



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 136. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 24. März 2021, 15:00 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender

Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 8

- a) Antrag der Abgeordneten Benjamin Strasser, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln

BT-Drucksache 19/25248

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Berichterstatter/in:

Abg. Axel Müller [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Jens Maier [AfD]

Abg. Stephan Thomae [FDP]

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- b) Antrag der Abgeordneten Niema Movassat, Friedrich Straetmanns, Dr. André Hahn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen
eindämmen, Betroffene entschädigen**

BT-Drucksache 19/25352

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Berichterstatter/in:

Abg. Axel Müller [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Jens Maier [AfD]

Abg. Stephan Thomae [FDP]

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 4
Sprechregister Abgeordnete	Seite 6
Sprechregister Sachverständige	Seite 7
Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 33



Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input checked="" type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input checked="" type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input checked="" type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Oellers, Wilfried	<input type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Thies, Hans-Jürgen	<input type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input checked="" type="checkbox"/>	Weisgerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>
	Warken, Nina	<input type="checkbox"/>		
Wellenreuther, Ingo	<input checked="" type="checkbox"/>			
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input checked="" type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Rawert, Mechthild	<input checked="" type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Wiese, Dirk	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input checked="" type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
	Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>		



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Mohamed Ali, Amira Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

Weiteres Mitglied des Deutschen Bundestages

		Unter- schrift
FDP	Strasser, Benjamin	<input checked="" type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	16, 28
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32
Jens Maier (AfD)	16
Niema Movassat (DIE LINKE.)	17, 28
Axel Müller (CDU/CSU)	16, 27
Mechthild Rawert (SPD)	17, 28
Benjamin Strasser (FDP)	17, 27



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Stefan Conen Republikanischer Anwältinnen- und Anwälte Verein e. V., Berlin 1. Vorsitzender der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e. V.	8, 25, 28
Sebastian Fiedler Bund Deutscher Kriminalbeamter e. V., Berlin Bundesvorsitzender	9, 24, 29
Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (Auckland) Rechtsanwalt; Lehrbeauftragter der Universität zu Köln	10, 22, 30
Jürgen Gremmelmaier Staatsanwaltschaft Karlsruhe Leitender Oberstaatsanwalt	11, 12, 21
Prof. Dr. Martin Heger Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte	12, 20, 30
Peter Holzwarth Staatsanwaltschaft Stuttgart Oberstaatsanwalt	13, 19
Prof. Dr. Matthias Jahn Goethe-Universität Frankfurt am Main Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main	14, 18, 31
Barbara Stockinger Deutscher Richterbund, Bund der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte e. V., Berlin Vorsitzende und Mitglied des Präsidiums Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht München	15, 32



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Ich eröffne die 136. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz und begrüße zunächst die Kolleginnen und Kollegen hier im Saal sowie die per Webex zugeschalteten Kolleginnen und Kollegen. Ich begrüße Sie, die Sachverständigen, von denen hier im Saal Frau Stockinger und die Herren Conen, Gazeas und Holzwarth persönlich anwesend sind. Die übrigen Sachverständigen sind uns per Webex zugeschaltet. Per Webex zugeschaltet, und die begrüße ich ebenso herzlich, sind uns auch die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung. Und ich begrüße die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne. Gegenstand der heutigen Anhörung ist zunächst ein Antrag der Fraktion der FDP, mit dem sie die Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr sowie deren Abgrenzung von anderen Formen verdeckter Informationsgewinnung fordert. Die Fraktion DIE LINKE. fordert mit ihrem Antrag die gesetzgeberische Umsetzung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hinsichtlich rechtsstaatswidriger Tatprovokationen sowie die Einführung einer Entschädigungsregelung bei Inhaftierung in Folge einer solchen Tatprovokation. Einige Hinweise vorweg zum Ablauf: Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, heute also mit Herrn Conen. Dabei die Bitte, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Dafür läuft eine Uhr, die kurz vor Ende der Zeit ein Signal gibt und am Ende dann ein noch lauterer Signal geben wird. Die zugeschalteten Sachverständigen sowie alle anderen per Webex zugeschalteten Teilnehmer bitte ich, ihre Mikrofone auszuschalten, solange sie nicht sprechen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich die Fragerunden an – eine oder mehrere, je nachdem wie viele Fragen gestellt werden. Die Kollegen können jeweils zwei Fragen stellen, entweder zwei Fragen an einen Sachverständigen oder je eine Frage an zwei unterschiedliche Sachverständige. Die Sachverständigen werden dann in der Antwortrunde in umgekehrter Reihenfolge antworten, also mit Frau Stockinger beginnend. Wenn wir zu weiteren Fragerunden kommen,

dann geht es wieder in alphabetischer Reihenfolge. Noch einige weitere Hinweise: Die heutige Anhörung ist öffentlich und wird live im Parlamentsfernsehen auf Kanal vier gesendet, deshalb begrüße ich auch die dortigen Zuschauer. Nach der Ausstrahlung ist eine Aufzeichnung der Sitzung in der Mediathek abrufbar. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung zudem ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich weise ich darauf hin, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder Strafrecht geahndet werden können. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit und wir können als Erstes mit der Stellungnahme von Herrn Conen beginnen. Bitte schön.

SV Stefan Conen: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, für die Einladung und die Gelegenheit zu diesem Thema Stellung zu nehmen, das leider nicht so gut geregelt ist wie diese Sitzung, also normativ geregelt ist. Deswegen ist der Anstoß, den die Fraktionen gegeben haben, sich legislativ mit dem Thema zu befassen, aus meiner Sicht ein dringlicher und ein überfälliger. Der strafprozessuale Umgang mit Vertrauenspersonen im Strafprozess ist aus Sicht, glaube ich, nicht nur meiner als Verteidiger, sondern auch aus der anderer Verfahrensbeteiligter, ein unregelmäßiges Elend. Es wird eigentlich von allen Verfahrensbeteiligten, glaube ich, das V-Mann-Wesen als ein relativ trüber Tümpel angesehen, in den niemand richtig steigen will, in dem es aber interessante Fische zu fangen gibt. Wo und wie gefischt wird, will man dann gar nicht so genau wissen, solange der Fang stimmt. Das könnte in der Fischerei hinnehmbar sein, im Strafprozess ist es das meines Erachtens nicht. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, Licht und Transparenz in diese Trübnis zu bringen. Das macht den Regelungsbedarf aus. Der Regelungsbedarf ist meines Erachtens gegeben, weil der V-Personen-Einsatz grundsätzlich mit Grundrechtseingriffen behaftet ist und für diese braucht man bekanntermaßen eine gesetzliche Grundlage, die gegenwärtig in den allgemeinen Kompetenznormen der Polizei so nicht zu sehen ist. Wenn Sie sich vor Augen führen, dass eine Observation, die länger als 48 Stunden dauert, richterlich genehmigt sein muss, durch



§ 163f StPO (Strafprozessordnung) geregelt wird – das ist etwas, was der Bürger gar nicht mitbekommt, der wird nur beobachtet. Was hier passiert, ist viel intensiver und das kann man nicht auf die allgemeinen Kompetenzregeln schieben. Ich will Ihnen als Praktiker kurz sagen, ich meine, ich habe das auch in meiner Stellungnahme ausgeführt, wo Regelungsbedarf ist, woran die Praxis, und nicht nur aus meiner Sicht, sondern da weiß ich mich eins mit vielen Richtern, krankt. Das eine ist die Frage der Zusage der Vertraulichkeit. Die ist ebenfalls nicht geregelt und sie muss meines Erachtens geregelt werden, denn sie greift in Rechte ein, sie greift ein in das Recht des Gerichts, sich des unmittelbarsten Beweismittels zu versichern. Das ist nach der Zusage der Vertraulichkeit nicht möglich und es ist dem Gericht vollkommen unklar, welche Personen eigentlich mit solchen Zusagen bedacht werden, die normalerweise normativ Zeugen werden. Es greift aber auch ein in das Recht des Beschuldigten, des späteren Angeklagten, bei dem mit der Vertraulichkeitszusage ja antizipiert wird, dass er keine Gelegenheit haben wird, entgegen Artikel 6 Absatz 3 lit. d der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), den Belastungszeugen gegebenenfalls zu befragen. Insofern ist da meines Erachtens Regelungsbedarf, wer mit der Vertraulichkeitszusage überhaupt bedacht werden kann und wie dieses Verfahren auszugestaltet ist. Daneben bergen die Vertraulichkeit und damit auch die Angaben, die aufgrund von Vertraulichkeit anonymisiert gemacht werden, natürlich immer auch ein Potential, ein Motiv, gegebenenfalls zur Falschbelastung. Wenn wir uns an die Kronzeugenregelung erinnern, die ähnliche Motive, nämlich die Suche nach eigenen Vorteilen zum Gegenstand hatte, dann wird man konzederen müssen, dass eine ähnliche Motivlage bei Vertrauensleuten nicht ausgeschlossen werden kann. Und wenn man da eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung bei Gerichten anmahnt für Kronzeugen, dann gilt das auch für V-Personen und da muss die Genese dieser Aussage klarer sein. Das betrifft dann auch die regelmäßig erstattete Vergütung von Vertrauenspersonen, die ebenfalls nicht geregelt ist und die auch zur Tatprovokation führen kann. Ein letzter Satz: Es muss nicht nur normativ, sondern es muss auch faktisch ein Qualitäts-

management, aus meiner Sicht, für Vertrauenspersonen eingeführt werden, das es gegenwärtig, zumindest in der Landespraxis Berlin, nicht gibt. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Conen. Als Nächster Herr Fiedler, der uns zugeschaltet sein müsste.

SV **Sebastian Fiedler**: Herzlichen Dank für die Einladung und für die Gelegenheit. Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordnete, ich versuche den Blick ein bisschen über Berlin zu weiten und erlaube mir insoweit jetzt nicht zu sehr auf der normativen Ebene in die Diskussion einzusteigen. Sie haben mich ja, mit hoher Wahrscheinlichkeit, eben aus der praktischen Sicht heraus gefragt. Nach meiner Wahrnehmung geht es in der Anhörung heute sehr, sehr stark um die Frage des Ob und noch nicht so sehr um das Wie – zumindest haben wir ja keinen aktuellen Gesetzesvorschlag zu diskutieren. Zunächst einmal haben wir viele Dinge, die gerade angesprochen worden sind, untergesetzlich geregelt sowohl in den RiStBV (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren) als auch in vielen Landeserlassen und dann darüber hinaus natürlich in den letzten Jahren, nach meiner Bewertung jedenfalls, ein sehr professionalisiertes Management dieser Themen, die heute Diskussionsgegenstand sind, gewährleistet. Zumindest ist das mein Blick oder meine Kenntnis sowohl auf Landes- als auch erst recht auf Bundesebene. Ich will aber die Gelegenheit der wenigen Minuten des Einstiegs nutzen, vor allen Dingen erst einmal die Problemdimension aus Sicht der Ermittlungsbehörden deutlich zu machen und darauf hinweisen, dass, wenn wir nach vorn in die Zukunft schauen, wir natürlich mit zunehmenden Problemstellungen zu tun haben, die immer mal wieder auf unterschiedliche Zielkonflikte stoßen. Wir haben es im Grunde mit abgeschotteten Strukturen zu tun, und da bleiben uns schlechterdings aus rein denklogischen Gründen nur wenige Möglichkeiten, in diese Strukturen eindringen zu können. Wir haben also einerseits die Diskussion, die Ihnen allen bekannt ist, über cryptierte Kommunikation und die rechtlichen und tatsächlichen technischen Möglichkeiten, dort entsprechend überwachen zu können, und wir



haben die Möglichkeiten, durch VE (Verdeckte Ermittler), VP (Vertrauenspersonen), Scheinkäufe, nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamte zu versuchen, in diese Strukturen vordringen zu können. Es ist natürlich unser aller Wille, dass rechtsstaatlich so abgesichert wie möglich tun zu können. Es tun sich hier in diesem Feld vor allen Dingen die Zielkonflikte auf, die sich aus unserer Sicht am Ende des Tages insbesondere durch die Gefährdungssituation der VP abzeichnen. Unser öffentliches Augenmerk bei all den Fragen, die hinterher auch in der Hauptverhandlung sich niederschlagen und häufig Kritik finden, richtet sich danach aus, dass wir Leib und Leben der VP zu schützen haben, und das handlungsleitend für unsere Maßstäbe genauso sein muss wie ein rechtsstaatlich sicheres Verfahren. Und um diese Zielkonflikte aufzulösen, würden wir nicht per se gegen gesetzliche Regelungen sprechen, warum auch. Entscheidend für mich in der Diskussion ist allerdings, was der konkrete Vorschlag denn sein soll und wie er sich von der aktuellen Praxis, Rechtspraxis und tatsächlichen Praxis, unterscheidet. Insoweit sind die Diskussionen über Richtervorbehalte oder Ähnliches sehr, sehr praktisch, weil wir auf der anderen Seite die Identität der VP gleichzeitig schützen müssen, weil wir sonst schlechterdings das gesamte Ermittlungsinstrument komplett verlieren. Viele der in der Diskussion befindlichen Punkte scheinen mir in der praktischen Konsequenz eine solche Auswirkung haben zu können. Das wäre für mich ein wichtiger Diskussionsgegenstand. Ich glaube, viele dogmatische Dinge sind ja nun auch vom Gutachten, an dem der Deutsche Richterbund in aller Tiefe beteiligt gewesen ist, zumindest beantwortet. Auf der anderen Seite bleiben viele praktische Fragestellungen im Vorverfahren bis zum Hauptverfahren. Vielleicht bis hierher, erst einmal herzlichen Dank für die Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Fiedler. Als Nächster hat das Wort Herr Gazeas.

SV Dr. Nikolaos Gazeas: Auch ich danke Ihnen für die Einladung zu dieser Anhörung. Beide Anträge, die wir hier heute diskutieren, betreffen nicht weniger als Kernfragen des Rechtsstaats. Wie der Rechtsstaat allerdings bisher mit diesen Fragen umgeht, gibt Anlass zu Kritik und auch zu

