informanten an die Zusicherung der Vertraulichkeit gebunden sein. Ohne eine entsprechende Bindungswirkung würde der Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten ins Leere gehen, da diese befürchten müssten, dass ihre Identität oder die Tatsache, dass sie mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet haben, bekannt wird. Unter diesen Voraussetzungen würde sich wohl niemand mehr zu einer Zusammenarbeit bereit erklären. Die Bindungswirkung muss auch solche Umstände umfassen, aus denen sich Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson bzw. des Informanten oder die Tatsache, dass die Person als Vertrauensperson oder Informant tätig gewesen ist, ziehen lassen (vgl. Abschnitt I Nr. 5.5 Anlage D zur RiStBV).

Hier stellt sich ein Problem, wenn die Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson einerseits prozessual verwertet werden müssen, weil zum Beispiel aufgrund der Angaben nach dem Legalitätsprinzip ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist oder weil sich aufgrund der Informationen für einen Tatverdächtigten, der sich in Untersuchungshaft befindet, ein Alibi herausstellt. Andererseits können solche Informationen so exklusiv sein, dass der Beschuldigte den Rückschluss auf die Identität des Informanten oder der Vertrauensperson ziehen kann, weil außer ihm nur noch eine Person Kenntnis von den betreffenden Umständen gehabt haben kann. Hier behilft sich die Praxis damit, dass sie vor der Vernehmung der Vertrauensperson oder des Informanten versucht abzuklären, ob die Gefahr besteht, dass allein aufgrund des Inhalts der Angaben eine

Identifizierung möglich wird. Allerdings erscheint es rechtsstaatlich sehr problematisch, entlastende Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson nicht zur Kenntnis zu nehmen oder nicht weiterzugeben, um die Hinweisgeber weiter zu schützen. Auch der Grundsatz der Aktenklarheit und Aktenwahrheit kann zu Konflikten mit der Bindungswirkung führen, wenn Angaben zur Enttarnung der Vertrauensperson oder des Informanten führen würden. Für diesen Problembereich hat sich die Kommission nicht in der Lage gesehen, hinreichend fundierte Regelungsvorschläge zu machen, und regt an, den Problembereich der Konflikte der Bindungswirkung mit anderen strafprozessualen Prinzipien noch einmal gesondert mit VP-Führern und Strafjuristen zu beraten.

Dass die Bindungswirkung unter bestimmten Voraussetzungen entfallen muss, ist anerkannt. Dies betrifft die Fälle, in denen wissentlich oder leichtfertig falsche Informationen gegeben werden oder sich herausstellt, dass die Vertrauensperson oder der Informant sich an den Taten selbst strafbar beteiligt hat. Bei der Vertrauensperson soll die Bindungswirkung auch entfallen, wenn sie von Weisungen der VP-Führung vorwerfbar abweicht oder sich sonst als unzuverlässig erweist. Nicht ganz unproblematisch erscheint die Beteiligung von Straftaten durch die Vertrauensperson. Es ist schwierig, Vertrauenspersonen in kriminelle oder terroristische Vereinigungen einzuführen, ohne dass diese im Verlauf des Einsatzes Gefahr laufen, sich nicht jedenfalls wegen einer Unterstützung der Vereinigung strafbar zu machen, da die Strafbarkeit gerade dieser Taten sehr weit gefasst ist. In vielen anderen Fällen wird eine professionelle Planung des Einsatzes verhindern können, dass die Vertrauensperson sich an Straftaten beteiligen muss, ohne den Einsatz zu gefährden. Insgesamt liegt hier eine Gemengelage zwischen dem Rechtsstaatsprinzip einerseits und einer funktionsfähigen Strafrechtspflege andererseits vor. Die Kommission ist insoweit allerdings der Auffassung, dass es Vertrauenspersonen, die im staatlichen Auftrag tätig sind, grundsätzlich verboten bleiben muss, Straftaten zu begehen.

Betreffend die Geheimhaltung der Identität der V-Person ist die Kommission der Ansicht:
Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.
Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- **die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird,**
- **die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht,**
- **sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt,**

- **die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht oder**
- **die V-Person sich als sonst unzuverlässig erweist.**

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

Betreffend die Zusicherung der Vertraulichkeit des Informanten ist die Kommission der Ansicht:
Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.
Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- **die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird oder**
- **sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt.**

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

Die Kommission ist der Auffassung, dass - schon um dem Informanten oder der Vertrauensperson das erhebliche eigene Risiko zu verdeutlichen - auf den möglichen Wegfall der Bindungswirkung hinzuweisen ist.

Auf den möglichen Wegfall der Bindung an die Zusicherung ist die V-Person/der Informant vor jeder Zusicherung hinzuweisen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

6.2.7 Betretungsrecht der Vertrauensperson für Wohnungen

Dass eine Vertrauensperson fremde Wohnungen grundsätzlich betreten können muss, steht außer Frage. Andernfalls ließe sich eine Vertrauensperson ohne weiteres enttarnen, weil sich auch trotz einer sorgfältigen Einsatzplanung kaum glaubhafte Gründe finden ließen, aus denen eine Vertrauensperson sich mehrfach weigert, fremde Wohnungen zu betreten, ohne dass dies auffällig wirkt.

So ist auch für den Verdeckten Ermittler gesetzlich geregelt worden, dass dieser fremde Wohnungen mit Einverständnis des Berechtigten betreten darf, sofern nicht über ein Zutrittsrecht getäuscht wird (§ 110c StPO). Allerdings ist das Betretungsrecht von einer Zustimmung des Gerichts abhängig (§ 110b Abs. 2 Nr. 2 StPO).

Ob es insoweit einer gesetzlichen Regelung für die Vertrauensperson bedarf, ist eher fraglich, da nach Auffassung der Kommission bei Betreten der Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten eine Verletzung von Art. 13 GG nicht ersichtlich ist. Wesentlich ist, dass auch die Vertrauensperson nicht über ein Zutrittsrecht täuschen darf, indem sie sich beispielsweise als Schornsteinfeger o. Ä. ausgibt. Die Täuschung darf lediglich die Legende betreffen.

Eine gesetzliche Regelung bietet sich dennoch jedenfalls zur Klarstellung an, zumal eine vergleichbare Regelung auch für Verdeckte Ermittler getroffen worden ist.

Betreffend die Frage des Betretens von Wohnungen durch die V-Person vertritt die Kommission die Ansicht:

Die V-Person darf eine Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Das Einverständnis darf nicht durch Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Einer Regelung für weitere Befugnisse, wie sie § 110c S. 3 StPO für den Verdeckten Ermittler vorsieht, bedarf es für Vertrauenspersonen nicht, da diesen als Privatpersonen keine besonderen Befugnisse zustehen.

6.2.8 Anordnungskompetenz

Nach § 110b Abs. 1 StPO ist der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers grundsätzlich erst nach Zustimmung der Staatsanwaltschaft zulässig. Die Kommission hat diskutiert, ob diese Formulierung auch für eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Informanten übernommen werden sollte.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens Ermittlungsmaßnahmen auch gegenüber der Polizei anordnet und nicht lediglich Maßnahmen der Polizei zustimmt. Dass in § 110b Abs. 1 StPO bei Verdeckten Ermittlern auf die bloße Zustimmung der Staatsanwaltschaft abgestellt worden ist, lässt sich dadurch erklären, dass die Polizei für das Vorhalten, die Organisation und den Einsatz des

Verdeckten Ermittler zuständig ist und der Verdeckte Ermittler auch der Diensthoheit der Polizei unterstellt ist. Diese Argumente gelten nicht unmittelbar für eine Vertrauensperson, bei der es sich um eine Privatperson handelt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft auch im Bereich der VP-Führung auf die Organisation der Polizei und deren spezifischen Sachverstand im Zusammenhang mit der Gewinnung, Einsatzplanung und Führung der Vertrauensperson angewiesen ist. Die Polizei bzw. deren oberste Dienstbehörde und nicht die Staatsanwaltschaft ist für die Sperrerklärung gemäß § 96 StPO analog zuständig, die erst die Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung in einer Hauptverhandlung durchsetzt. Vor diesem Hintergrund hält es die Kommission für angemessen, dass für den Einsatz von Vertrauenspersonen bzw. die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten die Zustimmung der Staatsanwaltschaft genügt. Dadurch wird jedenfalls sichergestellt, dass die Staatsanwaltschaft insoweit von der Sachleitungsbefugnis Gebrauch machen kann, als sie die Maßnahme ablehnen kann, auch wenn die Polizei sie angeregt hat. Die Kommission hat daher beschlossen:

Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Anordnung der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 1 / Dagegen: 7 / Enthaltung: 1

Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 7 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 2

Die Kommission ist der Auffassung, dass bei Gefahr im Verzug der Einsatz einer Vertrauensperson auch dann möglich sein muss, wenn die Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Dies entspricht der Regelung in § 110b Abs. 1 S. 2 StPO für Verdeckte Ermittler mit der Maßgabe, dass der Maßnahme binnen drei Werktagen nach Einsatzbeginn von der Staatsanwaltschaft zugestimmt werden muss. Die gemeinsame Richtlinie in Nr. 5.3 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV geht weiter, indem die Polizei lediglich verpflichtet wird, die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten, wenn sie die Einwilligung für den Einsatz der Vertrauensperson nicht rechtzeitig hat herbeiführen können. Insoweit sind zwei Punkte zu unterscheiden. Ist die Geheimhaltung der Vertrauensperson durch die Polizei wegen Gefahr im

Verzug einmal zugesichert worden, wird diese im weiteren Verlauf nicht mehr aufgehoben werden können, selbst wenn die Staatsanwaltschaft später dem Einsatz der Vertrauensperson nicht zustimmt. Die Rechtssicherheit, häufig aber auch der Schutz der Vertrauenspersonen vor Gefahren für Leib und Leben gebieten es, dass es bei der einmal erklärten Geheimhaltung bleibt. Dessen ungeachtet sollte allerdings ein längerer zielgerichteter Einsatz einer Vertrauensperson beendet werden müssen, wenn die Staatsanwaltschaft der Maßnahme nicht zustimmt. So bleibt die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft sichergestellt. Daher hat die Kommission sich einstimmig für die folgende Regelung ausgesprochen:

Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; der Einsatz der V-Person ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Werktagen zustimmt.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Schon aus Gründen der Absicherung sämtlicher Beteiligter ist es erforderlich, dass entsprechende Absprachen und Zustimmungen nicht (nur) mündlich, sondern schriftlich getroffen bzw. erteilt werden:

Die Zustimmung zum Einsatz einer V-Person ist schriftlich zu erteilen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Analog zu den Regelungen für Vertrauenspersonen sollten auch Regelungen für Informanten getroffen werden. Allerdings genügt bei Informanten die „Unterrichtungspflicht“ nach Zusicherung der Vertraulichkeit wegen Gefahr im Verzug durch die Polizei. Der Informant soll nur Angaben machen und wird nicht auf längere Zeit eingesetzt, sodass eine Befristung der Anordnung für drei Werktage nicht erforderlich ist.

