

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 praxistauglicheren 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 Schrifttum⁴ 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 *Dutge*, JZ 1996, 556; *Gercke*, StV 2017, 615; *Soimé*, 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 mit 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. diessseits).

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 174 (Hervorh. diessseits).

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 Bundesgerichtshofes²⁹ dürften als überholt gelten. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits vor dem BKA-Beschluss im Jahr 2000³⁰ 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; *Woblers/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 BGH³⁵ 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 Tattaten 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 (Voraus. 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 Berufsheimnisträger 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 Bundesverfassungsgerichts⁴¹ 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 1 (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 notwendige 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 beigeplichtet. 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.; Instrukтив und noch ausführlicher dazu *Hübner*, Rechtsstaatswidrig aber straflos? Der agent provocateur-einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen, 2020, 17 ff. *et passim* m.w.N.