Sorge. Da war es zum Beispiel so, dass ein V-Mann zwanzig Jahre lang faktisch als Verdeckter Ermittler tätig werden konnte. Ein V-Mann, der eingesetzt wurde in verschiedenen Kriminalitätsfeldern. Die Begehung von Straftaten durch diese V-Mann-Führung ist ebenso toleriert worden, wie andere absolute No-Gos. Dieser Mann, meine Damen und Herren, ist heute aufgrund seiner Gefährdungslage faktisch ohne Polizeischutz nicht lebensfähig. Und das wird auch bis auf weiteres so bleiben. Er hängt, wenn Sie so wollen, an der Herz-Lungen-Maschine des Polizeischutzes, die damit durchaus überfordert ist und die die Sauerstoffzufuhr, um im Bild zu bleiben, nicht immer optimal regelt. Diese Folgen hat dieser V-Mann nicht vorhergesehen. Er sagt heute: „Ich rate jedem davon ab, V-Mann zu werden.“ Das ist sicherlich etwas, was nicht im Interesse der Strafverfolgungsbehörden ist. Wäre dieser V-Mann nicht von sich aus an die Presse gegangen, wüssten wir heute nichts von diesem Skandal. Meine Rede ist von Murat Cem, der sogenannten „VP01“, die, wie Sie wissen, auch im Zusammenhang mit Anis Amri eingesetzt worden ist und erfolglos vor ihm gewarnt hat. Die Bewertung, gerade zu dieser V-Person und ihren Einsätzen, kann ich auch deshalb, recht belastbar, treffen und auch die Feststellung, dass hier sehr vieles falsch gelaufen ist, weil ich diesen „VP01“ als Zeugenbeistand in beiden Untersuchungsausschüssen, einen hier in diesem Hohen Haus, begleitet habe. Mein Wissen beruht also auf einer Vielzahl von Gesprächen mit ihm. Das, was ich hier sage und was ich geschrieben habe, das nur der guten Form halber, dort bin ich von meiner Schweigepflicht entbunden worden. Ich bin mir relativ sicher, dass es mit einer gesetzlichen Grundlage, etwa in der Form wie die FDP-Fraktion das in ihrem Antrag vorgeschlagen hat, in diesem Fall zu solchen Auswüchsen nicht gekommen wäre, weil vorher Schutzmechanismen gegriffen hätten. Dass eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren notwendig ist, ist in meinen Augen geradezu augenfällig. Der Einsatz von V-Personen zählt zu den eingriffsintensivsten Mitteln des Staates, das Bundesverfassungsgericht hat ihn als schwerwiegenden Grundrechtseingriff bezeichnet. Die Ermittlungsgeneralklausel in § 161 der Strafprozessordnung, die genügt dafür



nicht. Sie rechtfertigt nur niedrigschwellige Grundrechtseingriffe. Es bedarf einer bereichsspezifischen Regelung. Eine gesetzliche Regelung ist also bereits verfassungsrechtlich zwingend erforderlich. Diese Frage kann man, so meine ich, wenn man das BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts richtig bewertet, gar nicht anders lesen. Die gegenwärtige Rechtslage ist daher nicht nur unbefriedigend, sondern auch verfassungswidrig. Aber auch jenseits des Verfassungsrechtlichen: Es gibt in meinen Augen keinen zwingenden Grund, der irgendwo ersichtlich ist, warum eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen und das Verbot der Tatprovokation nicht geschaffen werden soll. Eine gesetzliche Grundlage würde zu größerer Rechtssicherheit führen. Sie würde, in meinen Augen, mit keinen Nachteilen einhergehen und letztlich dürfte sie auch die Akzeptanz für den Einsatz dieses, auch in der Öffentlichkeit nicht unumstrittenen Instruments erhöhen. Die Expertenkommission 2015, der Deutsche Richterbund in seinem großen Gutachten 2019 und auch der NSU-Untersuchungsausschuss haben anempfohlen, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Der Verfassungsschutz, übrigens selbst, hat eine geschaffen. Für die Strafverfolgungsbehörden gibt es eine solche bis jetzt noch nicht. Eine überzeugende Antwort darauf, warum das noch nicht geschehen ist, habe ich bislang noch nicht gehört und ich glaube auch zu wissen warum – weil es nämlich keine gibt. Erlauben Sie mir noch einen letzten Satz und dann komme ich zum Ende. Die Initiative, die hier ergriffen wurde, ist in meinen Augen nicht deshalb schlicht abzulehnen, weil sie von der Opposition kommt. Bei allen nachvollziehbaren parteipolitischen Partikularinteressen scheint mir die hier diskutierte Frage der Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen und des Verbots der Tatprovokation im Strafverfahren eine solche zu sein, in der ein Konsens möglich ist, ja bei jeder Abgeordneten und jedem Abgeordneten im Hinblick auf das gemeinsame Ziel den Rechtsstaat zu stärken, eigentlich keine andere Entscheidung sinnvoll sein sollte, als die, ein solches Gesetz zu schaffen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gazeas. Wir können gleich weitergehen zu

Herrn Gremmelmaier, der wiederum per Webex zugeschaltet ist.

SV Jürgen Gremmelmaier: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte zunächst zum Antrag der Fraktion DIE LINKE. Stellung nehmen. Seit dem Jahr 1998 findet in regelmäßigen Abständen ein Wechselspiel zwischen dem EGMR und den verschiedenen Senaten des BGH (Bundesgerichtshof) statt. Beide Gerichte beharren, wenn man einmal vom zweiten Senat des BGH absieht, auf ihren Standpunkten. Der EGMR nimmt bei der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation stets ein Beweisverwertungsverbot an, der BGH präferiert die Strafzumessungslösung und nimmt als Entschädigung im Sinne von Artikel 41 EMRK einen Strafmilderungsgrund an, der zu einem Strafabschlag führt. Die neuerliche Rechtsprechung des EGMR war jetzt der Anlass für den Fraktionsantrag, eine Umsetzung dieser Rechtsprechung in ein entsprechendes Gesetz zu fordern. Ob das möglich ist, das halte ich für zweifelhaft, denn die EMRK gilt im Range eines einfachen Bundesgesetzes und ist demnach unmittelbar anwendbares Recht. Es steht in der Normenhierarchie mit der StPO auf gleicher Ebene und nicht über ihr. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Urteil aus dem Oktober 2004 zur Frage Stellung genommen, wie Entscheidungen des EGMR von innerstaatlichen Organen und auch von den Gerichten berücksichtigt werden müssen. Hiernach gilt das Folgende: Die Auslegung des EGMR ist natürlich solange zu berücksichtigen, solange das im Rahmen geltender methodischer Standards möglich ist, solange eben Auslegungs- und Abwägungsspielräume gegeben sind. Ob dies bei der vorliegenden Rechtsmaterie der Fall ist, darf bezweifelt werden, denn das deutsche Strafprozessrecht kennt keinen Rechtsgrundsatz, das ein Beweisgewinnungsverbot auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. In der Strafprozessordnung ist ausschließlich ein Beweisverwertungsverbot normiert – in § 136a StPO. Ansonsten kennt die StPO das Beweisverwertungsverbot nicht. Eine konventionsgemäße Auslegung, die zu einem generellen Beweisverwertungsverbot führt, ist daher, aus meiner Sicht, nicht mit dem deutschen Strafrechtssystem in Einklang zu bringen und daher grundsätzlich



abzulehnen. Ausnahmen sind natürlich in Extremfällen möglich, wie es auch in der Rechtsprechung des ersten Strafsenats des BGH statuiert worden ist. Ich komme dann zum Antrag der FDP-Fraktion, die eine spezialgesetzliche Regelung für den Einsatz von V-Personen und Informanten in der Strafprozessordnung verankert sehen möchte. Auch da denke ich, dass eine gesetzliche Regelung nicht unbedingt erforderlich ist. Denn das Bundesverfassungsgericht und der BGH haben sich in vergangener Zeit wiederholt mit diesen Rechtsproblemen auseinandergesetzt. Die Ermittlungsgeneralklauseln §§ 161, 163 Strafprozessordnung wurden in diesen Fällen stets als ausreichende Rechtsgrundlage anerkannt. Die Generalklausel wird in der Anlage D zu den RiStBV sowie in den entsprechenden Verwaltungsvorschriften der Länder näher konkretisiert. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist daher eine spezialgesetzliche Regelung aus meiner Sicht nicht erforderlich. Dem Gesetzgeber ist es aber unbenommen, dennoch eine entsprechende Regelung zu schaffen, doch meine ich, dort, wo nicht zwingend rechtliche Regelungen notwendig sind, sollte der Gesetzgeber auch Zurückhaltung üben. Zu den aus meiner Sicht wichtigsten Einzelpunkten des Antrags der FDP-Fraktion möchte ich Stellung nehmen. Dass Minderjährige nicht als VP eingesetzt werden können, ist in der Anlage D zu den RiStBV geregelt. Auch bedarf es keiner Regelung, dass eine VP, wie auch ein VE, keine Straftaten begehen darf – auch das ist selbstverständlich. Interessant ist die Frage, ob es eine gesetzliche Grundlage für die VP braucht, wenn sie in eine Wohnung der Zielperson mit dessen Einverständnis eingeladen wird. Da muss man trennen zwischen strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Gründen. Strafprozessual lässt das Einverständnis des Hausrechtsinhabers, auch wenn es durch Täuschung erschlichen ist, bereits den Tatbestand des Hausfriedensbruchs entfallen. Auch verfassungsrechtlich bedarf es aus meiner Sicht keiner Regelung. Das OrgKG (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität) kennt zwar in § 110b Absatz 2 StPO für den Verdeckten Ermittler eine entsprechende Regelung. Hier hat aber auch der Gesetzgeber gesehen, dass Artikel 13 Grundgesetz (GG) nicht mitbetroffen ist, denn Artikel 13 wird

im OrgKG nicht als tangiertes Grundrecht aufgeführt, ist dort nicht entsprechend Artikel 19 GG zitiert. Artikel 13 GG schützt nicht irrtumsfreie Willensbildung. Lässt eine Zielperson offen oder verdeckt auftretende, dem Staat zuzurechnende Personen freiwillig in seine Wohnung, ist aus meiner Sicht der Schutzbereich von Artikel 13 GG nicht tangiert. Ein kleines Beispiel: Lässt ein Beschuldigter uniformierte Polizeibeamte freiwillig in seine Wohnung, dann bedarf es keines richterlichen Beschlusses, wenn er mit einer freiwilligen Wohnungsnachschau einverstanden ist. Entsprechendes müsste für das Agieren verdeckt vorgehender –

Der stellvertretende Vorsitzende: Herr Gremmelmaier, wenn ich kurz unterbrechen darf, wir sind schon ein bisschen über die Zeit, ein bisschen viel sogar.

SV Jürgen Gremmelmaier: Ein letzter Satz: Auch ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten, denn er bietet kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit, denn der ganze polizeiliche Einsatz steht unter der Rechtskontrolle der Staatsanwaltschaft, deshalb nicht notwendig. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Als Nächster Herr Heger.

SV Prof. Dr. Martin Heger: Vielen Dank. Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich darf Sie begrüßen, ganz kurz zusammenfassen, was ich schriftlich schon niedergelegt habe, und ich kann mich zum Teil natürlich anschließen an die Vorredner. In der Tat ist es aus meiner Sicht so, dass für die beiden beantragten Komplexe, die sich zum Teil überschneiden, natürlich eine Gesetzgebung möglich und vielleicht auch sinnvoll wäre. Ich bin aber nicht absolut überzeugt, dass es derzeit zwingend von Verfassungs wegen bereits geboten wäre, dass man sagen könnte, wenn der Gesetzgeber auch nur eine Sekunde zögert, handelt er verfassungswidrig. In einem der mir vorliegenden Papiere war die Rede von einem verfassungswidrigen Unterlassen – das würde ich im Moment deutlich zurückweisen wollen, das ist es nicht. Man muss sich klar vor Augen halten, als es Anfang 2000 zu ersten Diskussionen dazu kam, hat der Gesetzgeber mit den §§ 161, 163 StPO reagiert und es hat lange Zeit vom Verfassungsgericht dazu



nichts gegeben. Auch die letzten fünf Jahre seit dem BKA-Beschluss – würde mich wundern. Es wurde angesprochen, es gab V-Leute in dieser Zeit, aber nichts hat das Bundesverfassungsgericht zu deren Einsatz im Strafrecht gesagt. Also, lange Rede, kurzer Sinn: Ich denke, dass es mittelfristig sicherlich sinnvoll sein mag, im V-Mann-Einsatz das eine oder andere zu präzisieren und das am besten dann auch in gesetzlicher Form und nicht nur durch Richtlinien, die es schon gibt und die natürlich innerdienstlich auch eine bestimmte Wirkung bereits entfalten. Ähnlich ist die Situation im Bereich der Tatprovokation und zwar deshalb, weil, wie bereits gesagt wurde, die Urteile ja nun wirken. Das Bundesverfassungsgericht hat ja im „Görgülü-Urteil“ selbst gesagt: Natürlich müssen die deutschen Gerichte die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte beachten. Und „Akbay“ ist insoweit ein ein bisschen unglücklicher Fall, als der Fall und die Entscheidung durch die Instanzgerichte vor dem ersten Urteil, nämlich Furcht ./ Deutschland, gelegen hat. Jetzt mag man sagen, die Antworten des Bundesgerichtshofes sind uneinheitlich, Verfahrenshindernis, etwas anderes, wie auch immer. Ich halte es aber auch nicht für einfach zu sagen: Ja, es ist ein Verfahrenshindernis oder so etwas. Klar, eine reine Strafzumessungsregelung in diesem Bereich erscheint mir heute überholt, also dass man die Strafe nur etwas mildert. Aber der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ja selber mit dem Beweisverwertungsverbot neben dem Verfahrenshindernis gleich eine zweite Alternative aufgeworfen. Mir persönlich, ich habe das ja auch kurz dargelegt, gefällt eigentlich viel besser eine materiell-rechtliche Lösung, wie sie verschiedene Kolleginnen und Kollegen, sowohl aus der Anwaltschaft als auch aus der Wissenschaft, angebracht haben. Also, eine Strafzumessung sozusagen auf Null etc., das ließe sich natürlich nur durch eine gesetzliche Regelung machen. Aber wir sollten diese Diskussion nicht abschneiden, hier nicht und beim V-Mann-Einsatz nicht, durch die Grundsätze der Diskontinuität. Wir wissen alle, die Anträge kamen am Ende der Legislaturperiode zum neuen Jahr, kurz bevor der Bundestagswahlkampf losgeht. Mir scheint es kaum möglich, ohne konkrete Vorschläge jetzt schon hinreichend präzise zu diskutieren, was man eigentlich haben

will. Wie gesagt, allein die vier Optionen, die ich genannt habe, die auch anderswo natürlich genannt werden, zur Umsetzung der Tatprovokationsfrage sind so ein Thema. Deshalb sollte man das nicht vorschnell machen. Das Zweite, was mir ganz wichtig ist, ich habe das ausgeführt: Diese Legislaturperiode, die letzte war dadurch gezeichnet, dass man versucht hat, das organisierte Verbrechen, gerade auch Clankriminalität, Mafiakriminalität etc. in bestimmten, fast familiär geprägten Bereichen effektiver zu bekämpfen durch das materielle Strafrecht. Wenn wir das Prozessrecht ändern, müssen wir aufpassen, dass wir das materielle Strafrecht nicht entwerten und sozusagen denen Steine statt Brot geben, die das materielle Strafrecht jetzt effektiv durchsetzen. Deshalb war meine Idee, dass man hier in der nächsten Legislaturperiode neu beginnt und intensiv diskutiert und dann ein tatsächlich vernünftiges Modell findet. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Heger. Als Nächster, hier im Saal, Herr Holzwarth.

SV Peter Holzwarth: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, verehrte Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren, ich möchte mich zunächst bedanken, hier Gelegenheit zu haben, als Praktiker zu den Fragen Stellung nehmen zu dürfen. Ich befasse mich zuerst mit der Thematik Vertrauenspersonen. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft sind Informanten und Vertrauenspersonen wichtige, ja unverzichtbare Mittel zur Bekämpfung von Schwerekriminalität und Organisierter Kriminalität (OK). Ohne ihren Einsatz bestünde in vielen Fällen kaum die Chance, Erkenntnisse aus bestimmten kriminellen Milieus zu gewinnen. Daher werden Vertrauenspersonen nicht, wie es etwa in den Regensburger Thesen zum Strafprozess beim 43. Strafverteidigertag 2019 anklingt, eingesetzt, um sich seitens der Ermittlungsbehörden der Gesetzesbindung zu entledigen. Es geht vielmehr um die Suche nach den besten rechtmäßigen Möglichkeiten zur Aufklärung von Straftaten. Als rechtlicher Ausgangspunkt für die Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen wird das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016 angeführt. Ich möchte in diesem Urteil hinweisen auf die abweichende Meinung



des Richters Schluckebier, die es sich meines Erachtens anzuschauen lohnt. Er sah nämlich kaum Auswirkungen dieser Entscheidung auf das Strafprozessrecht, wo der Einsatz von Vertrauenspersonen nach seiner Ansicht der sog. Ermittlungsgeneralklausel zuzuordnen ist und im Übrigen lediglich in einer Verwaltungsvorschrift geregelt ist. Er sagt, die im BKA-Gesetz geregelten präventivpolizeilichen Maßnahmen der Straftatenverhütung im Vorfeld und der Gefahrenabwehr unterscheiden sich seines Erachtens von strafprozessrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen. Letztere erfolgen unter der Sachleitung der Staatsanwaltschaft, also eines Justizorgans. Sie bewegen sich im weiteren Verlauf in den schützenden Formen eines durch die StPO differenziert ausgestalteten Verfahrens und münden regelmäßig in eine richterliche Befassung. Das gilt auch dann, wenn das Verfahren nicht zur Anklage führt, aber andere richterliche Anordnungen im Zuge der Ermittlungen erforderlich werden oder die Maßnahmen nach Verfahrenseinstellung zu einem späteren Zeitpunkt offengelegt werden. Ich möchte nun noch meine eigenen Erfahrungen aus fast 25 Jahre dauernder Tätigkeit als OK-Staatsanwalt schildern, der ständig mit der Zusicherung von Vertraulichkeit und Geheimhaltung im repressiven Bereich befasst ist. Ich möchte diesen Erfahrungen die, meines Erachtens, vergleichsweise wenigen Fälle gegenüberstellen, in denen Deutschland in dieser Thematik vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verstößen gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verurteilt worden ist. Ich habe in dieser Zeit noch nie Schwierigkeiten beim Einsatz von Vertrauenspersonen wegen unzulässiger Tatprovokation oder eigener Straftaten erlebt. Es wurden stets klar beschränkte Aufträge erteilt und es war stets ein früher Übergang zu anderen oder weiteren parallel eingesetzten Ermittlungsmaßnahmen wie Tü (Telekommunikationsüberwachung), Observation oder Einsatz eines Verdeckten Ermittlers erfolgt. Das schon deswegen, um bei der Einführung von VP-Erkenntnissen in die Hauptverhandlung notwendigen vorsichtigen Beweiswürdigungen gerecht werden zu können. Stichwort: Kompensation der fehlenden Konfrontation. Es ist dargestellt worden, auch sei zu befürchten eine Doppelung des Beweismittels,

