

**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 Prinzipien 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 rechtsstaatwidrig 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 sachenächsten 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 Beamten, 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 justiell 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 beziehen, 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 Bundesgerichtshofs⁸ 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 vorenhaltene 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 Verschlussache – „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.“