Vor der Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Besteht Gefahr im Verzug und kann die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Die Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist schriftlich zu erteilen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

6.2.9 Auskunftsrechte über die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten

In der Praxis ist die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten ausschließlich den VP-Führern bekannt. Auch die Staatsanwaltschaft kennt die Identitäten in der Regel nicht. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit oder der Geheimhaltung ist auch ohne Kenntnis der Identität möglich. Letztlich dient auch dies dem Schutz der Vertrauensperson oder des Informanten, da ein (auch versehentliches) Offenbaren der Identität umso leichter verhindert wird, je weniger Personen diese kennen. Auch ließen sich Anfragen in Hauptverhandlungen nach der Identität leicht dadurch begegnen, dass diese schlicht nicht bekannt ist. Das Verfahren einer Sperrerklärung gem. § 96 StPO innerhalb der Justiz lässt sich dadurch vermeiden.

Allerdings lässt es sich nach Auffassung der Kommission nicht mit der Rolle der Staatsanwaltschaft im Straf- und insbesondere im Ermittlungsverfahren vereinbaren, wenn sie - ggf. wenige besonders instruierte Mitarbeitende - in keinem Fall die Möglichkeit hätte, die Identität in Erfahrung zu bringen. Bei begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit, bei dem Verdacht einer Beteiligung der Vertrauensperson an einer Straftat oder in sonstigen Fällen, die insbesondere auch zu einem Entfallen der Bindung an gegebene Zusicherungen führen können, muss die Staatsanwaltschaft das Recht erhalten, die Identität der Vertrauensperson zu erfahren.

Im Ergebnis hat sich die Kommission daher für den Kompromiss ausgesprochen, dass in begründeten Ausnahmefällen die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten der Staatsanwaltschaft offenbart werden muss. Es handelt sich insoweit um die Regelung der gemeinsamen Richtlinien in Abschnitt I Nr. 5.4 Anlage D zur RiStBV.

Bei der Zusicherung von Geheimhaltung/Vertraulichkeit ist die Staatsanwaltschaft nicht berechtigt, von der Polizei Auskunft über die Identität der V-Person/des Informanten zu verlangen.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

Die Staatsanwaltschaft kann verlangen, dass die Identität einer V-Person/eines Informanten ihr gegenüber offenbart wird.

Dafür: 1 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 2

In begründeten Ausnahmefällen unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft auch über die Identität des Informanten/der V-Person. Vertraulichkeit/Geheimhaltung ist zu gewährleisten.

Dafür: 4 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 2

6.2.10 Bedarf es eines Richtervorbehaltes?

Aus den Ausführungen zur bisherigen Rechtslage ergibt sich, dass ein Richtervorbehalt weder hinsichtlich des Einsatzes von Vertrauenspersonen noch hinsichtlich der Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten verfassungsrechtlich geboten ist. Auch europarechtliche Vorgaben gebieten die Einführung eines Richtervorbehalts nicht. Dies gilt auch insoweit, als Vertrauenspersonen mit Einverständnis des Berechtigten Wohnungen betreten.

Ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Die Kommission hat sich dennoch die Frage gestellt, ob ein Richtervorbehalt im Rahmen einer umfassenden gesetzlichen Regelung eingeführt werden sollte. Immerhin hat der Gesetzgeber den Richtervorbehalt bei dem Einsatz Verdeckter Ermittler für den Fall eingeführt, dass die Einsätze sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richten oder nicht allgemein zugängliche Wohnungen betreten werden sollen (§ 110b Abs. 2 S. 1 StPO).

Aufgrund der geringeren Eingriffstiefe durch den Einsatz von Vertrauensperson - im Verhältnis zum Verdeckten Ermittler - hält die Kommission einen Richtervorbehalt für entbehrlich. Eine Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit oder den Einsatz von Vertrauenspersonen durch die Staatsanwaltschaft hält die Kommission für ausreichend, zumal bei der Staatsanwaltschaft eine Spezialisierung für diesen besonderen Ermittlungsbereich erfolgt ist. Die Prüfung erfolgt auf staatsanwaltschaftlicher Seite bislang aufgrund der Richtlinien durch die Behördenleitung der Staatsanwaltschaft oder eine von dieser besonders bezeichneten Staatsanwältin bzw. Staatsanwalt - häufig der Leitung der Abteilung für Organisierte Kriminalität -, also in der Regel nicht durch die für das eigentliche Ermittlungsverfahren zuständigen

Dezernenten. Aus Gründen des Schutzes des Informanten oder der Vertrauensperson würde auch ein mit der Entscheidung beauftragter Ermittlungsrichter nicht mehr entscheidungserhebliche Informationen als die Staatsanwaltschaft erhalten. Zwar genießt die Staatsanwaltschaft nicht die formelle Unabhängigkeit wie ein Ermittlungsrichter, doch gewährleistet nach dem Dafürhalten der Kommission ein Zustimmungserfordernis durch die Staatsanwaltschaft die gebotene rechtsstaatliche Kontrolle des polizeilichen Handelns, weil die Staatsanwaltschaft organisatorisch und personell von der Polizei getrennt ist und die Zustimmungsentscheidung von fachkundigen Volljuristen getroffen wird.

Ein Richtervorbehalt begründet hier kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Angedacht hat die Kommission, ob zur Kontrolle der Entscheidung über den Einsatz der Vertrauensperson oder der Zusicherung der Vertraulichkeit an den Informanten außerhalb der Hauptverhandlung eine richterliche Kontrolle analog eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) durchgeführt werden sollte. Ein Gericht hätte dann die Möglichkeit, anhand der zur Verfügung zu stellenden (auch) polizeiinternen Unterlagen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Bislang wird das „in-camera-Verfahren“ durch Verwaltungsgerichte praktiziert, wenn die nach § 96 StPO analog abgegebene Sperrerklärung der obersten Dienstbehörde von einem Beschuldigten auf dem Verwaltungsrechtsweg angegriffen wird.

Allerdings hält die Kommission es für nicht sachgerecht, eine über die bisherige Praxis hinausgehende gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorzusehen. Nach Auffassung der Kommission ist der Grundrechtseingriff insbesondere in die Unverletzlichkeit der Wohnung und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bei einem Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten so geringwertig, dass die Kontrolle durch einen Volljuristen bei der von der Polizei unabhängigen Staatsanwaltschaft unter Rechtsstaatsgesichtspunkten ausreichend ist.

Eine richterliche Kontrolle im Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) ist nicht sachgerecht.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

Bei der These hat die Kommission sich auf die richterliche Kontrolle der Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Informanten im

Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ bezogen. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang auch an eine umfassendere Regelung des „in-camera-Verfahrens“ zur Überprüfung der Sperrerklärung des Innenministers. Nach der derzeitigen Rechtslage hat lediglich der Angeklagte die Möglichkeit, gegen die Sperrerklärung in einem von der strafrechtlichen Hauptverhandlung getrennten verwaltungsgerichtlichen Verfahren Klage zu erheben. Das Gericht im Strafverfahren ist darauf beschränkt, gegen die Sperrerklärung eine Gegenvorstellung zu erheben, wenn es die Begründung für nicht ausreichend erachtet. Im Ergebnis allerdings ist die Kommission der Auffassung, dass die Rechte des Angeklagten durch die bislang geltende Regelung hinreichend gewahrt werden, insbesondere, wenn er einstweiligen Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren beantragt. Bei einem „in-camera-Verfahren“ durch die ordentlichen Gerichte wäre auch fraglich, welche Folgen dies für das Strafverfahren hätte. Möglich wäre ein Verwertungsverbot für die Angaben der Vertrauensperson oder des VP-Führers. Möglich wäre auch eine Verpflichtung der Polizei, die Identität der Vertrauensperson offen zu legen. Dies allerdings würde zu erheblichen Folgeproblemen führen, weil umgekehrt der Vertrauensperson die Möglichkeit zustehen müsste, gegen die drohende Offenbarung der Identität und Zusammenarbeit mit der Polizei gerichtlich vorzugehen.

6.2.11 Geheimhaltung der Identität nach Abschluss des Verfahrens

Dass die Identität der Vertrauensperson auch nach Beendigung des Einsatzes geheim gehalten werden muss, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die Vertrauensperson grundsätzlich auf längere Zeit mit der den Ermittlungsbehörden zusammenarbeiten soll und dies nicht möglich wäre, wenn die Geheimhaltung nach Beendigung eines konkreten Einsatzes aufgehoben werden würde. Auch wenn die Gefährdung der Vertrauensperson häufig nicht das tragende Argument bei der Beurteilung der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität ist, so bleibt dennoch festzustellen, dass Vertrauenspersonen häufig im Umfeld organisierter und politischer Kriminalität eingesetzt werden. Eine Offenlegung der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden hätte in diesem Umfeld in aller Regel eine Gefährdung der Vertrauensperson zur Folge. Gleiches gilt für Informanten, denen die Vertraulichkeit erst zugesichert werden darf, wenn sie durch ihre Aussage erheblich gefährdet würden oder erhebliche Nachteile zu erwarten hätten.