die VP sei zugleich Zeuge und das würde so nicht kenntlich. So etwas darf die Staatsanwaltschaft nicht dulden. Im Zweifel, wenn so eine Situation eintritt, müssen Zeugenschutzmaßnahmen eingreifen. Einsätze im Kernbereich privater Lebensgestaltung, wozu die Planung und Begehung von Straftaten im Übrigen von vornherein nicht gehören kann, erfolgen nicht. Ebenso wenig Einsätze im familiären Bereich des Beschuldigten, sondern nur unmittelbar ihm gegenüber. Einsätze in Wohnungen sind die Ausnahme. Für sie gilt, dass der Beschuldigte insoweit sein Einverständnis erteilt hat und er sich dabei im Klaren darüber ist, dass er eine Privatperson nicht in seine Wohnung lassen muss und er keine Garantie dafür hat, dass eine Privatperson strafrechtlich Relevantes für sich behält und nicht der Polizei offenbart. Wenn Probleme beim Einsatz von Vertrauenspersonen auftreten, dann wegen deren Unzuverlässigkeit oder im Nachgang der Ermittlungen. Ein kurzes letztes Wort zur Tatprovokation: Bei unzulässiger Beweisgewinnung ist meines Erachtens stets eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen zwischen der Schwere des Verfahrensverstößes und dem Erfordernis wirksamer Strafverfolgung. Und daran orientiert sollte auch eine stufenweise Reaktion im Urteil möglich sein: Strafzumessungslösung, Beweisverwertungsverbot oder Verfahrenshindernis. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Holzwarth. Als Nächster hat das Wort Herr Jahn, der uns zugeschaltet ist.

SV Prof. Dr. Matthias Jahn: Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren, die Sitzungen dieses Ausschusses werden seit Kurzem im Internet übertragen und ich musste bei den letzten drei Eingangsstatements gelegentlich daran denken, was wohl ein des Deutschen mächtiger Richter oder eine Richterin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg zu dem dort aufscheinenden Verständnis seiner Rechtsprechung sagen würde. Er würde es wohl als bemerkenswert minimalistisch charakterisieren, um es völkerrechtsfreundlich auszudrücken. Vielleicht ist ja auch die etwas selektive Wahrnehmung der Rechtssache „Akay“ nur darauf zurückzuführen, dass auch ein halbes Jahr nach dem Urteil vom 15. Oktober 2020 die Entscheidung noch immer nicht in deutscher



Übersetzung vorliegt. Auch das, beiläufig, ein permanenter Missstand im Umgang mit Straßburger Judikatur. In Textziffer 139 dieser Entscheidung heißt es indes in wünschenswerter Klarheit, dass das Bundesverfassungsgericht seinen, ich muss es so sagen, menschenrechtswidrigen Nicht-Annahme-Beschluss in der Sache „Akbat“ nach Veröffentlichung der ersten Verurteilung Deutschlands in der Sache „Furcht“ gefällt hat, aber mit seiner ständigen Rechtsprechung und dem Beharren auf die Strafzumessungslösung, die ja eben auch noch einmal anempfohlen worden ist, nicht die Anforderung aus Straßburg erfüllt. In der Entscheidung heißt es wörtlich, ich muss es auf Englisch zitieren: „As such, the domestic courts“ – the domestic courts, also inklusive des Bundesverfassungsgerichts – „did not draw the relevant inferences in accordance with Article 6 § 1 of the Convention.“ Diese Erkenntnis, meine sehr verehrten Damen und Herren, liebe Abgeordnete, hat die Bundesrepublik Deutschland 22.190 Euro gekostet. Deshalb ist der Völkerrechtsminimalismus in den Stellungnahmen der Kollegen aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, in meiner Wahrnehmung, aus der Zeit gefallen. Straßburg Locuta – Causa finita. Die gegenwärtige Praxis der Tatprovokation in deutschen Strafverfahren wird den Mindestanforderungen an die Regelung wesentlicher Grundrechtseingriffe nicht gerecht. Die Frage nach dem Ob einer parlamentsgesetzlichen Regelung wird durch die EGMR-Judikatur, in deren Lichte das geltende deutsche Recht auszulegen ist, also durch die Entscheidungen „Furcht“ und „Akbat“, eindeutig beantwortet – und zwar bejahend. Das ist also keine Frage freien gesetzgeberischen Ermessens mehr und es ist im Übrigen nur eine Frage der Zeit, bis sich auch Karlsruhe dieser Einsicht nicht mehr wird verschließen können. Deshalb glaube ich, dass Berlin vorangehen sollte. Der Gesetzgeber sollte also zu Beginn der 20. Legislaturperiode tätig werden. Er schuldet ein Gesetz zu den Voraussetzungen und zu den Rechtsfolgen der Tatprovokation. Inhaltlich empfiehlt sich, aus meiner Sicht, eine eng formulierte Bereichsausnahme, wie ich sie in der Formulierung mit einem § 110e StPO-E vorgeschlagen habe. Rechtsfolge muss sein: Regelmäßig Verfahrenseinstellung bei rechtsstaatswidriger Tatprovo-

kation, konventionskonform als zweitbeste Lösung mag man auch an ein regelmäßig eingreifendes Beweisverwertungsverbot denken. Sie haben es gemerkt, ich beschränke mich in meinem Eingangsstatement auf die Problematik der Tatprovokation und vielleicht wird später noch Gelegenheit sein, daraus entsprechende Konsequenzen für die VP-Einsätze zu ziehen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jahn, fast eine Punktlandung. Als Nächste und Letzte hat Frau Stockinger das Wort.

SVe **Barbara Stockinger**: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe, wie immer, das Problem: Als Letzte ist schon vieles gesagt, aber noch nicht von jedem. Ich habe damals an diesem Gutachten des Deutschen Richterbundes mitgearbeitet und es war damals eine sehr intensive Diskussion, gerade die Frage, ob eine gesetzliche Grundlage für erforderlich erachtet wird oder nicht. Wir haben es, noch vor den letzten EGMR-Entscheidungen, aus verfassungsrechtlichen Gründen damals nicht für erforderlich erachtet. Es war eine intensive Diskussion, auch aufgrund der verschiedenen Beteiligten. Wir waren Staatsanwälte in dieser Kommission, wir waren Amtsrichter, Landrichter die eine große Strafkammer hatten, aber auch Richter am Bundesgerichtshof. Letztendlich hat den Ausschlag gegeben, dass wir gesagt haben, es ist wichtig dieses Ermittlungsinstrumentarium beizubehalten und von allen Widrigkeiten, die ihm entgegen gehalten werden, vielleicht ein Stück weit zu befreien, indem eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird. Es ist schon erwähnt worden, dass Ermittlungen im Bereich von Clankriminalität, im Bereich von ethnischen geschlossenen Strukturen zunehmend schwieriger werden. Ermittlungen mit Telefonüberwachungen sind fast kaum mehr erfolgreich, sodass wir hier ein Ermittlungsinstrumentarium haben, das gerade im Bereich der Schwerekriminalität wichtig ist. Wir haben damals schon gemeint, dass der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Regelung ein Zeichen setzen kann und setzen muss, dass und unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren gebilligt wird, und er damit auch ein Stück weit für Eingriffe in Grundrechte Verantwortung



übernimmt. Gesetzliche Grundlagen würden natürlich auch Erleichterungen einer Überprüfung ermöglichen, ob die Voraussetzungen für den Einsatz einer Vertrauensperson im zu beurteilenden Einzelfall vorgelegen haben. Im Einzelfall haben wir ja auch zu den einzelnen aufgeworfenen Punkten und Fragen Stellung genommen. Insbesondere beim Richtervorbehalt waren, nachdem den Richtern dargestellt wurde, wie so eine Zusicherung, eine Vertraulichkeit läuft, auch diese davon überzeugt, dass es in dem Fall eines Richtervorbehalts eigentlich nicht bedarf. Der Unterschied, der angesprochen wurde, zum nachrichtlichen Dienst ist, dass durch die Kontrolle der Staatsanwaltschaft ja hier Volljuristen da sind, die Verantwortung übernehmen. Lassen Sie mich aus Sicht einer früheren Staatsanwältin, die auch zahlreiche solcher Zusicherungen erteilt hat, sagen: Einer Staatsanwältin, einem Staatsanwalt ist nichts unangenehmer und ärgerlicher als mit einer unzuverlässigen Vertrauensperson zusammenzuarbeiten und es sind nicht einfach Zusicherungen, die ein Staatsanwalt dem VP-Führer gibt, weil er den halt schon kennt. Sondern es waren immer intensive Gespräche, dass hinterfragt wird, was ist es für eine Vertrauensperson, die Unterscheidung Vertrauensperson aus dem Nahbereich, Vertrauensperson die operativ eingesetzt wird, und ich denke, dass wenn man das von den Staatsanwälten wegnehmen würde, würde viel verloren gehen. Denn ein Ermittlungsrichter ist überhaupt nicht so in dem Bereich drin wie der Staatsanwalt, der vom Behördenleiter extra dafür eingesetzt ist, diese Zusicherungen zu erteilen und ich denke, dass man es auf jeden Fall bei den Staatsanwälten belassen müsste.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Stockinger. Damit sind wir am Ende der Vorstellungsrunde, der Präsentation Ihrer Ausführungen. Wir kommen in die erste Fragerunde und da liegen mir schon einige Wortmeldungen vor. Wir können anfangen mit Herrn Maier.

Abg. **Jens Maier** (AfD): Dass ich der Erste bin, vielen Dank. Ich habe eine eigentlich einfache Frage, und zwar eine Frage an zwei Sachverständige. Einmal an den Herrn Conen und dann auch an den Herrn Holzwarth. Die gesetzliche

Lösung für den Einsatz von V-Leuten – davon verspricht man sich ja was und sie dürfte Auswirkungen auf die Position eines Angeklagten im Strafprozess haben. Welche? Und wird die Position des Angeklagten eher gestärkt werden oder verschlechtert sich die Situation? Das ist jetzt die Frage an die Herren Conen und Holzwarth. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Maier. Frau Bayram ist die Nächste.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei Fragen an Herrn Conen, und zwar: Können Sie vielleicht aus der Praxis nochmal darlegen, die Beispiele, in denen sich die von Ihnen angesprochenen Defizite nachvollziehbar gezeigt haben? Und können Sie zur Entlohnungspraxis für V-Leute ausführen, also wirkt sich eine Entlohnung auf die Verwertbarkeit der von den V-Leuten ermittelten Beweise aus?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Bayram. Herr Müller.

Abg. **Axel Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an zwei Sachverständige. Zum einen an den zugeschalteten Herrn Gremmelmaier und zum anderen an den anwesenden Herrn Holzwarth. Die Antragsteller verlangen ja mit ihrem Antrag letztendlich eine klarere Abgrenzung zwischen Verdecktem Ermittler und Vertrauensperson und ein bisschen kommt es mir vor, als ob die Unterschiede nicht immer ganz klar sind. Vielleicht könnten Sie nochmal schildern, aus Ihrer Sicht eines Praktikers, worin denn nun die Unterschiede zum einen begründet sind und schildern Sie dabei am besten wie Sie vorgehen, wenn Sie einen VE-Einsatz vornehmen wollen oder wenn Sie einen VP-Einsatz durchführen wollen und nennen dann auch die rechtlichen Grundlagen. Weil so ein bisschen kommt hier die Stimmung auf, das eine ist rechtlich klar geregelt und das andere, das schwebt da irgendwo im Orbit, und es wäre vielleicht ganz wichtig, das nochmal zu sehen und zu hören, was es da schon für rechtliche Grundlagen gibt. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Müller. Herr Movassat.



Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Danke an alle Sachverständigen für die Inputs. Ich habe zwei Fragen an Herrn Professor Jahn. Könnten Sie bitte nochmal darauf eingehen, warum eine gesetzliche Regelung der Tatprovokation verfassungsrechtlich zwingend erforderlich ist, und wer, vor allem auch mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie, hier handeln muss? Und die zweite Frage betrifft die Rechtsprechung des EGMR: Muss sie dahingehend verstanden werden, dass bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zwingend ein Verfahrenshindernis gegeben ist, und was heißt das für die bisherige Praxis, dass nur eine Strafmilderung angenommen wird? Wir haben ja hier von Herrn Gremmelmaier gehört, dass die Rechtsprechung des EGMR inkompatibel mit dem deutschen Strafrechtssystem sei. Was sagen Sie dazu?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Movassat. Herr Strasser.

Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei Fragen an Herrn Dr. Gazeas. In der ersten Frage geht es auch ein bisschen um die Sorge von Herrn Fiedler, die er eigentlich gar nicht haben muss. In unserem Antrag geht es gar nicht um das Ob der Einsätze – das haben wir ja im ersten Satz schon sehr deutlich geschrieben, dass wir das als notwendiges Mittel anerkennen –, sondern um das Wie. Es gibt ja nicht nur die „VP01“, es gibt auch andere Skandale, in Bayern, Bandidos, wo man sozusagen eine sehr ergiebige Quelle anders genutzt hat und richterlich festgestellt hat, dass man sich nicht an bestehende Richtlinien gehalten hat. Sie haben gesagt, Sie können jetzt auch über Ihren ehemaligen Mandanten sprechen. Können Sie mal bitte, angefangen von der förmlichen Verpflichtung von Murat Cem, über das Thema Straftatenbegehung als Konsequenz dann für weitere VP-Einsätze, die Bezahlung bis hin zur Zeit nach der Abschaltung darstellen, ganz praktisch an diesem Fall, ob sich die ermittelnden Behörden hier an geltendes Recht gehalten haben oder nicht? Und daraus resultierend die zweite Frage. Die Diskussion über ein Gesetz ist ja nicht neu. Es gibt verschiedene Stellungnahmen von der Richterschaft, von der Staatsanwaltschaft, es gab eine Expertenkommission im BMJV (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucher-

schutz) 2015, die explizit empfohlen hatten, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Da ist bis heute ja noch nichts da. Ich habe auch gelesen im „Spiegel“ zu dem Artikel von Murat Cem, dass selbst CDU-Innenminister Herbert Reul sagt, es gebe Optimierungsbedarf. Er könne sich vorstellen, über Verbesserungen nachzudenken. Sie haben jetzt gesagt, ein Gesetz ist zwingend erforderlich. Wenn Sie mal die andere Perspektive einnehmen: Wenn man es redlich mit Optimierungen meint, gibt es denn irgendwelche Möglichkeiten, ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage den Einsatz von Vertrauenspersonen besser, im Sinne eines Qualitätsmanagements, zu regeln oder nicht?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Strasser. Als Letzte Frau Rawert.