Der Hinweis, dass die Identität der V-Person bzw. des Informanten auch nach Abschluss des Verfahrens geheim zu halten ist, ist entbehrlich, weil dies eine Selbstverständlichkeit ist.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

6.2.12 Regelung von Mindeststandards für den Gesprächsvermerk über die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung

Die Kommission regt an, in der RiStBV Mindeststandards für den Inhalt des von der Staatsanwaltschaft und der Polizei anzufertigenden Vermerks über das Gespräch nach Nr. 5.6 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV zu formulieren.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Nach Auffassung der Kommission bietet es sich an, in die Richtlinien ein Muster aufzunehmen, dass der Dokumentation des Inhalts der Besprechung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft vor der Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung dient. So könnte eine überörtlich einheitliche Handhabung erreicht werden.

6.2.13 Befristung des Einsatzes einer Vertrauensperson

Die Kommission hat sich weiter mit der Frage beschäftigt, ob der Einsatz einer Vertrauensperson zeitlich befristet werden sollte, wie dies für Verdeckte Ermittler in § 110b Abs. 1 S. 3 und 4 StPO geregelt worden ist. Jedenfalls bei Nahbereichs-Vertrauenspersonen, die regelmäßig aus einem kriminellen Umfeld berichten, erscheint dies schwierig.

Allerdings ist die Mehrheit der Kommission davon überzeugt gewesen, dass jedenfalls der Einsatz einer operativ eingesetzten Vertrauensperson zeitlich befristet werden sollte. So könnte sichergestellt werden, dass der Einsatz regelmäßig auf das weitere Vorliegen seiner Voraussetzungen hin überprüft wird.

Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Einsatz einer Vertrauensperson ist zu befristen. Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.

Dafür: 5 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 1

6.2.14 Benachrichtigungspflicht?

Die Kommission ist einstimmig der Auffassung, dass es einer Benachrichtigungspflicht für die Betroffenen bei Einsatz einer Vertrauensperson nicht

bedarf. Diese ist bislang auch durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung nicht eingefordert worden.

Vor dem Hintergrund, dass Vertrauenspersonen jedenfalls aus dem Nahbereich in der Regel auch nach einem konkreten Einsatz in dem bisherigen Umfeld weiter eingesetzt werden sollen, würde die Benachrichtigungspflicht nach Auffassung der Kommission die Vertraulichkeit gefährden.

Durch die Benachrichtigungspflicht soll dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, nachträglichen Rechtsschutz gegen eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme zu erhalten. Ein Gericht, dem nur die Ermittlungsakte vorläge, wäre nur sehr eingeschränkt in der Lage, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Es stellen sich die gleichen Probleme wie bei der Frage eines strafprozessualen „in-camera-Verfahrens“.

Einer Benachrichtigung des Betroffenen/der Betroffenen bedarf es zu keinem Zeitpunkt.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

6.2.15 Entscheidungskompetenz für die Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bzw. Geheimhaltung

Wie oben dargestellt, sollte geregelt werden, dass die Bindung an die Vertraulichkeits- bzw. Geheimhaltungszusage unter bestimmten Bedingungen entfallen kann. Die Kommission hat kontrovers erörtert, wer für Rücknahme der Zusagen verantwortlich ist. Die Kommission geht davon aus, dass sich Staatsanwaltschaft und Polizei in der Praxis in aller Regel einig sein werden, ob die Voraussetzungen für eine Rücknahme vorliegen und wie weiter zu verfahren ist. Dennoch sollte gesetzlich geregelt werden, wer im Streitfall zuständig ist. Für die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft spricht, dass diese Herrin des Ermittlungsverfahrens ist. Sie ist ferner berufen, dem Einsatz der Vertrauensperson bzw. der Erklärung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten zuzustimmen. Damit liegen gewichtige Argumente dafür vor, dass die Staatsanwaltschaft auch für die Rücknahme entsprechender Erklärungen die Verantwortung tragen muss. Für eine Zuständigkeit der Polizei spricht, dass diese über die Voraussetzungen zum Wegfalls der Bindungswirkung eher informiert würde als die Staatsanwaltschaft. Ferner obliegt die sonstige Verantwortung für das Führen der Vertrauensperson bzw. des Informanten bei der Polizei. Ob bei dieser Aufgabenverteilung die Polizei nicht auch für die Rücknahme entsprechender Erklärungen verantwortlich sein sollte, ist

jedenfalls fraglich. Die Kommission hat sich mit knapper Mehrheit für eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft ausgesprochen:

Wenn die Staatsanwaltschaft eine Zustimmung zum Einsatz einer V-Person oder zu einer Zusage der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten erteilt hat, liegt die Entscheidungskompetenz für eine Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bei der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 4 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 3

6.2.16 Sperrerklärungen

Wie dargestellt, kann die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung im Strafprozess dadurch umgesetzt werden, dass die oberste Dienstbehörde (Innenministerium) eine Sperrerklärung gem. § 96 StPO analog für solche Unterlagen abgibt, die Hinweise auf die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten geben könnten, bzw. unter Berufung auf diese Norm ein Verlangen des Gerichts, Auskunft über die Identität zu geben, ablehnt. Bei Vorlage der Sperrerklärung und der damit regelmäßig einhergehenden beschränkten Aussagegenehmigung sind auch Fragen an den (polizeilichen) Zeugen nach dem Inhalt der gesperrten Unterlagen oder entsprechende Beweisanträge unzulässig. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis.

Die Kommission hält es dennoch für sinnvoll, eine Regelung zu treffen, wie sie bereits in § 110b Abs. 3 S. 3 StPO für Verdeckte Ermittler getroffen worden ist und in der ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 96 StPO verwiesen wird.

Es sollte eine gesetzliche Regelung entsprechend der des § 110b Abs. 3 S. 3 StPO auch für V-Personen und Informanten geschaffen werden.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

7. Vertrauenspersonen und Tatprovokationen

7.1 Begriffliches

Der Begriff der Tatprovokation beschreibt eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme, die auf die Aufklärung bereits begangener oder aber auch absehbarer zukünftiger Straftaten gerichtet ist. Zu verstehen ist hierunter jede Form staatlich zurechenbarer Deliktsveranlassung, etwa durch Verdeckte Ermittler, durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten oder durch eine Vertrauensperson. Sie ist nicht mit dem schlichten Einsatz einer Vertrauensperson identisch, sondern nur eine spezielle Einsatzform, zu der eine Vertrauensperson eingesetzt werden kann. Durch sie wird eine verdächtige Person zur Begehung einer Straftat veranlasst, um durch deren Beobachtung und Aufklärung zugleich weitere Tatbeteiligte, Handlungsabläufe und Organisationsstrukturen - aber auch künftige Straftaten - aufzudecken.

Nach der Definition des Bundesgerichtshofes ist von einer Tatprovokation auszugehen, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt (BGH NStZ 2014, 277, 279).

7.2 Vorgaben der EMRK und des EGMR

7.2.1 Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Formen der Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR

Nicht jede Motivierung eines Beschuldigten zur Begehung einer Straftat durch Verdeckte Ermittler oder polizeiliche Vertrauenspersonen verstößt per se gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, der durch Artikel 6 der EMRK geschützt wird. Vielmehr differenziert der EGMR zwischen Fällen einer billigenswerten Einwirkung auf einen Täter, welche in der Begehung einer Straftat resultiert, und Fällen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.

Im Grundsatz geht der EGMR davon aus, dass eine unzulässige Tatprovokation immer dann vorliegt, wenn die Ermittlungsbehörden eine Person zur Begehung einer Straftat anstiften, die diese ansonsten nicht begangen hätte.

Diesen Grundsatz hat der EGMR in seiner Grundsatzentscheidung *Furcht v. Deutschland* wie folgt formuliert:

> „(48) (…) Anstiftung liegt vor, wenn sich die Polizisten nicht darauf beschränken, strafbares Verhalten zu ermitteln, sondern den Betroffenen derart beeinflussen, dass sie ihn anstiften, eine Straftat zu begehen, die er sonst nicht begangen hätte, um die Tat nachweisen zu können, das heißt, um Beweise zu beschaffen und die Tat strafrechtlich zu verfolgen (…). Grund für das Verbot der Anstiftung durch die Polizei ist, dass sie die Aufgabe hat, Straftaten zu verhüten und aufzuklären, aber nicht, zu ihrer Begehung anzustiften." (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, *Furcht v. Deutschland*, NJW 2015, 3631, Rd.Nr. 48)

Bereits im Jahr 2008 hat der EGMR insofern ausgeführt (EGMR, 05.02.2008, 74420/01, Ramanauskas v. Litauen, NJW 2009, 3565, Rd.Nr. 55):

> „(55) (…) Anstiftung durch die Polizei liegt vor, wenn die eingesetzten Personen, Mitglieder der Polizeikräfte oder Personen, die in ihrem Auftrag tätig werden, sich nicht darauf beschränken, strafbares Verhalten nur zu verfolgen, sondern diejenigen, auf die sie angesetzt sind, derart beeinflussen, dass sie sie anstiften, eine Straftat zu begehen, die sie sonst nicht begangen hätten, um so die Straftat nachweisen zu können, das heißt, um Beweise für sie zu haben und sie zu verfolgen."

Die Abgrenzung zwischen erlaubter Einwirkung und unzulässiger Tatprovokation ist naturgemäß schwierig und nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich einzelfallabhängig. Einerseits verneint der Gerichtshof einen Verstoß gegen die EMRK (den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK), wenn Verdeckte Ermittler von einem bereits zum Verkauf entschlossenen Drogendealer zum Schein Betäubungsmittel kaufen, ohne auf ihn, etwa durch Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben. Andererseits bejaht der EGMR einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, ohne dass es noch auf eine Abwägung, etwa mit Strafverfolgungsinteressen, ankäme, wenn verdeckt agierende polizeiliche Ermittler oder im Auftrag der Polizei agierende Privatpersonen nicht bloß das kriminelle Verhalten von Personen passiv beobachten und durch Scheinkäufe ausnutzen, sondern aktiv auf die Tat-

begehung hinwirken und bislang nicht tatgeneigte Personen zu Taten veranlassen (anstiften), die ohne das Zutun der Ermittler nicht begangen worden wären.

Welche Konstellation im Einzelfall vorliegt, prüft der EGMR bei einer Menschenrechtsbeschwerde zunächst einmal durch eigene Auswertung und Beurteilung des ihm unterbreiteten Lebenssachverhaltes.

Bei der Prüfung, ob lediglich ein „im Wesentlichen passives“ Verhalten des Verdeckten Ermittlers oder der V-Person vorliegt und damit ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK zu verneinen ist oder ob eine unzulässige Anstiftung zur Tat vorliegt, stellt der EGMR vornehmlich darauf ab, ob es vor der Einwirkung auf den Betroffenen objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene an Straftaten der Art, um die es geht, bereits in der Vergangenheit beteiligt war und/oder zumindest vor der von den Ermittlungsbehörden veranlassten und konkret in Frage stehenden Einwirkung auf ihn zur Begehung einer Straftat der betreffenden Art bereit war. Sollte dies der Fall sein, liegt die Annahme einer unzulässigen Tatprovokation fern. Indizien für eine solche vorhandene Tatgeneigtheit sind einschlägige Vorstrafen, anhängige einschlägige Ermittlungsverfahren, Kenntnisse des Betroffenen von aktuellen Preisen des Tatobjekts und die Möglichkeit des Betroffenen, dieses auch zu beschaffen (namentlich: Betäubungsmittel bei einem polizeilichen Scheinkauf).

Auf der anderen Seite sei - so der EGMR in ständiger Rechtsprechung - nicht mehr von einem „im Wesentlichen passiven Verhalten“ der Ermittlungsbehörden, sondern von einer unzulässigen Anstiftung auszugehen, wenn der Betroffene nicht schon ohne die Einwirkung auf ihn zur Tatbegehung grundsätzlich bereit war, sondern Druck auf ihn ausgeübt wurde, sich für die Begehung der betreffenden Straftat zu entscheiden. Eine solche unzulässige Einflussnahme liege etwa vor, wenn durch die eingesetzten Ermittler oder Vertrauenspersonen wiederholt auf die Begehung der Straftat gedrängt worden sei, obwohl der Betroffene bereits klar abgelehnt habe, eine solche Tat zu begehen. Unzulässig sei es auch, so der EGMR in Bezug auf Scheinkäufe von Betäubungsmitteln, einen Betroffenen zur Tatbegehung zu überreden, indem eine überdurchschnittliche Bezahlung von Betäubungsmitteln angeboten oder durch die Behauptung von Entzugserscheinungen Mitleid beim Betroffenen ausgelöst werde.

Im Hinblick darauf, dass für den Gerichtshof die Frage, ob es eine tatmotivierende Einwirkung auf einen Betroffenen - für den EGMR: eine vom Beschwerdeführer einer Menschenrechtsbeschwerde zum Gerichtshof

behauptete Einwirkung - tatsächlich gegeben hat, oftmals schwer zu beantworten ist, weil und wenn es an entsprechender Dokumentation in den Verfahrensakten fehlt, nimmt der EGMR erforderlichenfalls neben dem materiellen „substantive test of incitement“ auch noch eine formelle Prüfung („procedural test“) vor bzw. verlangt eine solche von den nationalen Strafverfolgungsbehörden in dem Strafverfahren gegen den mutmaßlich zur Tatbegehung angestifteten Beschuldigten: Wenn die Behauptung eines Beschwerdeführers (= Verurteilten), rechtsstaatwidrig zur Tatbegehung provoziert worden zu sein, nicht völlig unplausibel ist, müssen die Strafverfolgungsbehörden beweisen, dass es keine Tatprovokation gegeben hat. Insofern haben die Strafverfolgungsbehörden im nationalen Strafverfahren die (vom Beschuldigten behaupteten) Umstände, die für eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation sprechen könnten, aufzuklären. Angesichts dieser vom Gerichtshof postulierten Beweislast hat der EGMR es in seiner Rechtsprechung wiederholt als notwendig bezeichnet, dass die nationalen Rechtsordnungen ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren für die Genehmigung von Ermittlungsmaßnahmen sowie deren ordnungsgemäße Überwachung vorsehen. Dabei empfiehlt der EGMR den Vertragsstaaten eine gerichtliche Überwachung verdeckter Maßnahmen.

7.2.2 Gebotene Rechtsfolgen einer EMRK-widrigen Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR

Hinsichtlich der Frage, welche Rechtsfolgen eine gegen Artikel 6 EMRK verstoßende Tatprovokation im oben beschriebenen Sinne zeitigen muss, hat sich der EGMR klar positioniert: Er verlangt die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes im betreffenden nationalen Strafverfahren, was die durch die Tatprovokation erlangten Beweise anbelangt, oder Konsequenzen, die zu einem vergleichbaren Ergebnis führen. Denn eine Verwertung aufgrund unzulässiger Tatprovokation erlangter Beweise nähme dem Beschuldigten von Anbeginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren.

So formuliert der EGMR in seiner Entscheidung *Furcht v. Deutschland* aus dem Jahr 2014 (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, *Furcht v. Deutschland*, NJW 2015, 3631 Rd.Nr. 47, 64, 68):

> „(47) (…) Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Kriminalität kann die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, nicht rechtfertigen, denn das würde den Angeklagten der Gefahr aussetzen, dass

> ihm das Recht auf ein faires Verfahren von Beginn an und endgültig genommen wird. (…)
>
> (64) In Fällen einer gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Anstiftung durch die Polizei kann nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Kriminalität wie Rauschgifthandelt die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, nicht rechtfertigen (…). Damit ein Verfahren im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 EMRK fair ist, müssen alle durch polizeiliche Anstiftung gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen oder auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt werden."

Ausdrücklich hat der EGMR betont, dass eine bloße Strafmilderung als Konsequenz einer EMRK-widrigen Tatprovokation nicht ausreichend ist. Eine reine Berücksichtigung einer rechtsstaatwidrigen Tatprovokation auf der Ebene der Strafzumessung genügt mithin nach klarer Rechtsprechung des Gerichtshofes als zu ergreifende Konsequenz nicht.

Diesbezüglich heißt es in der Entscheidung *Furcht v. Deutschland* aus dem Jahr 2014:

> „(68) Zu der Frage, ob eine erhebliche Strafmilderung eine ausreichende Wiedergutmachung für eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK sein kann: Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die Verwendung von Beweismitteln, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen worden sind, nach Artikel 6 Abs. 1 EMRK unzulässig. Damit ein Verfahren im Sinne dieser Vorschrift fair ist, müssen alle dadurch gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen oder auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt werden (…). Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass alle Maßnahmen, die nicht im Ausschluss derartiger Beweismittel oder der Anwendung eines Verfahrens mit vergleichbaren Ergebnissen bestehen, nicht ausreichen, um eine angemessene Wiedergutmachung für eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK zu leisten."

Die eindeutige und von der bundesdeutschen Strafjustiz zu beachtende Forderung des EGMR nach einem Beweisverwertungsverbot oder Konsequenzen mit vergleichbarer Wirkung steht im Widerspruch zu der (bisherigen) überwiegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes,

die eine Berücksichtigung (lediglich) auf Ebene der Strafzumessung, also in Form einer Strafmilderung, fordert (sog. Strafzumessungslösung oder Strafabschlagslösung) (vgl. hierzu unten 7.3.2).

7.3 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zur Tatprovokation

Nach der gefestigten Rechtsprechung der deutschen Obergerichte ist die Tatprovokation nicht per se unzulässig (BVerfG NJW 1987, 1874, BGHSt 32, 115; BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BGH NJW 1980, 1761). So wird es beispielsweise für grundsätzlich statthaft erachtet, wenn Vertrauenspersonen - bzw. Verdeckte Ermittler - im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität gegenüber „Dealern“ als „Scheinkäufer“ auftreten, um die Zielperson „in flagranti“ bei einem Handelsgeschäft feststellen und für dieses strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können.

Ein solcher Einsatz von Vertrauensleuten ist indes unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch. Denn letztlich wird in einem solchen Fall eine Person durch verdecktes Agieren in polizeilichem Auftrag dazu veranlasst, eine Straftat - etwa ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln - zu begehen.

Es besteht Einigkeit in der deutschen Rechtsprechung, dass gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) verstoßen wird, wenn der Staat durch polizeilich veranlasste Einwirkung eine nicht schon zuvor zur Begehung von Straftaten der betreffenden Art bereite Zielperson dazu veranlasst, eine bestimmte Straftat zu begehen, die sie ohne die Einflussnahme nicht begangen hätten, und die betreffende Person anschließend für exakt diese Straftat bestraft.

Es stellt sich daher auch für die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung zum einen die Frage, wann das tatmotivierende Einwirken einer Vertrauensperson auf eine Zielperson noch eine unter Rechtsstaatsgesichtspunkten akzeptable Vorgehensweise ist bzw. unter welchen Voraussetzungen eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt (hierzu 7.3.1).