Abg. **Mechthild Rawert** (SPD): Ich stelle jeweils eine Frage an zwei verschiedene Sachverständige und zwar an Herrn Heger und an Herrn Fiedler. Fangen wir mit Herrn Heger an. Vor einigen Wochen hat die SPD-Fraktion mit ihrem Koalitionspartner den Ausbau der Geldwäsche-strafbarkeit durch Änderung von § 261 StGB (Strafgesetzbuch) beschlossen. Bei der öffentlichen Anhörung zum Gesetz wurden, wie auch hier im Fall der Vertrauenspersonen, wiederholt verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Jetzt hat das Bundesverfassungsgericht zur rückwirkenden Vermögensabschöpfung deutlich gemacht, dass die Bekämpfung des organisierten Verbrechens ein sehr wichtiges Anliegen ist, welches der Strafjustiz daher selbst massive Eingriffe, wie eine echte Rückwirkung, erlaubt. Die Frage: Können Sie sich vor diesem Hintergrund vorstellen, dass die Gerichte von der bisherigen Rechtsprechung abkehren und eine spezialgesetzliche Rechtsgrundlage fordern werden? Die zweite Frage an Herrn Fiedler lautet: Sie bringen langjährige Erfahrung in diese Anhörung und haben auch wichtige Einblicke in die Arbeit von Kriminalbeamten und -beamtinnen. Rechtsgrundlage heute ist die Generalklausel aus der Strafprozessordnung – ganz ohne Rechtsgrundlage arbeiten Ermittlungsbehörden ja nicht. Die Frage: Läuft der Einsatz von Vertrauenspersonen aus der Sicht des BDK (Bund Deutscher Kriminalbeamter e. V.) derzeit in irgendeiner Weise ungeregelt ab?



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Rawert. Damit sind wir am Ende der ersten Fragerunde und kommen jetzt zur Beantwortung der Fragen. Als Erster würde Herr Jahn zu antworten haben, der uns zugeschaltet ist, auf die Frage von Herrn Movassat.

SV Prof. Dr. Matthias Jahn: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, es sind ja insgesamt zwei Fragen von Herrn Movassat. Zunächst zur Ersten: Da ging es um die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aus verfassungsrechtlicher Sicht, insbesondere mit Blick auf die sogenannte Wesentlichkeitstheorie des Verfassungsgerichts. Da ich Hochschullehrer bin, ist die Versuchung groß, dass sehr theoretisch zu machen, ich mache es aber sehr praktisch. Wir haben drei Rechtsmaterien, wo als Ausdruck des Respekts vor der Wesentlichkeitstheorie bereits entsprechende Regelungen in das Gesetz eingeflossen sind. Alle drei betreffen den sogenannten präventivpolizeilichen Bereich. Das sind das Bundesverfassungsschutzgesetz, das Bundespolizeigesetz und das BKA-Gesetz (Bundeskriminalamtgesetz). Insbesondere beim Letzteren kann man sehr gut sehen, wie der verfassungsrechtliche Ableitungszusammenhang läuft und das gibt mir Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme hier auch nochmal Position zu beziehen, die das aus meiner Sicht unzutreffend darstellt. In der Stellungnahme meines lieben Kollegen Martin Heger heißt es auf Seite drei oben, im sogenannten BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts finde sich, so jedenfalls meine Lesart dieser Stelle, keine Aussage zu Vertrauenspersonen. Das trifft nicht zu. Im 141. Band sagt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich, dass es sich beim Einsatz von Vertrauenspersonen um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt. Das kann man auf Seite 290 im 141. Bande nachlesen: „sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe“ heißt es dort. Und wir wissen, dass die Wesentlichkeit, nach der sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung beantwortet, insbesondere gesteuert wird durch die Intensität des Grundrechtseingriffs. Je wesentlicher also der Grundrechtseingriff, umso eher brauchen wir den Parlamentsvorbehalt als Ausdruck des Respekts vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Und deshalb hat, in Reaktion auf das Verfassungsurteil des Jahres 2016, der Gesetzgeber

eine entsprechende spezialgesetzliche Grundlage im BKA-Gesetz für den VP-Einsatz geschaffen. Und deshalb kann es mir nicht einleuchten, dass wir im repressivpolizeilichen Bereich nun noch behaupten könnten, hier gehe es nicht um wesentliche Grundrechtseingriffe, die ein solches Tätigwerden des Gesetzgebers nicht verlangen würden. Zumal, und das ist jetzt das Neue, was Straßburg in die Problematik reinbringt, sich eben die Straßburger Rechtsprechung nicht nur an die deutschen Fachgerichte und das Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Mehrebenensystem“ adressiert, sondern selbstverständlich die Verpflichtung aus den Straßburger Entscheidungen auch den Gesetzgeber betrifft. Denn wir haben uns ja völkerrechtlich verpflichtet, kann man in Artikel 1 Absatz 2 und Artikel 59 Absatz 2 des Grundgesetzes nachlesen, unsere Rechtsordnung so aufzustellen, dass wir jederzeit in der Lage sind, den Anforderungen des Artikel 6 EMRK, also den Anforderungen an das faire Verfahren, zu genügen. Und das ist, mittlerweile in „Akbay“ zum zweiten Mal, nach „Furcht“ ausgesprochen, derzeit nicht der Fall. Das führt mich zur Beantwortung der Frage zwei von Herrn Movassat: Wie verhält sich das denn mit der Rechtsprechung des EGMR, sprich was sind die denkbaren Antworten der deutschen Rechtsordnung auf die Straßburger Anforderungen? Das sind drei Möglichkeiten, wie man antworten kann. Erste Möglichkeit: Strafzumessungslösung. Da sagt Straßburg: Geht nicht mehr, ist spätestens seit „Furcht – für die, die sich vorher mit der Rechtsprechung beschäftigt haben, letztlich schon seit „Teixeira de Castro“, das ist über zwanzig Jahre her – kein gangbarer Weg, um den Mindestanforderungen der Konvention zu genügen. Zweite Möglichkeit: Beweisverwertungsverbot. Dann wahrscheinlich eines mit Fernwirkung, also eines, das auch die weiteren darauf beruhenden erhobenen Beweise affiziert. Das kann man machen aus Straßburger Sicht. Es gibt einige, die das „Akbay“-Urteil auch so verstehen, dass Straßburg hier nur ein Verwertungsverbot verlangt habe, dann wohl aber auch eins mit Fernwirkung. Ist eine denkbare Lösung aus völkerrechtlicher Sicht, weil Sie wissen, der EGMR sagt eben nicht jedem der Konventionsstaaten, was er zu tun und zu lassen hat, sondern er sagt nur, was zu unterlassen ist, um menschenrechtswidrige Zustände nicht eintreten



zu lassen. Die dritte Möglichkeit, das ist die Option, die ich für sinnvoll halte: ein regelmäßig anzunehmendes Verfahrenshindernis. Das ist jetzt auch keine „rocket science“, die wir hier aus Sicht der Wissenschaft verlangen, sondern die Praktiker haben es ja vorgemacht. Der BGH, 2. Strafsenat, sagt ja gerade in dem im 60. Bande entschiedenen „Bonner Fall“: Verfahrenshindernis ist die regelmäßige Verpflichtung der deutschen Rechtsprechung, um auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu reagieren. Das Beharrungsvermögen, das daraufhin der 1. Strafsenat und eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts, allerdings 2015 noch mit alter Zusammensetzung der entscheidenden Kammer, gezeigt haben, hat sich mir nicht erschlossen, und das hat eben Straßburg, wie ich finde ganz zu Recht, aufgebracht. Also in einem Wort: Es besteht eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, im Lichte menschenrechtlicher, völkerrechtlicher Obligation, die Deutschland eingegangen ist, eine solche gesetzliche Regelung zu schaffen. Ob das dann eine Regelung ist, die tatsächlich einen Fortschritt für die Praxis darstellt – ich war selbst, wie einige der hier anwesenden Kollegen, in Frankfurt Ermittler in OK-Sachen in meiner Staatsanwaltschaftszeit, ich weiß also ungefähr wovon ich rede, wenn das auch schon ein bisschen länger her ist –, das hängt natürlich davon ab, welche Regelung dann ergriffen wird. Dafür liegen Vorschläge auf dem Tisch, das muss man sich zu Beginn der nächsten Legislaturperiode genauer ansehen. Aber man kann die Augen nicht von der Straßburger Rechtsprechung verschließen, das wäre rechtsblind. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jahn. Als Nächster Herr Holzwarth mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Maier und Herrn Müller.

SV **Peter Holzwarth**: Zunächst zu der Frage von Herrn Maier: Änderung der Position des Angeklagten. Nun ja, wenn man die vergleicht mit einer gesetzlichen Regelung und mit dem jetzigen Zustand käme es natürlich darauf an, wie diese Regelung denn nun aussähe, an deren Anfang wir ja gerade allenfalls erst stehen. Darunter leidet es, jetzt eine gute Antwort gleich hier zu geben. Aber mal unterstellt, man würde eine gesetzliche Regelung orientieren an der augenblicklichen Praxis, an den Richtlinien für

das Straf- und Bußgeldverfahren Anlage D und an der Übung, wie sie bisher stattfindet. Da würde ich sagen, es wird keine wesentliche Änderung der Position des Angeklagten in der Hauptverhandlung oder des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren geben, denn stets wäre erforderlich, auch wenn der Eingriff geregelt sein sollte, die nicht mögliche Konfrontation des Angeklagten mit dem Belastungszeugen VP durch eine vorsichtige Beweiswürdigung auszugleichen. Sei es, dass der VP-Einsatz auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, sei es, dass er auf der Allgemeinklausel, wie wir es bisher noch haben, beruht. Das Gericht und auch die Staatsanwaltschaft sind immer der materiellen Wahrheit verpflichtet. Einzig möglicher Unterschied könnte sein: Einen richterlichen Beschluss könnte man, müsste man in der Hauptverhandlung schon prüfen, ein solcher ist aber nur erforderlich, wenn das Grundgesetz den Richtervorbehalt ausdrücklich vorgesehen hat. Das sehe ich, basierend auf meinen vorherigen Ausführungen, für den VP-Einsatz nicht, sodass also eine solche Möglichkeit des Angeklagten auch im Rahmen der Hauptverhandlung nicht bestehen würde. Zu der zweiten Frage von Herrn Müller: der Unterschied zwischen VE und VP im Ermittlungsverfahren oder auch in der Hauptverhandlung. Der Staatsanwaltschaft, wahrscheinlich auch den Gerichten, ist natürlich der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers, eines Polizeibeamten, immer lieber. Und auch die Staatsanwaltschaft arbeitet lieber mit einem Verdeckten Ermittler zusammen, weil durch ihn per audiovisuell abgetarnter Vernehmung in der Hauptverhandlung ein voller Beweis erbracht werden kann. Er hat natürlich auch einen anderen Hintergrund als eine Vertrauensperson. Er ist speziell für diese Tätigkeit ausgebildet, er kann auf eine Legende zurückgreifen, also eine komplette zweite Personalie, was alles der Vertrauensperson so nicht möglich ist. Eine Vertrauensperson wird daher immer nur taktisch am Anfang und nur ganz begleitend eingesetzt werden. Es sind mir aus meiner OK-Tätigkeit in Baden-Württemberg keine Fälle bekannt und man muss es unter allen Umständen zu vermeiden versuchen, dass man sozusagen das Verfahren der Vertrauensperson überlässt. Das ist ganz klar, das darf nicht sein. Das kann man bei einem Verdeckten Ermittler machen, das ist ein Polizeibeamter, der in der Tat



einen Vorschuss an Vertrauen und rechtmäßigem Handeln für sich in Anspruch nehmen kann. Das kann eine Vertrauensperson nicht unbedingt. Sie muss deswegen immer begleitet werden, man muss deswegen immer versuchen, andere technische Überwachungsmöglichkeiten einzubauen, um den Sachverhalt aufzuklären, aber auch um die VP zu kontrollieren. Das ist ja noch ein zweiter Zweck, dem man durchaus kritisch gegenüber stehen muss. Ein Letztes will ich noch sagen: Der Verdeckte Ermittler, dessen Vernehmung, dessen Angaben darf man, es sei denn es stehen andere Ermittlungsergebnisse gravierend dagegen, zunächst einmal so für sich stehen lassen. Bei der VP wird immer ein kritischer Abgleich vorgenommen, man muss es immer auch als Staatsanwalt sehen. Zur Person der VP, die einem bekannt ist, deren Umstände einem bekannt sind, und man muss es immer abgleichen, was ist denn dem Polizeibeamten vorgelegt worden und was wird, vollständig wahrheitsgemäß, aber aus Gründen keine Rückschlüsse zu erlauben, etwas abgekürzt, was wird vorgelegt? Aber man ist immer bestrebt und es kann nicht anders gehen, als dass dieser Vermerk, der dann dem Gericht vorgelegt wird, dass der vollständig der Wahrheit entspricht und lediglich die Dinge vielleicht außen vor bleiben, die Rückschlüsse auf die Identität der VP zulassen würden. Soviel vielleicht in aller Kürze zu dem unterschiedlichen Einsatz zwischen Verdeckter Ermittler, Polizeibeamter und Vertrauensperson. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Holzwarth. Als Nächster Herr Heger mit der Antwort auf die Frage von Frau Rawert.

SV **Prof. Dr. Martin Heger**: Vielen Dank. Ich möchte aus Anlass der Wortmeldung von Herrn Jahn ganz kurz richtig stellen: In der Tat ist dieser erste Absatz, der ja im Nirvana endet, meinen Korrekturen am Wochenende geschuldet. Ich habe ja, glaube ich, als Erster ein davor noch nicht verfasstes Statement abgegeben, trotz Ladung erst am Freitag. Das war relativ zügig und das möchte ich entschuldigen. Eigentlich wollte ich eher sagen, das möchte ich hier klarstellen, dass es mich wundert, wenn es so viele V-Mann-Einsätze gibt und das BKA-Urteil so eindeutig sein soll, dass seither nichts aus Karlsruhe dazu gekommen ist. Denn eigentlich hat ja Karlsruhe,

wenn man so will, seine Meinung vielleicht geändert. Deshalb bin ich eben nicht so sicher, wie eindeutig dieses Statement im BKA-Urteil ist. Aber das tut mir leid, vielleicht habe ich es auch vorzeitig als PDF abgespeichert, das kann sein, und abgeschickt, tut mir Leid. Zu Frau Rawert: In der Tat ist das meine Hauptbefürchtung, dass die Mittel, die wir jetzt haben, wie zum Beispiel die Vermögensabschöpfung, die Geldwäsche und so weiter, die sich als effektiv erweist; bei der Geldwäsche kann ich es im Ergebnis noch nicht sagen, aber die bisherige Norm hat sich nicht als so super effektiv erwiesen, es besteht hier Hoffnung. Bei der Vermögensabschöpfung würde ich sagen: Ja, es ist besser geworden, seit sie sich verändert hat. Und ich hoffe auch sehr, dass der § 129 StGB in seiner neuen Fassung effektiver ist als bislang, vor allem im Bereich mafiöser Kriminalität. Da waren wir einfach 30 Jahre hinterher, muss man ganz ehrlich sagen, und blind gegenüber den europäischen Entwicklungen, die ja nicht nur in Straßburg gemacht werden, sondern auch durch grenzüberschreitende organisierte Kriminalität – muss man ganz klar sagen. Und deshalb war ich selber, muss ich sagen, positiv überrascht über das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu §§ 73 ff. StGB und der rückwirkenden Möglichkeit, was ich auch zitiert habe, was aber natürlich die Antragsteller nicht kennen konnten, weil das Verfahren zu dem Zeitpunkt lief. Das Bundesverfassungsgericht hat das, glaube ich, sehr klar eingeschätzt und gesagt, es gibt hier gute zwingende Gründe, auch zu diesem massiven Instrument echter Rückwirkung zu greifen, und zwar sehr lange, muss man sagen, es geht ja um 30 Jahre, es geht nicht nur um Peanuts der Rückwirkung, die hier in der Vermögensabschöpfung in Rede stehen, und hat auch sonst sehr deutliche Worte zu diesem Institut gesagt, so dass alle, die das wollen, dass dies Instrument effektiv durchgesetzt wird, sich meines Erachtens bestätigt fühlen. Meine Befürchtung ist, wenn wir jetzt hier sagen, und darum geht es ja, dass jetzt der Gesetzgeber tätig werden muss, dass wir dann vielleicht Stückwerk hinkriegen und damit den Ermittlern Steine statt Brot geben und davon erstmal nicht loskommen, wir also sozusagen zwischendurch eine unglückliche Situation schaffen. Und deshalb und vor dem Hintergrund dieses neuen Urteils des Bundesverfassungsgerichts habe ich auch



durchaus Zweifel, dass die Rechtsprechung tatsächlich sagen wird, wir müssen jetzt unbedingt sofort eine Grundlage schaffen, also eine Ermächtigungsgrundlage, und es wäre verfassungswidrig, das nicht zu tun. Das ist ja die Behauptung. Das heißt natürlich nicht, dass man nicht in der Tat in Fällen echter rechtsstaatswidriger Tatprovokation – was die Voraussetzungen sind, darum muss man streiten, das sagen ja auch etwa mir bekannte bisherige Veröffentlichungen dazu, die noch nicht gedruckt worden sind, zu dem Urteil „Akbat“, dass der Weg dahingehend wäre, festzustellen, wann eine rechtsstaatswidrige Provokation gegeben ist. Das alles muss feinziseliert werden. Nicht, dass man am Ende das Kinde mit dem Bad ausschüttet und dann das Ergebnis hat, dass die eigentlich gut gemeinten und gut gemachten materiell strafrechtlichen Regelungen in die Leere gehen, weil man sie einfach kurzfristig unterbrochen hat mit einer unglücklichen, vielleicht gar nicht bedachten Gesetzgebung. Deswegen sage ich ja, wir müssen auch vor dem Hintergrund dieser neuen Maßnahmen, die, glaube ich, erfolgreich sind, überlegen, wie man, wenn man was regelt, das sinnvoll macht. Und dafür braucht es einfach einen zureichenden Vorlauf, der in dieser Legislaturperiode, muss ich leider zu den Antragstellern sagen, auf ihre Anträge nicht mehr gegeben werden kann. Sie sind natürlich unbenommen, neue Anträge in der nächsten Legislaturperiode zu stellen, gleichlautende vielleicht, dann könnte man das tatsächlich nochmals auch vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzgebung zum Beispiel zur Geldwäsche überprüfen und dann im Laufe der nächsten Legislaturperiode mit Vorlauf eine tatsächlich gute Lösung finden. Dann sollte man eben auch diskutieren, wie man manche Dinge macht. Und ich möchte noch eines sagen: Wir müssen nicht wortwörtlich das machen, was der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sagt. Wir müssen nur seinem Ergebnis entsprechen. Und wenn wir zum Beispiel eine andere Lösung haben, ich habe gesagt, ein Strafabschensgrund, der dem deutschen Recht so ja nun an anderen Orten auch bekannt ist, kommt zum gleichen Ergebnis. Warum nicht? Das sollte offen diskutiert werden und dann sollte es eine Lösung sein, mit der wir danach auch dauerhaft leben können. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Heger. Sie können Ihre Stellungnahme natürlich nochmal aktualisiert einreichen. Ich sage dann gleich fürs Protokoll, wir lassen die alte Stellungnahme online stehen, denn sonst kann man die Mitschrift und den Dialog, den wir hier geführt haben, nachher nicht nachvollziehen. Aber die neue können wir dann auch online stellen. Als Nächster hat das Wort Herr Gremmelmaier mit der Antwort auf die Frage von Herrn Müller.

SV **Jürgen Gremmelmaier**: Nach den rechtlichen Grundlagen zum VE und zur VP war gefragt worden. Der Verdeckte Ermittler ist in der Strafprozessordnung im Zusammenhang mit dem Gesetz gegen die Bekämpfung der organisierten Kriminalität geregelt worden. Da hat man in den §§ 110a ff. StPO eine Rechtsgrundlage geschaffen, um dieses Instrument zu regeln. Der VE ist ein Polizeibeamter, der mit einer Legende auftritt. Das heißt, er kann mit seiner Scheinidentität am Rechtsverkehr teilnehmen. Die VP ist kein Polizeibeamter. Die VP ist in der Regel eine Person, die aus dem kriminellen Milieu kommt. Sie wird – auch ich war lange OK-Staatsanwalt – in der Regel eingesetzt, um als Türöffner für einen Verdeckten Ermittler zum Beispiel zu fungieren. Wir haben es mit abgeschlossenen Tätergruppierungen, seien es Ethnien, seien es Rocker, seien es Rechts- oder Linksextremisten, zu tun. Und da ist es für einen Polizeibeamten natürlich sehr schwer, Zugang zu finden. Deshalb wird eine VP als Türöffner eingesetzt, um hier die Möglichkeit zu bekommen, diesen in diese Kreise einzuführen. Eine VP sollte immer, und das war auch immer mein Credo, begleitet sein mit anderen objektiven Beweismitteln, sei es TKÜ (Telekommunikationsüberwachung), sei es Überwachung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes, wenn man sich irgendwo in Kneipen oder in Fahrzeugen trifft, um da eben Zugriff zu bekommen. In diesem Bereich ist dann noch der nicht offen ermittelnde Beamte einzuführen, das ist ein Polizeibeamter, der sich vom Verdeckten Ermittler dadurch unterscheidet, dass er nicht über eine Legende verfügt. Der nicht offen ermittelnde Beamte wird eingeführt, wenn nur ganz wenige, wenig intensive Kontakte zur Zielperson entstehen, zum Beispiel bei einer Abwicklung eines Scheinkaufs mit Rauschgift. Soweit angesprochen worden ist, dass im



präventiven Bereich –Polizeigesetze, Verfassungsschutz – eine gesetzliche Regelung existiert, nicht aber im repressiven Bereich, so möchte ich da anführen, dass im präventiven Bereich eine Kontrolle der Polizei oder des Verfassungsschutzes durch einen unabhängigen Volljuristen nicht stattfindet. Als Staatsanwalt, der dann auch in der Hauptverhandlung für das Verfahren gerade stehen muss, habe ich natürlich ein enormes Interesse daran, dass ich hier mit einer zuverlässigen VP arbeite und keinen Schiffbruch erleide. Deshalb ist für mich, wenn ich die Vertraulichkeitszusagen erteilt habe und gelegentlich noch heute erteile, immer die Frage wichtig, haben wir mit dieser VP schon zusammengearbeitet und wie waren die Erfahrungen mit dem Einsatz dieser VP. Auf eine unzuverlässige VP möchte ich mich als Staatsanwalt nicht einlassen, da muss die Zusammenarbeit sofort beendet werden. Ein Punkt noch am Rande: Es gelingt gelegentlich auch in diese Ethnien oder in diese abgeschlossenen Kreise einzudringen, indem man einen ausländischen Verdeckten Ermittler einsetzt. Auch das ist in Einzelfällen möglich, da helfen sich die einzelnen Länder untereinander. Ermittlungsmäßig muss dieser ausländische VE allerdings als Vertrauensperson geführt werden, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die beamtenrechtliche Einbindung dieses ausländischen Beamten fehlt und deshalb ein ausländischer VE als VP eingesetzt werden muss. So viel zu den Grundlagen. Ich hoffe, ich habe Ihre Frage damit beantwortet.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Gremmelmaier. Als Nächster Herr Gazeas mit der Antwort auf die Frage von Herrn Strasser.

SV Dr. Nikolaos Gazeas: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Zunächst zu der ersten Frage von Ihnen, Herr Strasser, zu der „VP01“ und der Frage, wogegen dort verstoßen wurde. Vielleicht ein Hinweis vorweg: Ich habe eben zwar gesagt, dass ich von meiner anwaltlichen Schweigepflicht insoweit entbunden wurde, als ich die Aussagen eben getätigt habe und auch die in der schriftlichen Stellungnahme. Ich habe mir bewusst natürlich keinen vollständigen Persilschein geholt von meinem Mandanten. Das würde der Sache auch nicht gut tun. Es gibt hier

einerseits Gefährdungsaspekte bei meinem Mandanten, die es gebieten, weiter Dinge nicht in der Öffentlichkeit vorzutragen und auf der anderen Seite auch Staatswohlintereessen, was die originäre VP-Tätigkeit anbelangt. Einige Dinge aber dazu, um Sie nicht ganz zu enttäuschen bei dem Punkt, kann ich, glaube ich, aufgreifen, weil sie auch öffentlich bekannt sind, jedenfalls durch die Buchveröffentlichung. Die „VP01“ war faktisch, wenn man so will, nicht als VP, sondern als VE tätig. Wenn man das einmal betrachtet, was die „VP01“ gemacht hat, wie sie eingesetzt wurde, wie sie auch im Innenverhältnis mit der Polizei agiert hat, dann war sie einer, das sagt sie auch selbst: „Ich war einer von denen.“ Das ist, möglicherweise könnte man ja sagen, dann entsprechend dem Naturell der VP geschuldet, aber man hat das zugelassen und man hat das nicht nur zugelassen, sondern man hat das eben auch gefördert, einschließlich Dingen wie etwa Tatprovokationen. Auch da, das ist bekannt, hat die „VP01“ etwa Kokain gekauft, um sich die Gunst eines Zuhälters zu erwerben. Das ist eine klare Straftat, die ist unzulässig – wenn wir in die Richtlinien reinschauen, ist es verboten. In ein Gesetz, glaube ich, würden wir sowas auch reinschreiben. Der BGH hat zuletzt in einer Entscheidung vom, ich glaube der 22. Dezember war es, der 1. Strafsenat, nochmal ganz klar festgehalten in einem Urteil, dass die Begehung eigener Straftaten durch eine Vertrauensperson absolut unzulässig ist, Randziffer 24, wenn ich mich nicht irre. Bei der „VP01“ war es so, die ist zu Beginn ihrer Tätigkeit überhaupt nicht verpflichtet worden nach dem Verpflichtungsgesetz. Meines Wissens war in der entsprechenden Dienstvorschrift des Landes Nordrhein-Westfalen dort beim Innenministerium eine entsprechende Vorgabe gar nicht enthalten. Das macht zum Schutz der Staatsschutzinteressen natürlich Sinn, dass sowas geregelt ist. Entlohnung ist ein weiterer ganz, ganz wichtiger Punkt. Die „VP01“ hat letztlich, ich habe es eben ja gesagt, wie eine VE gearbeitet, allerdings ohne die Vorzüge des Berufsbeamtentums wohl-gemerkt, aber sie hat von dem, was sie dort bekommen hat, gelebt und sie hat gut gelebt und sie konnte eine Familie davon ernähren. Das ist etwas, ich glaube da besteht auch Konsens drin, das findet sich auch in der entsprechenden Regelung in Nachrichtendienstgesetzen,



§ 9a Bundesverfassungsschutzgesetz, dass natürlich nicht die alleinige Lebensgrundlage einer V-Person von dieser Entlohnung abhängig ist. Ich glaube, da besteht auch Einvernehmen mit den staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Vertreterinnen und Vertretern, denn natürlich wirkt sich das auf die Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit aus. Es gibt sogar Situationen, der Sachverständigenkollege Conen hat das in seiner Stellungnahme ganz wunderbar aufgeführt, wo erfolgsabhängig die Honorierung der Vertrauensperson erfolgt. Das ist natürlich katastrophal, das ist ja kein Verkäufer, dem ich eine Provision zahle, je nachdem wie viele Kilogramm Koks er mir jetzt auf den Tisch bringt oder überführt. So etwas darf es natürlich nicht geben. Das waren Dinge, die Begehung eigener Straftaten ist ein ganz großes Thema gewesen bei der „VP01“. Dort, das hat sie selbst ja kundgetan und berichtet, wenn es da eigene Straftaten gab, haben sich die VP-Führer darum gekümmert und dann hat er nichts mehr davon gehört. Die Dauer von 20 Jahren, wenn man sich das einmal anschaut, ich glaube, wenn wir einen Schutzmechanismus hätten, nehmen wir mal den Richtervorbehalt und nehmen wir mal sechs Monate als Frist, wäre alle sechs Monate ein neuer Antrag über den Tisch eines Ermittlungsrichters gelaufen, dann, glaube ich, wäre es schon irgendwann aufgefallen, vorher auch bei der Staatsanwaltschaft, die dann den entsprechenden Antrag stellen würde, dass ich ein und dieselbe Person einsetze zum einen für BTM (Betäubungsmittel), dann setze ich sie ein auf ein Kapitaldelikt, dann setze ich sie im islamistischen Terrorismus ein, ich glaube spätestens da würde jemand stutzen und würde sagen: „Moment, geht das überhaupt?“ und würde dort einmal nachhören. All das ist nicht geschehen. So viel, sicherlich nicht ganz befriedigend in Ihrem Sinne, aber so viel konnte ich zumindest dazu sagen. Zu Ihrer zweiten Frage, ob die Materie ohne ein Gesetz besser geregelt werden kann. Ich glaube, die Frage kann ich ganz klar und eindeutig mit einem „Nein“ beantworten, und zwar auch unabhängig von der Frage – der Sachverständigenkollege Professor Heger und ich sind ja unterschiedlicher Ansicht bei der Frage der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit. Aber selbst, wenn wir diese Frage einmal ausklammern, haben wir ja

Regelungsmaterien wie etwa die der Tatprovokation und der Rechtsfolgen einer Tatprovokation. Das sind Dinge, die sollten zwingend ins Gesetz kommen. Wir haben es insgesamt mit Grundrechtseingriffen zu tun, die eben in ein Gesetz geschrieben werden sollten. Entlohnung hatte ich eben als Beispiel, dass man da eine klare Regelung schafft und sagt, dass eben nicht die Lebensgrundlage davon bestritten werden darf. Und vielleicht auch tatsächlich Ausführungen zur Frage der Höchstdauer, wie lange eine V-Person eingesetzt werden darf. Eine letzte Anmerkung in dem Kontext noch, auch zu dieser Frage, ob man das in einem Gesetz besser regeln kann: Die Richtlinien, die es da gibt, die auch sehr detaillierte Regelungen enthalten, die Anlage zu den RiStBV, die ist ja von dem Bund niemals in Kraft gesetzt worden. Es gibt verschiedene Länder, die haben alle ihre eigenen Regelungen. Ich habe mir jetzt nicht die Arbeit gemacht, alle mal nebeneinander zu legen und mal zu prüfen, ob wirklich identische Regelungen in allen Ländern herrschen. Das wäre aber in meinen Augen absolut zwingend, denn wir reden ja über ein und dieselbe Strafprozessordnung, die dort angewandt werden soll. Da würden unterschiedliche Regelungen in unterschiedlichen Ländern ohnehin keinen Sinn machen. Und in der Praxis müssen Sie auch eins bedenken: Wir, die professionellen Verfahrensbeteiligten – Richter, auch ein Staatsanwalt formal im Gerichtsverfahren und die Verteidiger – sehen die VP ja nicht und wir sind darauf angewiesen, uns auf das zu verlassen, was eine VP-Führung einem sagt. Das ist eine Situation, ich glaube, Frau Stockinger, Sie hatten es auch in Ihren Stellungnahmen und auch im Gutachten ganz deutlich gemacht, die macht auch einen Richter und eine Richterin nicht glücklich, zu Recht, damit arbeiten zu müssen. Und wenn wir auf der anderen Seite, wenn Sie so wollen, den Rechtsrahmen nicht gesetzlich geregelt haben, ist man noch mehr im Nebulösen. Ich glaube, dass eine gesetzliche Regelung, die, wenn Sie so wollen, die Rahmenbedingungen des Einsatzes von V-Personen regeln würde, im Umkehrschluss ja auch bedeuten würde, dass man sich, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, ja zunächst einmal darauf verlassen darf, dass diese Regeln auch eingehalten wurden. Also es schadet nicht



nur der Strafverfolgung. So viel vielleicht für den Moment. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gazeas. Als Nächster Herr Fiedler mit der Antwort auf die zweite Frage von Frau Rawert.