Zum anderen hat auch die Rechtsprechung in Deutschland die Frage zu beantworten, welche rechtlichen Konsequenzen zu ziehen sind, wenn sich die Tatveranlassung durch eine Vertrauensperson als eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbare Tatprovokation erweist (hierzu 7.3.2).

7.3.1 Abgrenzung zwischen statthafter Ausnutzung einer Bereitschaft zur Tatbegehung und rechtsstaatswidriger Tatprovokation

Ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt oder sich das Verhalten einer Vertrauensperson als legitimes Ausnutzen einer grundsätzlich gegebenen Bereitschaft zur Tatbegehung darstellt, ist auch nach der deutschen Rechtsprechung von einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung abhängig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt keine unzulässige Tatprovokation vor, wenn eine Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft der Zielperson zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt. Es wird als legitim erachtet, wenn eine Vertrauensperson durch ihr Agieren einer ohnehin zur Tatbegehung bereiten Person lediglich den Anstoß gibt, im Zusammenwirken mit der Vertrauensperson eine konkrete Straftat zu begehen, bzw. der Person die Gelegenheit gibt, eine Straftat zu verüben, zu deren Begehung sie dem Grunde nach bereits zuvor bereit war (BGHSt 60, 238; BGH NStZ 2016, 232; BGH NStZ 2018, 355). Insofern ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anerkannt, dass eine Vertrauensperson - ebenso wie ein Verdeckter Ermittler - die grundsätzlich gegebene Bereitschaft einer Person, mit Betäubungsmitteln zu handeln, ausnutzen darf, indem die Vertrauensperson Interesse am Erwerb von Betäubungsmitteln signalisiert und zum Schein als Kaufinteressent auftritt. Entsprechendes gilt für andere Kriminalitätsbereiche wie etwa den illegalen Waffenhandel. Es wird als rechtsstaatlich unproblematisch angesehen, wenn eine Vertrauensperson als „Lockvogel“ bzw. „Scheinkäufer“ auftritt, wenn die Zielperson ohnehin zu Straftaten der betreffenden Art bereit ist und Erkenntnisse dahingehend vorliegen, dass sie wiederholt Straftaten der betreffenden Art verübt.

Auf der anderen Seite wird es für rechtsstaatwidrig erachtet, wenn eine Vertrauensperson - oder ein Verdeckter Ermittler - auf eine Zielperson dergestalt einwirkt, sie zu einer Tat zu veranlassen, die die Zielperson ohne die Einwirkung nicht begehen wollte und nicht begangen hätte. Eine unzulässige Tatprovokation ist mithin schon dann zu bejahen, wenn eine Vertrauensperson die zuvor nicht tatgeneigte Zielperson zur Begehung einer Straftat anstiftet, die sie ansonsten nicht begangen hätte (BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BGHSt 47, 44; BGH NStZ 2016, 232; BGH NStZ 2018, 355). Der Bundesgerichtshof formuliert insofern in ständiger Rechtsprechung, eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation liege vor, wenn

> *„eine nicht verdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat*

> *verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt. Ein in diesem Sinne tatprovozierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht ‚unvertretbar übergewichtig' ist."* (BGH NStZ 2018, 355)

Ob die eine oder die andere Konstellation vorliegt, hängt nach der Rechtsprechung von einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt es u. a. auf das Ausmaß und die Art des gegen die Zielperson bereits bestehenden Verdachtes an. Zu berücksichtigen sind auch die Art, Dauer und Intensität der Einflussnahme der Vertrauensperson auf die Zielperson. Wenn es bereits vor der Einwirkung auf den Betroffenen objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene an Straftaten der Art, um die es geht, in der Vergangenheit beteiligt war und/oder zumindest vor der von den Ermittlungsbehörden veranlassten und konkret in Frage stehenden Einwirkung auf ihn zur Begehung einer Straftat der betreffenden Art bereit war, liegt eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation fern. So wird es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten etwa für legitim erachtet, wenn eine Vertrauensperson von einem bereits zum Verkauf entschlossenen Dealer zum Schein Betäubungsmittel kauft, ohne auf ihn, etwa durch das Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben.

Auf der anderen Seite liegt regelmäßig eine unzulässige Anstiftung vor, wenn der Betroffene nicht schon grundsätzlich zur Tatbegehung bereit war, sondern Druck auf ihn ausgeübt wurde, sich für die Begehung der betreffenden Straftat zu entscheiden. Eine solche unzulässige Einflussnahme liegt etwa vor, wenn eine Vertrauensperson wiederholt auf die Begehung einer Straftat drängt, obwohl der Betroffene bereits klar abgelehnt hat, eine solche Tat zu begehen. Unzulässig ist es auch, wenn eine als Scheinaufkäufer von Betäubungsmitteln auftretende Vertrauensperson eine Zielperson zur Tatbegehung überredet, indem eine überdurchschnittliche Bezahlung von Betäubungsmitteln angeboten oder durch Behauptung von Entzugserscheinungen Mitleid beim Betroffenen ausgelöst wird.

7.3.2 Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Die Frage, welche rechtsstaatlichen Konsequenzen aus einer gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu ziehen sind, ist derzeit in der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung umstritten. Lange Zeit bestand in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Einigkeit, dass der Umstand, dass eine Person staatlicherseits in rechtsstaatwidriger Weise zur Tatbegehung veranlasst wurde, eine Bestrafung der betreffenden Person nicht grundsätzlich verbiete, sondern dieser Umstand (lediglich) bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei (vgl. BGHSt 32, 345; BGHSt 33, 356; BGH NStZ 2014, 277). Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation, so die Argumentation im Kern, ändere nichts daran, dass die betreffende Person sich dazu entschlossen habe, eine Straftat zu begehen, wobei sie sich aufgrund des verdeckten Vorgehens der anstiftenden Vertrauensperson des Umstandes, dass der Tatentschluss staatlicherseits motiviert wurde, nicht bewusst gewesen sei. Damit bleibe die Tatbegehung ein vorwerfbares Unrecht. Es sei ausreichend, allerdings auch erforderlich, dem Umstand der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auf der Strafzumessungsebene durch eine Strafmilderung Rechnung zu tragen. Das Maß der individuellen Schuld des Täters sei dadurch, dass er durch das vom Staat zu verantwortende Handeln einer Vertrauensperson zur Tatbegehung angestiftet worden sei, reduziert, was sich in einer Strafmilderung niederschlagen müsse. In den Urteilsgründen muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes konkret aufgeführt werden, in welcher Höhe ein „Strafabschlag“ wegen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gewährt wurde; die Strafmilderung muss exakt quantifiziert werden. Konkret muss die Differenz zwischen der verhängten und der ohne die unzulässige Tatprovokation als angemessen angesehenen Strafe benannt werden.

Diese „Strafzumessungslösung“ ist indes mit der ständigen Rechtsprechung des EGMR nicht vereinbar. Der EGMR hat - wie oben unter 7.2.2 dargelegt - in verschiedenen Entscheidungen wiederholt deutlich gemacht, dass der mit rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen verbundene Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens durch eine bloße Strafmilderung nicht hinreichend kompensiert wird. Der EGMR verlangt als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes oder die „Anwendung eines Verfahrens mit vergleichbaren Ergebnissen“. Letztlich verlangt der EGMR, dass alle Beweise, die in Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gewonnen wurden, in einem Strafverfahren wegen der betreffenden Tat nicht verwertet werden oder aber Konsequenzen gezogen werden, die zum einen zumindest entsprechenden Ergebnis führen. Auf das deutsche

Strafverfahren übertragen bedeutet dies, dass nach der eindeutigen Rechtsprechung des EGMR entweder ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich aller durch infolge der rechtsstaatwidrigen Tatprovokation erlangten Beweise anzunehmen ist oder aber der Umstand der rechtsstaatswidrigen Tatvorprovokation als zur Verfahrensbeendigung führendes Strafverfolgungshindernis eingeordnet wird. Diese Rechtsprechung des EGMR hat indes zu divergierenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes geführt:

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR am 10.06.2015 entschieden, dass eine rechtsstaatwidrige Tatprovokation ein Strafverfolgungshindernis begründe, welches die Einstellung des wegen der Straftat eingeleiteten Verfahrens verlange (BGHSt 60, 276).

Demgegenüber hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in einer praktisch zeitgleich ergangenen Entscheidung vom 19.05.2015 ungeachtet der Rechtsprechung des EGMR an der „Strafzumessungslösung“ festgehalten und betont, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation regelmäßig weiterhin nicht zur Unzulässigkeit eines Strafverfahrens führe, sondern eine Kompensation durch eine Strafmilderung genüge (BGHSt 60, 238).

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 18.12.2014 zwar entgegen dem EGMR die „Strafzumessungslösung“ gebilligt und - im Einklang mit dem ersten Strafsenat des Bundesgerichtshofes, aber entgegen den 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes - betont, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge einer unzulässigen Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht komme. Doch hat das Bundesverfassungsgericht gleichwohl die Rechtsprechung des EGMR aufgenommen und umfassend geprüft, ob im zu entscheidenden Fall Beweise, die direkt infolge der Tatprovokation erlangt wurden, verwertet wurden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verwerfung der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung in einem Fall, in dem es zu einer unzulässigen Tatprovokation gekommen war, auch damit begründet, dass das Tatgericht solche Beweise eben nicht verwertet habe (BVerfG NJW 2015, 1083).