SV Sebastian Fiedler: Vielen herzlichen Dank. Frau Rawert hatte gefragt, ob wir jetzt, vereinfacht gesprochen, derzeit ungeregelt unterwegs sind. Die Frage ist, glaube ich, schon durch den bisherigen Verlauf der Anhörung beantwortet: Das ist natürlich nicht der Fall. Es ist ja vielfach schon darauf hingewiesen worden, dass wir im Wesentlichen, von der Generalklausel abgesehen, untergesetzlich bisher geregelt sind. Und eben auch da hatte Herr Gazeas gerade Bezug drauf genommen. Vieles davon auf Landesebene. Insoweit erlauben Sie mir, dass ich sozusagen einen Bezug zu einer Bemerkung des Abg. Strasser an der Stelle mache, der vorhin auf meine Eingangsbemerkung rekurrierte, als ich sagte, es ginge ja heute vorwiegend um das Ob und nicht um das Wie. Ich wollte diesbezüglich nicht den Spiegelstrich-Antrag der FDP in Abrede stellen, wollte nur deutlich machen, dass sie ja erhebliche Fragen aufwerfen. Wir diskutieren ja nicht einen Gesetzentwurf, das war meine Bemerkung, über die ich sprach, sondern im Prinzip. Der Antrag wirft ja viele Detailfragen auf und ich greife die dominanteste, die heute noch nicht zur Sprache gekommen ist, einmal heraus. Die FDP fordert die Bundesregierung ja auf, auch zur Gefahrenabwehr Vorschriften zu erlassen. Das heißt, unmittelbar in die Länderkompetenzen einzugreifen und fordert sozusagen in ihrer Ziffer 3 des Antrags dann auch noch diesbezüglich die Innenministerkonferenz und Justizministerkonferenz auf, da tätig zu werden. Das liefert einen direkten Bezug zu einer Diskussion, bei der ich sagen würde, dass ich am Anfang der Debatte mich eingemischt habe, nämlich neun Tage nach dem Anschlag auf dem Breitscheidplatz habe ich darauf hingewiesen, dass wir dringend über den viele jahrzehntealten Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz der Länder wieder zu diskutieren hätten, aus diesen und vielen anderen Gründen. Die Innenministerkonferenz hat damit vor fast drei Jahren, im Sommer jährt es sich drei Jahre, eine Arbeitsgruppe beauftragt, nein vier, Entschuldigung, Mitte 2017 ist sie eingesetzt worden, vier

fast, und wir alle wissen, dass wir noch kein Ergebnis haben. Also der Föderalismus ist hier nicht, sofern man sich das vielleicht wünschen würde, durch die Bundesregierung zu regeln, sondern das sind handfeste faktische, politische Diskussionen, von denen ich zahllose mit unterschiedlichen Innenministern und Innenpolitikerinnen und Innenpolitikern in den letzten Jahren geführt habe. Und ich fasse mir offen gestanden, um das mal auf den Punkt zu bringen, diesbezüglich an die Stirn, weil ich sozusagen, was diese grundsätzlichen Fragen angeht, hier nicht erkenne, dass zumindest bezogen auf die rechtlichen Anforderungen, auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen, aber auch auf die Bedürfnisse der Sicherheitsbehörden hier unterschiedliche Standards in unterschiedlichen Ländern an den Tag gelegt werden sollten – das will sich mir einfach nicht erschließen. Es will sich mir auch aus der Bürgerrechtsperspektive nicht erschließen. Insoweit haben Sie hier einen ganz grundsätzlichen Punkt, der sich nicht beschränken lässt auf Diskussionen von VE oder VP oder Ähnlichem. Lassen Sie mich noch einen weiteren Punkt anfügen, der sozusagen eine Brücke macht, den ich für überaus bedeutsam erachte, weil er die Rechtspraxis betrifft. Ein wesentlicher Teil der Rechtspraxis scheint mir doch in Teilen, und das bezieht in Teilen sogar manche Teile der Justiz mit ein, ein Qualifikationsthema zu sein, das vielleicht hier nicht heute oder nur in Teilen in den Rechtsausschuss gehört, aber bezogen auf die Anforderungen, die hier nur angeklungen sind – in der Zukunft macht es herzlich wenig Sinn, nur über Rechtsetzung zu diskutieren, wenn ich dann in der Strafrechtspraxis erlebe, und ich bin noch mit einer halben Stelle in der dienstlichen Fortbildung unterwegs, dass wir erhebliche Defizite bezogen auf die Zukunft haben, das Recht auch tatsächlich in der Praxis anwenden zu können. Und wir diskutieren jetzt hier über Teile von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, die sozusagen das Hochreck der Kriminalistik voraussetzen. Wir haben von den beiden ehemaligen Leitenden Staatsanwälten in der Runde hier schon einige Ideen davon gehört, was das in der Rechtspraxis bedeutet. Nichts davon ist trivial, auch auf der jetzigen Grundlage. Jeder dieser Fälle löst für uns erhebliche Vorüberlegungen aus, weil keiner von uns natürlich am Ende in der Hauptverhandlung sein



Verfahren platzen lassen will, sondern wir sind natürlich davon motiviert, dass wir auf der einen Seite versuchen wollen, Opfer zu vermeiden, Kriminalitätsprävention im Blick zu haben, aber natürlich dann auch die Täter am Ende verurteilt sehen wollen. Und deswegen haben wir schon ein erhebliches Eigeninteresse daran, rechtssicher unterwegs zu sein. Und eine Randbemerkung zu meinem Vorredner möchte ich schon noch machen, damit hier diese Verwirrung nicht offen bleibt. Ich vermute, dass Herr Gazeas das auch so gemeint hat, dass die „VP01“ sich als VE betrachtet hat, aber das will ich doch nochmal deutlich herausstellen: Ein VE ist ein Polizeibeamter mit Strafverfolgungszwang, nicht nur etwas ausgebildet, sondern gehört sicherlich zu den am meisten qualifizierten Polizeibeamten in diesem Teilbereich. Und wenn er sich auch subjektiv so empfunden haben mag, so war er das ohne Frage natürlich nicht im Ansatz und all die übrigen Detailfragen stellt das jetzt nicht in Abrede. Ich bin, außer dass ich auch das Spiegelbuch gelesen habe, nicht in weitere Details involviert, aber wollte das nur nochmal gesondert heraustrennen und wollte versuchen, diesbezüglich da ein bisschen zu sensibilisieren über die dogmatischen Debatten hinaus, die wir hier gerade gemacht haben. Das heißt, mein Petitum würde auch in die Richtung gehen, dass wenn wir über gesetzliche Grundlagen diskutieren, dann vielleicht am ehesten auf der Ebene eines Gesetzentwurfs. Und eine allerletzte Bemerkung, denn, wenn ich nur die Ziffer 1 c) in Ihren Vorschlägen lese, dann würde sie für einen unbedarften Leser den Eindruck erwecken, Sie wollen szenetypische Straftaten gerade geregelt haben. Das wäre sozusagen eine sehr neue zusätzliche Debatte, aber nach dem Wortlaut Ihres Textes muss man das im Prinzip so lesen. Das ist derzeit nach meiner Leseart anders, und insoweit können Sie schon an diesen Einzelbeispielen erkennen, dass wir uns im Moment nur an der Oberfläche bewegen können und über ganz grundsätzliche Fragen heute diskutieren können. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Fiedler. Als Letzter hat das Wort Herr Conen mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Maier und Frau Bayram.

SV Stefan Conen: Vielen Dank. Ich fange mit der Frage von Herrn Maier an: Die Frage der Stärkung oder Schwächung der Angeklagtenposition. Da geht's mir wie meinem Vorredner. Das hängt natürlich von der Regelung ab, wie die ausgestaltet ist. Allerdings denke ich, dass wenn die Vertrauensperson in der Strafprozessordnung sozusagen als eigenes Ermittlungsmittel normativ geadelt würde, dadurch dass sie gleichrangig oder zumindest auf einer Ebene mit Telefonüberwachung oder Ähnlichem auftauchen würde, dass es die VP als Beweismittel vermutlich eher stärken würde, weil sie eine gesetzliche Anerkennung findet, die ihr im Moment fehlt. Damit einhergehen würde dann vermutlich eine Schwächung der Position des Angeklagten. Wenn gesagt wird, dass man sich vorstellen kann, dass man einfach nur eine gesetzliche Regelung macht, die die augenblickliche Praxis regelt, habe ich damit meine Schwierigkeiten. Ich komme da gleich noch drauf bei der Beantwortung der Fragen von Frau Bayram, und ich folge dem hier auch mit großem Interesse, weil es regional unterschiedlich ist anscheinend, wie mit Vertrauenspersonen umgegangen wird. Die RiStBV, finde ich, können keine großartige Leitschnur sein, denn sie sind vom Bund gar nicht in Kraft gesetzt worden. Sie sind höchstens von den Innenministern der Länder für ihre Länder adaptiert worden. Das birgt natürlich auch ein verfassungsrechtliches Problem auf einer anderen Ebene. Strafprozessrecht ist ausschließlich Bundeskompetenz. Dass im Prinzip die Länder jetzt sagen, wir adaptieren die RiStBV an der Stelle mehr oder weniger, die ja auch kein Gesetz sind, sondern Verwaltungsvorschriften, kann das nicht kompensieren. Und warum ich am Ende, obwohl damit vielleicht eine Schwächung des Angeklagten einhergeht, und eine Stärkung der VP, dennoch dafür votieren würde, dass es eine Regelung geben muss, ist, dass wir die augenblickliche Praxis eigentlich tatsächlich gar nicht kennen, sondern normative, glaube ich, Idealvorstellungen haben, wie sie laufen sollte, die so aber nicht ist. Und damit komme ich zu der Frage von Frau Bayram: Wie sieht die Praxis aus, habe ich Beispiele aus der Praxis? Dazu kann ich sagen, Professor Jahn hat ja in wesentlichen Teilen auch auf den Fall „Akby“ Bezug genommen. Ich war der Verteidiger von Herrn Akby, und zwar von der landgerichtlichen



In Instanz bis hin zum EGMR. Wie groß die Diskrepanz ist zwischen dem, was der EGMR sieht und dem, was hier in der Praxis passiert ist, können Sie daran ermessen, dass Herr Akbay, schon bevor ich die EGMR-Beschwerde eingelegt habe, verstorben war, und der EGMR sich, ich muss sagen, damit habe ich selber auch bedingt nur gerechnet, sich dieses Falles wegen dem anscheinend grundsätzlichen Bedürfnis angenommen hat, diese Praxis in Deutschland zu verurteilen. Damit, meine ich, ist auch ein starker, ebenso wie es Herr Professor Jahn gesagt hat, Fingerzeig gegeben, dass die nicht hinnehmbar ist. Ich will als Beispiel aus der Praxis aber jetzt nicht „Akabay“ nehmen, denn das können Sie alles nachlesen, das ist, auch wenn es noch nicht auf Deutsch vorhanden ist, relativ transparent. Ich will Ihnen ein anderes Beispiel bieten, was jetzt auch kein Ausreißer meines Erachtens ist. Ich habe auch verteidigt in dem sogenannten Wettbüro-Mord hier in Berlin, wo zehn Hells Angels einen Mann in einem Wettbüro aufgesucht haben und der erschossen worden ist, und alle zehn sind verurteilt worden wegen gemeinschaftlichen Mordes. In diesem Verfahren haben auch V-Personen eine Rolle gespielt und es sind am Anfang relativ schnell Beschuldigte verhaftet worden, weil man der Meinung war, es liegen mehrere VP-Hinweise auf die vor. Es stellte sich im Weiteren heraus, dass einfach die VP-Führung – das meine ich auch mit mangelnder Kontrolle und ich freue mich, wenn da Staatsanwälte in anderen Bundesländern glauben, da dauerhaft dranzubleiben, in Berlin ist es so, dass eigentlich nur die Vertraulichkeitserteilung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt und die weitere Bearbeitung exklusiv eigentlich auch der Informationsgewinnung durch die VP-Stellen. Hier war es so, dass die VP-Stellen dann die Hinweise der V-Person einfach durchnummeriert haben und alle Verfahrensbeteiligten inklusive der Staatsanwaltschaft davon ausgegangen sind, das sind verschiedene VPs. Dass mit dieser Nummerierung nur verschiedene Zeitpunkte gemeint waren, wusste keiner. Daraufhin sind Haftbefehle erlassen worden, weil man dachte, da stützen sich gegenseitig Beweismittel, die in Wahrheit teilweise dann doch deutlich zu reduzieren waren, weil es weniger VPs waren. Das sind jetzt keine Geschichten eines Verteidigers, der das aus seiner Perspektive nur

sieht. Das Urteil aus diesem Prozess liegt mittlerweile vor. Und es war ein Zeuge des Mordes, der da am Nebentisch saß, der dann als VP auch geführt wurde, der sich sozusagen auch doppelte. Das Gericht hat diesen Zeugen in langer Beweisaufnahme als VP enttarnt. Es ist auch prozessökonomisch – ich bin ja häufiger im Rechtsausschuss gewesen, weil die Prozessökonomie den Gesetzgeber umtreibt. Prozessökonomisch ist das, was wir da im Moment treiben, nicht in diesem unregelmäßigen Bereich, weil Gericht, Staatsanwaltschaft, Verteidigung auch regelmäßig mit der VP-Führung in den Aufklärungsbemühungen aneinander geraten und man da in einer Grauzone ist, was müssen die jetzt eigentlich sagen und wo können sie sich auf eine fehlende Aussagegenehmigung berufen. Wir haben ewig viel Zeit damit verbracht. Das Handy von dieser VP als Beispiel, und das ist ein weiteres Manko – ich bin nach meiner Erfahrung der Meinung, dass die VP-Führer teilweise eine zu große Nähe zu ihren VPs haben, deren Vertrauen sie natürlich brauchen, aber die sind natürlich auch der Gradmesser des eigenen Erfolges der dienstlichen Arbeit. Das Handy dieser VP ist beim Zeugen beschlagnahmt worden und dadurch stellte sich auch heraus, dass sie eine VP war. Die duzten sich nicht nur alle, sondern da waren halt auch SMS, das kann man alles in dem Urteil nachlesen, von den VP-Führern drauf. Da heißt es dann unter anderem zu der VP und auch gleichzeitig lange unerkanntem Zeugen: „Melde Dich, wenn Du eingetrudelt bist. Ist wichtig, schließlich muss ich sagen, dass Du vertrauenswürdig bist.“ Und dann kommt ein Smiley. Wenn das die Kommunikationsform der VP-Führung mit ihrer VP ist, drängt sich mir schon die Frage auf, ob das eigentlich diese kritisch gebotene Prüfung beinhaltet, die die Staatsanwaltschaft auch zu recht erwartet. Es gab einen weiteren Vermerk später, da ist dieser Zeuge genannt worden, ich nenne ihn hier nicht mit Namen, da heißt es in dem Urteil: „Der Zeuge meldete sich nach Auskunft des LKA 651“ – das ist in Berlin die VP-Stelle – „und hat wieder eine seiner unglaublichen Geschichten erzählt.“ Das hat nirgendwo Einfluss gefunden in die VP-Führervermerke, sondern das war ein Vermerk eines anderen Beamten, der in der Hauptverhandlung dann, auch im Urteil festgehalten, von seinem



Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch machen musste, nachdem wegen der Abfassung dieses Vermerks ein Ermittlungsverfahren wegen Verletzung von Dienstgeheimnissen eingeleitet worden ist. Das heißt, das ist das, was ich eingangs bemerkte: Wir fischen da dermaßen im Trüben. Es haben Polizeibeamte aus Sicht des Gerichts da auch gelogen zum Schutz der VP, weil sie die Identität nicht aufmachen wollten. Sie sind explizit gefragt worden, auch in meiner Anwesenheit, ob sie möglicherweise glauben, lügen zu dürfen, weil der Quellenschutz über die Wahrheitspflicht gehe. Das haben sie verneint. Das Gericht hat seine Schlüsse daraus gezogen. Man hat es nur ganz selten damit zu tun als Verteidiger oder als Gericht, dass man überhaupt so tief eindringt, aber was man da findet im Trüben, ist ehrlich gesagt nicht Mut machend dafür, dass man diesen Bereich ungeregelt lassen kann. Ich bin weiter gefragt worden nach der Frage der Entlohnung. Und auch das, meine ich, ist ein Punkt, wo es dringend einer gesetzlichen Regelung bedarf. In dem schon angesprochenen Fall „Akby“ hat der Bundesgerichtshof 2013 ausgeführt, ist abgedruckt in der NSTZ 2014: „In den Akten sollte ebenfalls vermerkt werden, ob eine Vertrauensperson für ihre Tätigkeit eine Entlohnung zugesagt bekommen oder gar erhalten hat. Der Senat“ – in dem Fall der 5. Strafsenat des BGH – „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.“ So weit der 5. Strafsenat des Bundesgerichtes in Strafsachen. Wir haben ja hier verschiedene Staatsanwälte auch aus anderen Ländern, ich bin ja nicht nur in Berlin tätig: Ich habe noch nie seit 2013 in einer Akte irgendwo vermerkt gefunden, wie hoch das Honorar war und ob ein Honorar gezahlt worden ist! Wenn ich VP-Führer frage in Berlin, ob es dafür ein Honorar gab, sagen sie: „Keine Aussagegenehmigung.“ Konfrontiert man sie mit diesen Zeilen, sagen sie: „Ja, da hat unser Justizariat gesagt, das war eine Einzelfallentscheidung, das gilt sonst nicht.“ Das ist bemerkenswert, ich habe es Ihnen eben vorgelesen, dass die VP-Führer, die ja sozusagen

aus dem informationsverarbeitenden Gewerbe stammen, diesen sehr allgemein gehaltenen und generell geltenden Satz ernsthaft zu einer Einzelfallentscheidung herunterdeklinieren wollen. Wenn aber polizeiliche Mitarbeiter und die Justizariate an der Stelle dem höchsten deutschen Gericht in Strafsachen und dem Verfassungsgericht die Gefolgschaft verweigern, denke ich, ist eine gesetzliche Regelung auch an der Stelle überfällig. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Conen. Ich war gerade drauf und dran zu sagen, was Sie so erzählen, das ist so spannend, dass wir dann gleich Staatsprüfungen daraus machen können. Das ist dann die andere Seite der Medaille, denn sonst erfahren wir das ja nicht so. Jetzt sind wir am Ende der ersten Beantwortungsrunde. Jetzt kommen die nächsten Fragen, Herr Strasser und Herr Müller, können wir gleich in der Reihenfolge vorgehen. Und ich sage dazu, dass wir um 17 Uhr Schluss machen, also müssen wir uns jetzt etwas kürzer fassen. Ich habe alle gesehen und Herrn Strasser als Ersten.

Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Meine Frage ist auch ganz kurz. Die gleiche Frage geht an zwei Sachverständige, an Herrn Professor Dr. Jahn und Herrn Dr. Gazeas. Der Punkt ist ja aufgeworfen worden, die Wahlperiode neigt sich dem Ende zu, wir haben keinen Gesetzentwurf, sondern einen Antrag mit verschiedenen Punkten an die Bundesregierung, einen Gesetzentwurf zu erarbeiten und dem Parlament vorzulegen. Was sind denn Ihre Empfehlungen, was jetzt das Parlament mit diesen beiden Anträgen machen soll?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Das war in der Tat eine kurze Frage. Weiter zu Herrn Müller.

Abg. **Axel Müller** (CDU/CSU): Ich nehme einen Perspektivwechsel vor. Nachdem ich vorher die beiden Staatsanwälte gefragt habe, frage ich jetzt die Richterin, die Frau Stockinger, zwei Fragen an die Frau Stockinger. Die erste Frage: Sie waren, glaube ich, auch schon mal im Staatsschutzsenat oder sind im Staatsschutzsenat, und auch da, denke ich, hatten Sie es öfters bei der Tatsachefeststellung mit Vertrauenspersonen als Beweismittel zu tun. Einfache Frage: Würde Ihnen die Aussage einer Vertrauensperson zur



Überzeugungsbildung genügen oder erachten Sie dann noch weitere Beweismittel für zwingend erforderlich, um darauf eine Überzeugungsbildung stützen zu können? Weil nach dem Referat von gerade, könnte man ja meinen, wir stützen uns da auf Vertrauenspersonen. Die zweite Frage: Wie wichtig schätzen Sie eigentlich Vertrauenspersonen beispielsweise im Rahmen von Clankriminalität oder auch im terroristischen Milieu ein? Aber auch unter Berücksichtigung des Zeugenschutzes. Wir machen ja momentan ganz viel wieder in Richtung mehr Schutz für die Zeugen bis hin zu den Personalien, die wir nicht mehr erheben wollen und Ähnliches, damit die nicht öffentlich werden. Wie sehen Sie denn da die Rolle einer VP im Unterschied zum VE, was ihren Schutz anbelangt nach Beendigung des Verfahrens? Weil das hier ja auch immer auftaucht, die VP sei ja so gefährdet oder nicht gefährdet.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Müller. Frau Bayram.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich wollte mich nochmal ganz ausdrücklich bedanken für die Möglichkeit, dass wir hier aus der Praxis das ein oder andere mitbekommen und möchte nochmal zwei Fragen an Herrn Conen richten. Und zwar zum einen, wie Sie denn der Ansicht sind, dass die V-Person-Einsätze kontrolliert werden sollten und auch von wem? Und die zweite Frage, die ich hätte, wäre: Sind Sie der Ansicht, dass das geregelt werden kann in weiten Teilen oder gibt es auch Bereiche, von denen Sie sagen, dass auf den Einsatz von V-Personen grundsätzlich eher verzichtet werden sollte, also dass man das gesetzlich eben auch ausschließen sollte für bestimmte Bereiche? Soweit von mir, vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Gleich weiter zu Herrn Movassat.

Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Danke schön. Meine erste Frage geht an Herrn Professor Jahn. Sollten die Entschädigungen für Strafverfolgungsmaßnahmen in Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und anderer Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens aus Artikel 6 EMRK gesondert geregelt werden? Das andere ist eine Minifrage an Herrn Conen zu den sehr interessanten Ausführungen. Sie sagten ja, die

geben Ihnen dann keine Auskunft über das Honorar. Kommen Sie über das Thema Aufwandsentschädigung an eine Auskunft? Weil dahinter verbirgt sich ja oft auch das eigentliche Honorar im anderen Begriff. Im Übrigen kann ich Ihre Auffassung teilen, man hört öfter von so Austausch zwischen VP-Führer und VP mit „mein Lieber“ usw. Also das gibt's, glaube ich, relativ häufig.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Movassat. Frau Rawert als Letzte.

Abg. **Mechthild Rawert** (SPD): Danke. Meine Fragen gehen wieder an Herrn Fiedler und an Herrn Heger. Erst an Herrn Fiedler: Wir gehen natürlich davon aus, dass Ermittlungs- und Justizbeamte ihr Vorgehen an geltendem Recht ausrichten. Und nun würde es uns interessieren, ob es den Beamt/-innen bei weniger ausführlichen Landesvorschriften an Rechtssicherheit fehlen würde? Und die Frage, welche Unterstützung erwarten die Kriminalbeamt/-innen und zuständigen Ermittler/-innen von der Bundespolitik? Das ist die Frage an Herrn Fiedler. An Herrn Heger: Sie konnte ja der FDP-Antrag auch noch nicht überzeugen und Sie warnen auch vor einem Schnellschuss. Einer Übernahme des im FDP-Antrag erwähnten Modells des § 9 Bundesverfassungsschutzgesetz stehen Sie skeptisch gegenüber. Frage: Können Sie uns erläutern, weshalb der Vergleich von Verfassungsschutzbehörde und Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörde uns nicht weiterbringt? Uns würde interessieren, ob die Wahrheitsfindung im gerichtlichen Verfahren durch das Fehlen der Vertrauensperson beeinträchtigt wird.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Rawert. Jetzt müssen wir auf die Uhr gucken, können letztlich nur zwei Minuten für die Antworten gewähren und fangen jetzt wieder alphabetisch an. Herr Conen hat zwei Fragen von Frau Bayram und eine Frage von Herrn Movassat zu beantworten.

SV **Stefan Conen**: Ich werde versuchen, jetzt schnell zu machen und doch hoffentlich erschöpfend. Soll eine VP kontrolliert werden? Ich bin der Meinung, nicht nur sie soll, sondern sie muss, und das ist Rechtsprechung des EGMR. Die von mir in der Vorantwort zitierte teilweise, möglicherweise auch ungesunde Nähe zu den



VP-Führern sollte man meines Erachtens dadurch ersetzen, dass die Staatsanwaltschaft direkt, und da bin ich bei den Kollegen der Staatsanwaltschaft, die sagen, wir wollen da auch zuverlässige Leute haben, dass man gesetzlich da normativ eine direkte Verantwortung des Staatsanwalts oder des Dezernenten der Staatsanwaltschaft für diesen VP-Einsatz normiert, damit dann auch eine stärkere Kontrolle da ist und sich auch die VP-Führer anders kontrolliert fühlen. Der EGMR sagt – und das ist aus dem Urteil, aber nicht nur aus dem Urteil „Akbay“ – dazu, dass VP-Einsätze natürlich immer das Risiko der Tatprovokation bergen. Und er sagt, wenn eine Tatprovokation im Raum steht, es am Staat ist, und in dem Fall an der Staatsanwaltschaft, zu beweisen, dass eine solche nicht stattgefunden hat. Wie kann man das tun? Naja, nur indem man den Einsatz halt eng kontrolliert. Das heißt, der EGMR fordert eigentlich in diesem Bereich, wo ein Risiko gesetzt wird durch Einsatz von Privaten, dass dieses Risiko gleichzeitig auch engmaschig kontrolliert wird. Ich finde, wenn man die VP regeln will, dann gehört auch dazu, dass die EGMR-Rechtsprechung umgesetzt wird und dieser Bereich engmaschig kontrolliert wird und hinterher transparent gemacht werden kann, ohne Quellenschutz zu gefährden. Der EGMR bezieht sich ja nur auf Mindeststandards. Welche Bereiche sollten nicht oder wo sollten VP-Einsätze verboten werden? Das maße ich mir ehrlich gesagt nicht so richtig an zu beurteilen, weil das schon Sache der Strafverfolgungsbehörden bzw. des Gesetzgebers ist, das zu regeln. Ich bin aber der Meinung, da bin ich, glaube ich, auch mit allen hier eins, der Staat sollte nicht bei Bagatell- oder mittlerer, sondern nur bei schwerer Kriminalität auf solche Leute zurückgreifen. Zu der Frage von Herrn Movassat zu der Aufwandsentschädigung: Also unter dem anderen Begriff kommt man da nicht ran. Es gibt ein Verfahren, ich kann das Ihnen vielleicht nachliefern, es hat vor dem Landgericht Berlin stattgefunden. Da hat eine VP ihren Aufwand einzuklagen versucht – „Mir war mehr versprochen worden, als ich jetzt hier bekommen habe.“ – und in ihrer Klagebegründung sind dann da die Tarife eingetragen worden. Das bezog sich aber auf einen Zeitraum von 2001 bis 2003, das wird jetzt im Moment nicht gelten. Ich bin aber der Meinung, dass, wie gesagt, wenn der Bundesgerichtshof das fordert,

muss es dem Gesetzgeber nur recht und billig sein, das umzusetzen. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Conen. Als Nächster Herr Fiedler mit der Antwort auf die Frage von Frau Rawert.

SV **Sebastian Fiedler**: Ich versuche es mal, etwas zuzuspitzen, weil die Frage war, was ich mir jetzt wünsche von der Bundespolitik. Da fällt mir mehr als für eine halbe Stunde ein, aber ich will versuchen, das auf einen Punkt herunterzudampfen, weil ich mich durchaus heute an ein paar Aussagen so ein bisschen als Grundlage der Diskussion gestört habe. Dazu gehörte das „ungeregelte Elend“, der „trübe Tümpel“ und die starke Ausrichtung an der „VP01“, dem Spiegelbestseller. Wenn das sozusagen die Grundlage kriminalpolitischer Entscheidungen sein sollte, dann hätte ich da ein massives Störgefühl. Das ist ein Punkt, den ich so ganz grundsätzlich vorausschicken will, wenn man so etwas regelt. Wir haben ja heute wenig Erfolgsgeschichten gehört, die es, glaube ich, bedeutend mehr gibt, als sozusagen die Elendsbeschreibung, die hier heute natürlich sich auf den rechtlichen Zustand – das habe ich schon verstanden – beziehen soll. Mein Wunsch an die Bundespolitik ist sozusagen auf der Erkenntnisebene zunächst einmal etwas vorauszusetzen für die kriminalpolitische Debatte. Das heißt, über welche Herausforderungen und Phänomene diskutieren wir eigentlich, bei denen wir besonders unter anderem auf VP angewiesen sind? Und da kommen wir zur Diskussion auch an Stellen, wo ich gerne mit Ihnen auch in die Diskussion einsteigen würde, ob wir in bestimmten Phänomenbereichen, nämlich zum Beispiel der Korruption und Wirtschaftskriminalität, sogar eher zusätzliche Möglichkeiten benötigen, um Vertraulichkeit zuzusichern, weil es ja nicht immer um Leibes- und Lebensgefährdung geht, sondern um andere Nachteile, bei denen das nicht immer so leicht fällt. Und ich will sozusagen deutlich machen, dass das von der Dimension und der Herausforderung, glaube ich, vielfach etwas missverstanden wird. In der öffentlichen Debatte kommt kaum vor, dass wir nach konservativen Schätzungen von Europol über 5.000 Gruppierungen der Organisierten Kriminalität diskutieren. Wir diskutieren nur punktuell mal über 16 Tonnen Kokain, die



irgendwo ankommen, sind uns gleichzeitig alle bewusst, dass wir es mit durchaus beträchtlichen Gefahren für den demokratischen Rechtsstaat zu tun haben. Und dann müssen wir sozusagen beides diskutieren. Wir müssen die berechtigten Anliegen von zum Beispiel Professor Jahn und anderen in dieser Runde zur Kenntnis nehmen, die Menschenrechtsperspektive, und müssen aber auf der anderen Seite eben auch danebenstellen, welche Herausforderungen wir aus einer gesellschaftlichen Sicht heraus für die Ermittlungsbehörden zu diskutieren haben. Und die sind nicht trivial und sie sind schon gar nicht monokausal. Wenn wir das beides zusammenbringen, dann kommen wir im Ergebnis jedenfalls dazu, dass wir dringend auf die Unterstützung von Menschen aus dem kriminellen Milieu angewiesen sind. Und übrigens nicht nur zur Repression, sondern auch zur Prävention benötigen wir solche Menschen, die uns helfen, Leute auch aus dem Gefüge herauszubringen. Das wäre eine Debatte, die ich mir, das ist ja hier vielfach schon angeklungen, für die nächste Legislaturperiode dann auch wünsche.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gazeas.

SV **Nikolaos Gazeas**: Ihre Frage war danach, wie man mit dem Antrag umgehen sollte im Hinblick auf das, was vorgetragen wurde. Sicherlich wird man kein Gesetz machen können noch in dieser Legislaturperiode, ich glaube, da sind wir uns alle einig. Gleichwohl halte ich eine bloße Ablehnung dieser beiden Anträge auch nicht für den richtigen Weg, denn was man durchaus machen kann, ist, so meine ich, ein Beschluss hier im Rechtsausschuss, der trotz des Diskontinuitätsgrundsatzes ein wichtiges Signal an den 20. Deutschen Bundestag senden würde und an die dem vorausgehenden, davon gehe ich mal aus, Koalitionsverhandlungen. Insoweit könnte man etwa, Sie haben jetzt, wenn ich den FDP-Antrag etwa nehme, unter III. die Forderung an die Bundesregierung, eine Rechtsgrundlage zu schaffen – das könnte man auch allgemeiner halten, indem man sagt, eine geeignete, den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte genügende Rechtsgrundlage für den rechtssicheren Einsatz von Vertrauensleuten im Strafverfahren zu schaffen. Das wäre ein

Signal. Ich hoffe, dass zumindest auf dieser Minimalebene denn auch Konsens besteht. Alles andere würde mich irritieren. Und einen Anknüpfungspunkt hätten Sie im Übrigen auch, also einen weiteren neben all den vielen, die Sie hier gehört haben, meine ich: Die 90. JuMiKo (Justizministerkonferenz) hat in ihrer Sitzung am 7. November 2019 ja dieselbe Aufforderung oder Bitte an das BMJV adressiert, da ist eben nur noch keine Antwort gekommen, obwohl die Materie da ist. Und ein letztes Wort: Mein Vorredner Herr Fiedler hatte ja eben angesprochen, dass man sich das ein oder andere, so habe ich es verstanden, auch noch in rechtstatsächlicher Hinsicht mal anschauen muss. Ich glaube, das brauchen wir alles gar nicht. Wir brauchen weder eine Enquete-Kommission noch jahrelange rechtstatsächliche Erhebung, um die hier zu regelnden Fragen einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Das wäre also etwas, was man in der neuen Legislaturperiode, so meine ich, auch sehr rasch angehen könnte. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gazeas. Als Nächster Herr Heger mit der Antwort auf die Frage von Frau Rawert.