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht deshalb im konkreten Fall nicht explizit ausgesprochen hat, dass aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Beweisverwertungsverbot resultiert, sich also nicht der Rechtsprechung des EGMR angeschlossen hat, so hat das Verfassungsgericht doch mit seiner Prüfung angedeutet, dass zukünftig der

Rechtsprechung des EGMR zu folgen sei. Die vom EGMR ausdrücklich als unzureichend klassifizierte reine „Strafzumessungslösung“ des Bundesgerichtshofes dürfte daher, wie schon der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes festgestellt hat, keinen Bestand mehr haben, sondern zumindest um eine „Beweisverwertungsverbotslösung“ ergänzt werden müssen. Derzeit ist mithin die Rechtslage bzgl. der Rechtsfolgen einer rechtsstaatwidrigen Tatprovokation unklar, weil es zum einen insofern keine gesetzliche Regelung gibt und zum anderen voneinander divergierende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ergangen sind, also keine eindeutige und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt.

7.4 Tatprovokation - de lege ferenda

7.4.1 Einleitung

Die Kommission hat sich mit der Frage beschäftigt, ob der Phänomenbereich der (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation und deren Rechtsfolgen gesetzlich geregelt werden müssen oder zumindest sollten.

Dass diese Ermittlungsmaßnahme bislang nicht gesetzlich geregelt worden ist, bedeutet nicht, dass sie per se rechtswidrig ist. So hat die - auch verfassungsrechtliche - Rechtsprechung die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, entgegen zahlreicher Stimmen im Schrifttum, nicht angemahnt. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht erachten die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO als ausreichend. Sie haben allerdings, wie gezeigt, der Tatprovokation rechtsstaatliche Grenzen gezogen.

Dem steht die wohl herrschende Meinung im Schrifttum diametral gegenüber, die den Einsatz von Vertrauenspersonen insbesondere bei einem über die schlichte Informationsbeschaffung hinausgehenden tatprovozierenden Verhalten für unzulässig hält.

Der Gesetzgeber hat im Zuge des Erlasses des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992 (OrgKG) bewusst auf die Normierung des Einsatzes von Vertrauenspersonen verzichtet. Ausführungen zur Tatprovokation finden sich in den Gesetzesmaterialien nicht; somit hat der damalige Reformgesetzgeber diese Ermittlungsmaßnahme für nicht regelungsbedürftig erachtet.

Die vom damaligen Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz im Sommer 2014 eingesetzte Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens hat - nach kontroverser Diskussion mit knapper - Mehrheit dem Bundesminister eine gesetzliche Regelung der Tatprovokation empfohlen. Zunächst müsse die (rechtsstaatswidrige) Tatprovokation definiert werden, bevor die Folgen normiert werden sollten.

7.4.2 Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung und Definition der Tatprovokation?

Zum Begriff der Tatprovokation vertritt die Kommission die Ansicht:

Eine rechtsstaatswidrige bzw. konventionswidrige polizeiliche Tatprovokation liegt dann vor, wenn sich die beteiligten Ermittlungspersonen nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass sie zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie ohne die Einwirkung nicht begangen hätte, und zwar mit dem Zweck, diese Straftat nachzuweisen, also Beweise für sie zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Der Begriff der Ermittlungsperson ist insoweit nicht technisch im Sinne des § 152 Abs. 2 GVG gemeint, umfasst also nicht nur die Beamten und Behörden des Polizeidienstes. Vielmehr können auch Vertrauenspersonen eine Tatprovokation begehen. Wesentlich ist, dass jemand im Auftrag der Staatsanwaltschaft oder der Polizei zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die er ansonsten nicht begangen hätte.

Die Kommission vertritt weiter die Ansicht, dass es auch erlaubte Formen einer tatmotivierenden staatlich gesteuerten Einwirkung auf Betroffene (zulässige Tatmotivierung) geben kann.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Dass es eine rechtsstaatlich zulässige Form der Einwirkung gibt, ist jedenfalls in der Rechtsprechung anerkannt (BGH Urteil vom 10.06.2015, 2 StR 97/14, Rd.Nr. 24 m. w. N.). Dabei kommt es darauf an, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Einwirkung nicht unverdächtig ist. Eine staatliche Tatprovokation ist zulässig, wenn diese gegenüber einer Person vorgenommen wird, die in einem in den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO

geregelten Grad verdächtig ist, an einer *bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein*. Bloße Vermutungen genügen insoweit nicht. Vielmehr setzt der Anfangsverdacht eine auf Tatsachen gestützte Prognose voraus, dass eine Straftat durch den Betroffenen begangen worden ist. Allerdings darf eine unverdächtige oder zunächst nicht tatgeneigte Person nicht in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet werden.

Dabei ist auch das Bedürfnis der Praxis an entsprechenden Scheingeschäften und Einwirkungen auf Tatverdächtige zu berücksichtigen. Die Möglichkeiten, Rauschgiftgeschäfte oder sonstige Geschäfte gerade der organisierten Kriminalität in einer gewissen Größenordnung allein durch sonstige (verdeckte) Ermittlungsmaßnahmen wie z. B. Telekommunikationsüberwachungen oder Observationen aufzuklären, sind begrenzt. Die Täter, die über die Ermittlungsmöglichkeiten der Polizei recht gut informiert sind, gehen sehr konspirativ vor. Insbesondere die relevante Kommunikation erfolgt weitgehend abhörsicher. Die Chance, diese Täter beispielsweise bei der Beschaffung und Einfuhr oder Übergabe einer größeren Menge an Betäubungsmitteln zu beobachten und festzunehmen, ist in aller Regel nicht besonders groß. Gerade aus diesem Grund wird versucht, durch Scheingeschäfte die Informationen zu erlangen, um - ggf. im Zusammenspiel mit nunmehr zielgerichtet einsetzbaren weiteren verdeckten Ermittlungsmaßnahmen - Strukturen der Organisation und Tatbeteiligungen von Beschuldigten sowie Lieferwege und mögliche Lager aufzuklären. Jedenfalls besteht beim Scheinkauf die Möglichkeit, die Täter bei der Übergabe der Betäubungsmittel zu observieren und diesen eine Tatbeteiligung im organisierten Rauschgifthandel nachzuweisen und Betäubungsmittel in relevanten Mengen sicherzustellen.

Die Abgrenzung zwischen rechtsstaatswidriger Tatprovokation und zulässiger Tatmotivierung ist einzelfallabhängig. Die Kommission stellt fest, dass in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des EGMR hierzu taugliche Abgrenzungskriterien aufgestellt worden sind.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Wie oben dargestellt (7.2.1 und 7.3.1), besteht eine gefestigte einheitliche Rechtsprechung sowohl des EGMR als auch der deutschen Obergerichte zur Abgrenzung zwischen einer erlaubten Tatmotivierung und einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch die Ermittlungsbehörden oder in deren Auftrag tätigen Vertrauenspersonen.

So hat der Bundesgerichtshof in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17):

„… Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2016 - 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rd.Nr. 3; Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rd.Nr. 24 f.).

Ein in diesem Sinne tatprovozierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht ‚unvertretbar übergewichtig' ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2016 - 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rd.Nr. 3; Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rd.Nr. 24 f.; Urteil vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rd.Nr. 34 m. w. N.)." (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17)

Die Rechtsprechung erwartet anhand einer Gesamtwürdigung der im konkreten Einzelfall vorliegenden Indizien eine Prüfung, ob ein Tatverdacht bestanden hat und der Beschuldigte auch ohne das Verhalten der Vertrauensperson zu der Begehung entsprechender Taten bereit gewesen ist:

„… **Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen** (BGH, Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 346 f.). Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation (…).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzende polizeiliche Provokation

vor, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine ‚weitgehend passive' Strafermittlung beschränkt hat. Der Gerichtshof prüft dabei, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war (…). **Bei der Frage, ob eine Person tatgeneigt war, hält der Gerichtshof nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls u. a. die erwiesene Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung für bedeutsam** (…). Bei der Differenzierung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung durch eine Ermittlungsperson und der (konventionswidrigen) Provokation einer Straftat befasst sich der Gerichtshof mit der Frage, **ob Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen**. Dabei hat der Gerichtshof u. a. darauf abgestellt, ob die Ermittlungsperson von sich aus Kontakt zu dem Täter aufgenommen, ihr Angebot trotz anfänglicher Ablehnung erneuert oder den Täter mit den Marktwert übersteigenden Preisen geködert hat (…). …" (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17 f.)

Damit ist die Rechtslage nach Auffassung der Kommission durch die Rechtsprechung so eindeutig geklärt, dass es aus ihrer Sicht einer gesetzgeberischen Definition nicht bedarf:

Der Begriff der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bedarf deshalb keiner gesetzlichen Definition.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

7.4.3 Zum Bedürfnis einer Regelung der Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Dagegen vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden sollten.

Dafür: 7 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

Wie oben dargestellt (7.2.2 und 7.3.2), ist es der Rechtsprechung bislang hingegen nicht gelungen, die Frage der notwendigen Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation hinreichend zu klären. Derzeit fordert der EGMR die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes hinsichtlich der infolge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation erlangten Beweismittel (oder vergleichbare Konsequenzen, was in der Praxis nur eine Verfahrensbeendigung ohne Schuldspruch bedeuten kann). Der 2. Senat

des Bundesgerichtshofes hat in Folge der Rechtsprechung des EGMR in einem Fall ein Verfahrenshindernis angenommen. Dem sind das Bundesverfassungsgericht und weitere Senate des Bundesgerichtshofes nur bedingt gefolgt, indem sie jedenfalls festgestellt haben, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge der Tatprovokation auf extreme Ausnahmefälle beschränkt sei, ohne dass bislang klargestellt worden ist, was den extremen Ausnahmefall von einer sonstigen rechtsstaatswidrigen Tatprovokation unterscheidet. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes ist auch nach der Entscheidung des EGMR weiterhin der Strafzumessungslösung gefolgt.

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bislang nicht geklärt, sodass ein praktisches Bedürfnis dafür besteht, diese gesetzlich zu regeln.

7.4.3.1 Verfahrenshindernis als Folge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 10.06.2015 (BGHSt 60, 276) folgend, hat die Kommission erwogen, als regelmäßige Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis anzunehmen.

Der 2. Strafsenat ist der Auffassung, dass der EGMR ausdrücklich festgestellt habe, dass auch eine erhebliche Milderung der Strafe nicht zu Konsequenzen führe, die mit einem Ausschluss sämtlicher durch die konventionswidrige Tatprovokation des Staates erlangter Beweismittel vergleichbar sind. Die Strafzumessungslösung, soweit sie nicht zu einem vollständigen Absehen von Strafe führe, stelle damit auch keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne des Artikels 41 EMRK dar. Die danach gebotene Neubewertung der staatlichen Tatprovokation führe bei der erforderlichen schonenden Einpassung der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Rechtssystem im vorliegenden Fall zur Annahme eines Verfahrenshindernisses. Das Gericht ist der Auffassung gewesen, dass die einzige Alternative, die Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbotes, mit grundlegenden Wertungen des deutschen Strafsystems nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sei und zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führe. So betreffe ein Beweisverwertungsverbot grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln zur Feststellung der Schuldfrage. In den Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation betreffe das konventionswidrige Handeln des Staates dagegen nicht erst die Erlangung von Beweismitteln, sondern es habe bereits die Begehung der Straftat als

solche zur Folge. Allein der Ausschluss der Angaben des Provokateurs bei der Beweisführung gewährleiste nicht, dass am Ende ein Verfahren stehen könne, welches im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR in seiner Gesamtheit als „fair“ gewertet werden könne, da es zahlreiche weitere Erkenntnisse - etwa solche der observierenden Polizeikräfte - gebe. Damit erweise sich die Annahme eines Verfahrenshindernisses, mit der Folge der Einstellung des Verfahrens gemäß 206a, 260 Abs. 3 StPO, als schonende Umsetzung der Maßgaben des EGMR.

Diese kategorische Rechtsfolge für alle Fälle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vertreten andere Strafsenate des Bundesgerichtshofes nicht. Der 1. Strafsenat hat in seinem Urteil vom 19.05.2015 die Auffassung vertreten, dass Artikel 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses fordere. Soweit der EGMR neben der Annahme eines Beweisverwertungsverbotes auf „ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen“ abstelle, könne dies auch die Begründung eines Verfahrenshindernisses umfassen. Allerdings habe der Gerichtshof selbst mehrere Wege für gangbar erklärt, um die Verfahrensfairness bei einer polizeilichen Tatprovokation zu gewährleisten. Der 1. Strafsenat hat weiter darauf abgestellt, dass das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen müsse. Solange die von Artikel 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlasse es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Artikel 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern seien. Wenn ein daraus resultierendes Verfahrenshindernis überhaupt für möglich erachtet werde, könne ein solches lediglich in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schütze.

Dass ein Verfahrenshindernis allenfalls in extremen Ausnahmefällen Rechtsfolge der Tatprovokation sein kann, hat der 1. Strafsenat in der Entscheidung vom 07.12.2017 noch einmal bekräftigt (BGH, Urteil vom 07.12.2017, 1 StR 320/17, Rd.Nr. 30).

Auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat festgestellt, dass ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger polizeilicher Tatprovokation lediglich in extremen Ausnahmefällen, also bei einer besonders hohen Eingriffsintensität, gegeben sei (BGH, Urteil vom 04.07.2018, 5 StR 650/17, Rd.Nr. 24 f.):

„… Ein Verfahrenshindernis … wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Die Umstände müssen dabei so schwerwiegend sein, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss (BGH, Urteile vom 09.12.1987 - 3 StR 104/87, BGHSt 35, 137, 140; vom 25.10.2000 - 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159, 168 f., und vom 06.09.2016 - 1 StR 104/15, wistra 2017 193, 195). Selbst schwere Verfahrensfehler, wie etwa der Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO (also die Herbeiführung einer Aussage des Beschuldigten durch misshandeln, quälen, täuschen oder das Verabreichen von Mitteln), führen - insofern schon nach der ausdrücklichen Bewertung durch den Gesetzgeber - nicht ohne weiteres zu einem Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 06.09.2016 - 1 StR 104/15, a. a. O., und vom 25.10.2000 - 2 StR 232/00, a. a. O., 173).

Auf dieser Grundlage ist ein die Verurteilung der genannten Angeklagten ausschließendes Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation - wie es vom Landgericht bejaht worden ist - nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes - auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des 2. Strafsenats im Urteil vom 10.06.2015 (2 StR 97/14) tragenden Gründe - lediglich in extremen Ausnahmefällen, also einer besonders hohen Eingriffsintensität gegeben (vgl. BVerfG, NJW 2015, 1083; BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238, 244 f.). Denn das Rechtsstaatsprinzip schützt nicht nur die Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung (BGH, Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, a. a. O., 241). …“

Die Kommission ist ebenfalls der Auffassung, dass ein Verfahrenshindernis allenfalls im extremen Ausnahmefall Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation sein kann. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Regelfall eines Verstoßes erscheint systemwidrig, da es nicht einmal als Folge von verbotenen Vernehmungsmethoden in der Strafprozessordnung normiert worden ist.

Eine gesetzliche Regelung für die extremen Einzelfälle, bei denen sich die Rechtsprechung einig ist, dass die Provokation zu einem Verfahrenshindernis führen muss, ist nach Auffassung der Kommission nicht erforderlich.

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernis führen kann.

Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0

7.4.3.2 Beweisverwertungsverbot als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Der EGMR verlangt bei einer konventionswidrigen Tatprovokation die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes der durch die Tatprovokation erlangten Beweismittel im nationalen Strafverfahren (oder aber vergleichbare Konsequenzen). Andernfalls nähme man dem Beschuldigten von Anbeginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren. Auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.12.2014 lässt sich so verstehen, dass in bestimmten Fällen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes geboten ist.

Insoweit teilt die Kommission die Bedenken, die der 2. Strafsenat im Urteil vom 10.06.2015 gegen ein Beweisverwertungsverbot angebracht hat (BGH, Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14 -, Rd.Nr. 50 f.). Der Bundesgerichtshof hat u. a. ausgeführt, dass die spätere Erhebung der durch die Tatprovokation erlangten Beweise im Strafverfahren sich jedenfalls nicht als von vornherein rechtswidrig darstelle. Die Beweiserhebung durch den Tatrichter sei vielmehr zunächst regelmäßig geboten, um die tatsächlichen Umstände einer behaupteten Tatprovokation klären und die daraus folgenden Konsequenzen prüfen zu können. Es erscheine nach Ansicht des Senats auch nicht durchführbar, zwischen „unmittelbar“ und „mittelbar“ durch die Tatprovokation erlangten Beweise zu differenzieren. Dies werde insbesondere in den Fällen deutlich, in denen die Verurteilung maßgeblich auf einem Geständnis der Angeklagten beruhe. Allein die Angaben des Verdeckten Ermittlers oder der Vertrauensperson als Beweismittel auszuschließen, genüge nicht, da deren Angaben in vielen Fällen zur eigentlichen Überführung des Provozierten nicht notwendig seien, weil häufig auch weitere Polizeibeamte die Übergabe des Rauschgifts beobachtet und dabei unter Sicherstellung von Drogen und Festnahme der Täter zugegriffen hätten. Für die Beweiswürdigung komme es häufig nicht entscheidend darauf an, ob der Angeklagte später - bedingt durch die erlangten Ermittlungsergebnisse oder um geltend zu machen, zur Tat provoziert worden zu sein - ein Geständnis ablegte. Allein der Ausschluss der Angaben der Lokspitzel von der Beweisführung gewährleiste nicht, dass am Ende ein Verfahren stehe, welches im Einklang mit

der Rechtsprechung des EGMR in seiner Gesamtheit als „fair“ gelten könne.

Dieser Argumentation folgend hat die Kommission sich gegen eine gesetzliche Normierung eines Beweisverwertungsverbotes als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entschieden.

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.

Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltungen: 0

7.4.3.3 Gesetzliche Regelung der Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene

Nachdem die bislang diskutierten Rechtsfolgen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Kommission nicht überzeugt haben, ist deren Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenebene diskutiert worden.

Dies erscheint zunächst nicht unproblematisch, da der EGMR die „Strafzumessungslösung“ des Bundesgerichtshofes als nicht ausreichend erachtet hat. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass die Auffassung des EGMR keine bindende Wirkung für das nationale Rechtssystem entfalte. Es bleibe den nationalen Gerichten überlassen, wie die Anforderungen des Artikel 6 Abs. 1 EMRK in die nationalen Strafrechtssysteme eingefügt werden. Das Bundesverfassungsgericht sieht nach wie vor die „Strafzumessungslösung“ als eine Möglichkeit an, etwaige Verfahrensverstöße zu kompensieren.

Nach Auffassung der Kommission zeichnet sich eine Strafzumessungslösung dadurch aus, dass sie flexibel angewendet werden kann. Auf die unterschiedlich gewichteten Verstöße kann von einer Milderung der Strafe bis zu einem völligen Absehen von Strafe reagiert werden.

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene berücksichtigt wird.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Aufgrund des unterschiedlichen denkbaren Gewichts der Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation und der begangenen Tat ist einerseits eine Strafmilderung nicht in allen Fallkonstellationen als

Reaktion ausreichend. Andererseits ist aber auch nicht in allen denkbaren Fällen ein Absehen von Strafe geboten.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

Um die nötige Flexibilität von der bloßen Strafmilderung bis zum Absehen von Strafe zu gewährleisten, müsste eine gesetzliche Regelung die Bindung an den gesetzlichen Strafrahmen aufheben. Eine vergleichbare Regelung hat der Gesetzgeber für die Fälle des untauglichen Versuches in § 23 Abs. 3 StGB geschaffen, der eine Milderung des Strafrahmens nach Maßgabe des § 49 Abs. 2 StGB oder ein Absehen von Strafe ermöglicht. Nicht ausreichend wäre nach Auffassung der Kommission eine bloße Milderung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, da auch die Untergrenze des Strafrahmens angesichts der Erheblichkeit der Rechtswidrigkeit der Tatprovokation unter Umständen ungemessen hoch ist.

Deswegen ist die Kommission der Ansicht, dass im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Rechtsfolgenverweis auf § 49 Abs. 1 StGB nicht allen Fallkonstellationen gerecht werden kann.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltungen: 0

Die Kommission schlägt daher folgende gesetzliche Regelung vor:
„Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltungen: 0

Eine solche Regelung ermöglichte den Gerichten eine angemessene Reaktion auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation je nach deren Gewicht. Sie ermöglichte auch die Annahme eines völligen Bestrafungsverbotes für die gravierenden Ausnahmefälle, bei denen nach der bisherigen Rechtsprechung von einem Verfahrenshindernis auszugehen wäre. In solchen Einzelfällen bestünde für den Fall einer entsprechenden Regelung darüber hinaus die Möglichkeit, das Ermittlungsverfahren ggf. auch ohne gerichtliche Hauptverhandlung nach § 153b StPO einzustellen.

Nach Auffassung der Kommission ließe sich eine entsprechende Regelung ohne „Systembrüche“ in das Strafgesetzbuch einfügen. Mit ihr ließe sich einerseits angemessen auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation reagieren, andererseits kann dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden

Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung Rechnung getragen werden.

8. Schlussbetrachtung

Im Ergebnis ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass sowohl der Einsatz von Vertrauenspersonen als auch die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten in der Strafprozessordnung geregelt werden sollten und hat entsprechende Vorschläge vorgelegt.
Die Vorschläge für Regelungen greifen im Wesentlichen die bisherigen Vorgaben der in Anlage D zur RiStBV abgedruckten gemeinsamen Richtlinien der Innen- und Justizminister auf, teilweise knüpfen sie an die bereits bestehenden Regelungen für Verdeckte Ermittler an, die sich in der Praxis bewährt haben.

Die Kommission verspricht sich durch entsprechende Regelungen eine größere Rechtssicherheit und letztlich auch Akzeptanz für den Einsatz von Vertrauenspersonen.

Für dringend erforderlich erachtet es die Kommission, die Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich zu regeln, da es eine einheitliche Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen derzeit nicht gibt.

Michael Bimler
(Geschäftsführer)

Birgit Heß
(Vorsitzende)

Anlage Zusammenfassung

Die Beschlüsse der Strafrechtskommission werden wie folgt zusammengefasst:

A. Thesen zu V-Personen

These 1:
Die Kommission hält die augenblickliche Regelung für den Einsatz von V-Personen und die Inanspruchnahme von Informanten über die Generalklausel des § 163 StPO verbunden mit den Richtlinien (entsprechend der Anlage D zur RiStBV) für normativ - im Sinne von verfassungsrechtlich geboten - ausreichend.
Dafür: 5 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 3

These 2:
Die Kommission empfiehlt, den Einsatz von V-Personen und Informanten bereichsspezifisch gesetzlich zu regeln.
Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

These 3:
Eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung sollte sich an den nachfolgenden Thesen der Kommission orientieren.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 4:
Die Kommission stellt fest, dass die in den bisherigen RiStBV dargestellten Verfahrensregelungen, sofern sie nicht in eine gesetzliche Regelung übertragen werden, dort inhaltlich verbleiben sollten.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 5:
Die Kommission regt an, die Bestimmungen der RiStBV zu V-Personen und Informanten in den Bundesländern einheitlich zu regeln und sie auch für den Bund in Kraft zu setzen.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 6:
Eine V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten, in der Regel auf längere Zeit, vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 7:
Ein Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.
Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

These 8:
Die Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung sollten in einem abschließenden Straftatenkatalog geregelt werden.
Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

These 9:
Als Voraussetzung für die Zusicherung sollte auf den gesetzlich eingeführten Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung (vgl. §§ 110a, 100g StPO) zurückgegriffen werden.
Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

These 10:
Als Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung sollte auf eine Beschreibung zurückgegriffen werden, die sich an Ziff. 3.1 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV orientiert.
Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

These 11:
Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.
Dafür: 3 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 0

These 12:
Jedenfalls V-Personen dürfen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.
Dafür: 6 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 1

These 13:
Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Informationen der Anfangsverdacht erst begründet würde.
Dafür: 6 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 2

These 14:
Einem Informanten darf Vertraulichkeit nur zugesichert werden, wenn dieser bei Bekanntwerden seiner Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte; die Maßgaben des § 68 StPO allein erweisen sich als nicht ausreichend.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

These 15:
Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 16:
Betreffend die Geheimhaltung der Identität der V-Person ist die Kommission der Ansicht:
Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.
Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird,
- die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht,
- sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt,
- die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht oder
- die V-Person sich sonst als unzuverlässig erweist.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

These 17:
Betreffend die Zusicherung der Vertraulichkeit des Informanten ist die Kommission der Ansicht:
Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.
Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird oder
- sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

These 18:
Auf den möglichen Wegfall der Bindung an die Zusicherung ist die V-Person/der Informant vor jeder Zusicherung hinzuweisen.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 19:
Betreffend die Frage des Betretens von Wohnungen durch die V-Person vertritt die Kommission die Ansicht:
Die V-Person darf eine Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 20:
Das Einverständnis darf nicht durch Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 21:
Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Anordnung der Staatsanwaltschaft.
Dafür: 1 / Dagegen: 7 / Enthaltung 1

These 22:
Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft.
Dafür: 7 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 2

These 23:
Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; der Einsatz der V-Person ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Werktagen zustimmt.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 24:
Die Zustimmung zum Einsatz einer V-Person ist schriftlich zu erteilen.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 25:
Vor der Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Besteht Gefahr im Verzug und kann die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 26:
Die Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist schriftlich zu erteilen.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 27:
Bei der Zusicherung von Geheimhaltung/Vertraulichkeit ist die Staatsanwaltschaft nicht berechtigt, von der Polizei Auskunft über die Identität der V-Person/des Informanten zu verlangen.
Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

These 28:
Die Staatsanwaltschaft kann verlangen, dass die Identität einer V-Person/eines Informanten ihr gegenüber offenbart wird.
Dafür: 1 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 2

These 29:
In begründeten Ausnahmefällen unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft auch über die Identität des Informanten/der V-Person. Vertraulichkeit/Geheimhaltung ist zu gewährleisten.
Dafür: 4 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 2

These 30:
Ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 31:
Ein Richtervorbehalt begründet hier kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 32:
Eine richterliche Kontrolle im Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) ist nicht sachgerecht.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

These 33:
Der Hinweis, dass die Identität der V-Person bzw. des Informanten auch nach Abschluss des Verfahrens geheim zu halten ist, ist entbehrlich, weil dies eine Selbstverständlichkeit ist.
Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

These 34:
Die Kommission regt an, in der RiStBV Mindeststandards für den Inhalt des von der Staatsanwaltschaft und der Polizei anzufertigenden Vermerks über das Gespräch nach Nr. 5.6 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV zu formulieren.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 35:
Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Einsatz einer Vertrauensperson ist zu befristen. Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.
Dafür: 5 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 1

These 36:
Einer Benachrichtigung des Betroffenen/der Betroffenen bedarf es zu keinem Zeitpunkt.
Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 37:
Wenn die Staatsanwaltschaft eine Zustimmung zum Einsatz einer V-Person oder zu einer Zusage der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten erteilt hat, liegt die Entscheidungskompetenz über eine Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bei der Staatsanwaltschaft.
Dafür: 4 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 3

These 38:
Es sollte eine gesetzliche Regelung entsprechend der des § 110b Abs. 3 S. 3 StPO auch für V-Personen und Informanten geschaffen werden.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

B. Thesen zu Tatprovokation

These 1:
Zum Begriff der Tatprovokation vertritt die Kommission die Ansicht:
Eine rechtsstaatswidrige bzw. konventionswidrige polizeiliche Tatprovokation liegt dann vor, wenn sich die beteiligten Ermittlungspersonen nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass sie zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie ohne die Einwirkung nicht begangen hätte, und zwar mit dem Zweck, diese Straftat nachzuweisen, also Beweise für sie zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 2:
Die Kommission vertritt weiter die Ansicht, dass es auch erlaubte Formen einer tatmotivierenden staatlich gesteuerten Einwirkung auf Betroffene (zulässige Tatmotivierung) geben kann.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 3:
Die Abgrenzung zwischen rechtsstaatswidriger Tatprovokation und zulässiger Tatmotivierung ist einzelfallabhängig. Die Kommission stellt fest, dass in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und EGMR hierzu taugliche Abgrenzungskriterien aufgestellt worden sind.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 4:
Der Begriff der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bedarf deshalb keiner gesetzlichen Definition.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 5:
Dagegen vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden sollten.
Dafür: 7 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

These 6:
Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernis führen kann.
Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0

These 7:
Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.
Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0

These 8:
Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene berücksichtigt wird.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 9:
Aufgrund des unterschiedlichen denkbaren Gewichts der Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation und der begangenen Tat ist einerseits eine Strafmilderung nicht in allen Fallkonstellationen als Reaktion ausreichend.

Andererseits ist aber auch nicht in allen denkbaren Fällen ein Absehen von Strafe geboten.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 10:
Deswegen ist die Kommission der Ansicht, dass im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Rechtsfolgenverweis auf § 49 Abs. 1 StGB nicht allen Fallkonstellationen gerecht werden kann.
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

These 11:
Die Kommission schlägt daher folgende gesetzliche Regelung vor: „Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen."
Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0