SV **Prof. Dr. Martin Heger**: Vielen Dank. Im Grundsatz bin ich ja bei Herrn Gazeas. Der nächste Bundestag soll das durchaus diskutieren können, aber ich warne trotzdem auch insoweit weiterhin vor Schnellschüssen. Das wurde ja gerade schon angesprochen von Frau Rawert. Ich möchte nur noch einmal darauf hinweisen, selbst wenn wir uns einig sind über die Frage, was eine Tatprovokation zur Folge haben soll, bin ich doch nicht ganz sicher, ob wir es so dezidiert formulieren können, was eine Tatprovokation ist bzw. wann sie rechtsstaatswidrig ist, dass es im Einzelfall eins zu eins gehandhabt werden kann. Sonst hat man eine Ganz- oder Gar-Nicht-Lösung, volle Einstellung, wenn es eine ist, aber wir wissen nicht was. Und da, das ist ein typischer Fall, wo ich dringend vor einem Schnellschuss warnen würde, weil irgendwie versenkt man sich selbst, so wie es der Gesetzgeber 1968 mit der Verjährung von NS-Verbrechen gemacht hat, das war ja auch aus Versehen, zumindest sagt man das heute, und plötzlich hängt man in einem zwingenden Verfahrenshindernis und sagt: Ja, wir haben das blöd formuliert, wir müssen jetzt aber alle Verfahren einstellen, weil das rechtsstaats-



widrig ist, obwohl es das vielleicht gar nicht ist im Einzelfall. Deswegen warne ich davor, das würde ich gerne doch etwas deutlicher diskutiert haben, und das sagen, wie gesagt, mir bekannte Anmerkungen auch, dass diese Frage damit keinesfalls geklärt ist mit der Frage der Folgen. Das darf man nicht miteinander verwechseln. Wieso sage ich, man soll nicht §§ 9a und 9b Bundesverfassungsschutzgesetz einfach übernehmen? Schlicht weil § 9b des Bundesverfassungsschutzgesetzes am Anfang heißt, dass entsprechend die Regelungen für Vertrauensleute, das wären hier die V-Personen im Strafprozess, die Regelungen über den Verdeckten Ermittler eins zu eins, also entsprechend anzuwenden sind. Da habe ich doch große Bedenken. Das ist hier deutlich geworden, dass mindestens bei der Strafverfolgung der Einsatz von Verdeckten Ermittlern wohl doch eine andere Sache ist, und die sollte man nicht allzu eng aneinander bringen. Vielleicht könnte man das, da bin ich gerade auf die Idee gekommen, für ausländische Verdeckte Ermittler, die V-Personen hier sind, tatsächlich so machen. Das würde vielleicht eine Europäisierung der Strafverfolgung im Schengen-Raum auch durchaus nahelegen. Aber ob man das eins zu eins auch für aus dem kriminellen Milieu oder aus kriminellen Gruppen angeworbene Personen machen sollte, das würde ich doch mit einem großen Fragezeichen versehen. Wenn man es so machen sollte, müsste man es jedenfalls auch intensiver diskutieren. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Heger. Als Nächster Herr Jahn mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Strasser und Herrn Movassat.

SV Prof. Dr. Matthias Jahn: Herr Strasser fragt danach, wie es jetzt weitergehen soll. Ich stimme einigen Vorrednern darin zu, dass die Ergebnisse der heutigen Ausschussanhörung jedenfalls Gegenstand des Koalitionsvertrages der Koalitionäre im 20. Bundestag sein sollten. Nun wissen wir ja nicht, wer die vertragsschließenden Parteien sind und können das noch nicht näher ermessen, aber wir haben doch heute drei Kolleginnen und Kollegen aus dem BMJV unter uns, den zuständigen Unterabteilungsleiter, die Referatsleiterin, die aus dem, was wir heute hier diskutiert haben, sicherlich ihre gewohnt klugen

Schlussfolgerungen ziehen werden und möglicherweise schon bis in den September etwas vorrätig haben. Ich will nochmal daran erinnern, insofern haben wir ja doch einen Konsens gefunden, dass das BMJV im Anschluss an unsere Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglichen Gestaltung des Strafverfahrens im Jahre 2016 in einem allerersten Non-Paper, dem sogenannten Rohentwurf, ja schon mal eine Regelung vorgeschlagen hat. Aber da hat für mich die heutige Sitzung erbracht, dass das von niemandem gewollt ist, denn die sah vor, VP und VE identisch zu regeln. Und das ist ja communis opinio heute gewesen, da haben auch Herr Abgeordneter Müller, Herr Fiedler, Herr Kollege Heger gesagt, das geht so nicht und das würde ich auch so sehen, das wäre unterkomplex. Zweite Frage von Herrn Movassat: Die Problematik der Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen. Das ist sicherlich auch etwas, was die Kolleginnen und Kollegen aus dem BMJV zu bedenken haben werden. Erst die Stellungnahme von Herrn Heger hat mich darauf aufmerksam gemacht, dass das geltende Recht hier im § 6 Absatz 1 Nummer 2 des Strafverfolgungsentschädigungsgesetzes eine Falle bereithält, wo es nämlich heißt, dass im Fall der Einstellung des Verfahrens wegen eines Prozesshindernisses die Strafverfolgungsentschädigung versagt werden kann. Und die Anreizwirkung, die an dieser Stelle ausgeht, die ist natürlich fatal. Und deshalb würde ich vorschlagen, ein Semikolon einzuführen nach der Nummer 2, und das für die sogenannten Bestrafungsverbote, das ist die Terminologie von Meyer-Goßner im Standardkommentar, auszuschließen, um die Anreizwirkung zu dem zu sagen, nein, wir machen hier kein Verfahrenshindernis und geben dann am Ende auch keine Entschädigung. Letzter Teil meiner Antwort: § 7 Absatz 3 Strafverfolgungsentschädigungsgesetz, der ist ja gerade nun erst im Oktober geändert worden, gibt jetzt 75 Euro pauschaliert Entschädigung. Ich könnte mir vorstellen, dass man hier auch eine Ergänzung vornimmt und für den Fall der sogenannten Bestrafungsverbote, also auch rechtsstaatswidrige Tatprovokationen, diesen Satz noch erhöht. Im europäischen Kontext haben wir viele Länder, die beispielsweise bis zu 200 Euro geben. Und darüber wird auch zu diskutieren sein. Das ist aber ganz klar eine Frage völlig freien politischen



Ermessens. Da kann der Gesetzgeber, dieses Hohe Haus, entscheiden – natürlich immer beraten durch die Haushälterinnen und Haushälter. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Sie sprechen einen richtigen Punkt an. Das Gesetz haben wir vor einigen Wochen gerade hier auch beraten und die Haushaltsfrage war immer im Hintergrund, spielte eine Rolle. Frau Nieradzik, Sie haben es angesprochen, ist aus dem BMJV zugeschaltet, und schreibt ganz sicher intensiv mit. Und wenn Sie sagen, es kommt in den Koalitionsvertrag, dann kommt es vorher in die Parteiprogramme rein und dann ist es die Grundlage für den Koalitionsvertrag, das muss man manchmal sagen, weil manchmal auch im juristischen Umfeld dieser Aufbau der verschiedenen Schritte nicht so richtig klar ist. Jetzt als Letzte Frau Stockinger mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Müller.

SV **Barbara Stockinger**: Die erste Frage, ob die Aussage einer VP genügt: Da muss ich nur kurz richtigstellen, ich bin zwar in einem Strafsenat beim Oberlandesgericht, aber nicht Staatsschutzsenat, sondern Beschlussenat. Aber wir haben es natürlich auch mit Haftentscheidungen zu tun, wo wir den Tatverdacht überprüfen müssen. Wir in Bayern wechseln ja, ich war sehr lange Staatsanwältin. Mir hätte es schon als Staatsanwältin nicht gereicht, alleine auf Grundlage einer VP-Aussage, die ich nicht weiter verifizieren kann, eine Anklage zu erheben. Ziel, so haben es ja die Kollegen schon gesagt, der Staatsanwaltschaft eines VP-Einsatzes ist immer entweder eine noeP, eine TÜ (Telefonüberwachung) oder sonstige belastbare Beweismittelsicherstellung oder Sonstiges zu erlangen. Allein eine VP-Aussage würde mir nicht genügen. Die zweite Frage nach der Wichtigkeit: Auch das ist heute schon angeklungen. Gerade im Bereich

Terrorismus, Clan, Ethnien wie Tschetschenen und Sonstige, kommen wir ohne VPs nicht so weit, wie wir heute kommen. Auch da ist es Ziel des Einsatzes, dass man irgendwie den Einstieg bekommt oder auch Informationen allgemeiner Art aus diesem raus, aber gerade in dem Bereich scheitert oftmals ein VE-Einsatz, da ist der VP-Einsatz sehr wichtig. In diesem Bereich handelt es sich meistens um Nahbereichs-VPs, also VPs, die aus dem Dunstkreis der Zielpersonen stammen, so dass dann auch der Zeugenschutz hier für den Schutz der VP nicht weiterhilft, weil das hieße ja für die Vertrauensperson, dass sie anschließend aus dem gewohnten Umfeld verschwindet, um sich irgendwo sonst in den Zeugenschutz zu begeben. Zeugenschutz hat auch ansonsten im Bereich VP viele Schwierigkeiten, weil es sich ja dann doch um Personen aus dem kriminellen Milieu handelt und im Zeugenschutz braucht man eine gewisse Zuverlässigkeit und nicht jemanden, der dann dort, wo er als Zeuge untergebracht wird und betüddelt und behütet wird, sich ein neues kriminelles Umfeld sucht. Also der Zeugenschutz ist in der Regel bei VP nicht die gelungene Wahl, um die Personen vor Gefährdung zu schützen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Stockinger. Mit dem Tümpel haben wir angefangen, mit dem Dunstkreis hören wir auf. Wir sind am Ende der Anhörung. Wir haben viel Input bekommen, ich habe manches gelernt, auch im tatsächlichen Bereich. Was wir damit anfangen, das entscheiden die Kolleginnen und Kollegen hier auf den verschiedensten Wegen. Sicher ist eines, es ist zum Thema gemacht worden und das ist der Sinn der Anhörung. Herzlichen Dank, ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 16:57 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Stefan Conen	Seite 34
Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (Auckland)	Seite 43
Jürgen Gremmelmaier	Seite 61
Prof. Dr. Martin Heger	Seite 73
Peter Holzwarth	Seite 82
Prof. Dr. Matthias Jahn	Seite 91
Barbara Stockinger	Seite 120

**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 Fichte¹

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 veranlassenes 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 unregelten 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 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 Verschlussache – „Nur für den Dienstgebrauch“ – abgeheftet werden. Diese Verfahrensweise widerspricht 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 Bagatelldelictes, 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.“

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.bmju.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; *Zöllner*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, 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 beigespflichtet. 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.

Jürgen Gremmelmaier
Leitender Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Karlsruhe

Per E-Mail

An den
Ausschuss für
Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestags
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Karlsruhe, den 22.03.2021

**Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für
Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 24. März 2021 zu
den Anträgen**

- **der Abgeordneten Niema Movassat u.a. und der Fraktion DIE LINKE
„Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschä-
digen“
Drucksache 19/25352**
- **der Abgeordneten Benjamin Strasser u.a. und der Fraktion der FDP
„Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln“
Drucksache 19/25248**

I. Stellungnahme zur Drucksache 19/25352

A. Empfehlung

Eine Änderung der Strafprozessordnung zur Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR zur Tatprovokation ist nicht erforderlich.

B. Begründung

Historische Entwicklung:

Ausgangslage nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, 4 StR 111/95):

Der sog. „agent provocateur“ darf grundsätzlich eingesetzt werden, wenn bereits der Verdacht besteht, der Beschuldigte habe eine schwerwiegende Straftat begangen und dieser Verdacht soll auf seine Richtigkeit hin überprüft werden.

Grenze: Der Beschuldigte wird zum bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert (Bsp.: hohe Intensität der Einflussnahme; der Provozierte wird fremdgesteuert; Quantensprung wird hervorgerufen).

EGMR, Urteil vom 09.06.1998 (NStZ 1999, 47 ff.):

Wenn Polizeibeamte über die Befugnisse von Verdeckten Ermittlern hinausgehen und zu Taten anstiften, wird gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen; Folge: von Beginn an kein faires Verfahren; dies führt zu einem Beweisverwertungsverbot

Reaktion des BGH:

- Der BGH hält auch nach dieser Entscheidung an seiner Linie fest (BGHSt 45, 321 ff.) – a.A. die herrschende Lehre.
- Sofern der BGH ausnahmsweise eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation bejaht, fordert er gem. Art. 41 EMRK eine gerechte Entschädigung.
- „gewichtiger Strafmilderungsgrund“ als Entschädigung
- Das Gericht muss die „gerechte Entschädigung“ nach Art. 41 EMRK so festsetzen, dass die verwirkte Strafe mit und ohne diesen Milderungsgrund genannt wird.
- Dies gilt entsprechend für weitere Personen, wenn der Provozierte diese in die Tat verstrickt (BGH, StV 2014, 321 ff.)

EGMR, Urteil vom 23.10.2014 (NJW 2015, 3631 ff.):

- bekräftigt seine Rechtsprechung aus dem Jahre 1998
- kein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK)
- Kompensationslösung des BGH ist unzureichend
- Beweisverwertungsverbot als Folge für unfaires Vorgehen

Reaktion der deutschen Gerichte:

- Das Bundesverfassungsgericht hält die Strafzumessungslösung des BGH trotz der Rechtsprechung des EGMR mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK vereinbar und nimmt eine Verfassungsbeschwerde nicht an (B. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14).
- Der BGH kommt in einem Urteil vom 10.06.2015 (2 StR 97/14) in einem vergleichbaren Fall auf der Basis der Rechtsprechung des EGMR zu einer Urteilsaufhebung und Verfahrenseinstellung („Das ist eine Instrumentalisierung von Menschen, die mit der EMRK nicht vereinbar ist“)
- in diesem Urteil betont der 2. Senat, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses die regelmäßige Folge einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensführung ist.
- Die Entwicklung ist aber offen, da der 2. Strafsenat die anderen Senate des BGH nicht einbezogen hatte.
- Der 1. Strafsenat des BGH betonte einen Monat zuvor, dass bei einer Tatprovokation grundsätzlich keine Verfahrenseinstellung zu erfolgen hat (Urt. vom 19.05.2015 – 1 StR 128/15).

Ausnahme: Extremfälle

- Der zweite Senat hat sich nicht veranlasst gesehen, einen Anfrage- oder Vorlagebeschluss an die anderen Senate zu richten, da die Ausführungen des 1. Senats zu den Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nicht tragend waren (obiter dictum) und die Entscheidung ihm – mangels Veröffentlichung - noch nicht bekannt war.

EGMR, Urteil vom 15.10.2020 (40495/15, 37273/15, 40913/15)

Der EGMR bekräftigt seine bisherige Rechtsprechung und lehnt erneut die Strafzumessungslösung ab. Die Beweise, die durch eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden.

Folgerungen:

Als Reaktion auf diese Entscheidung fordert die Bundestagsfraktion „DIE LINKE“ den Bundestag auf, er möge die Bundesregierung auffordern, eine gesetzliche Regelung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vorzulegen, die den inhaltlichen Vorgaben der Rechtsprechung des EGMR entspricht.

Stellungnahme:

Die Frage, ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt oder ob das Verhalten einer Vertrauensperson (VP) bzw. eines Verdeckten Ermittlers (VE) lediglich die grundsätzliche Bereitschaft der Zielperson, bestimmte Straftatbestände zu verwirklichen, in legitimer Weise ausnutzt, bedarf sorgfältiger Prüfung im Einzelfall.

Besteht ein strafprozessualer Anfangsverdacht, so ist das Ausnutzen der erkennbaren Bereitschaft der Zielperson zur Begehung oder Fortsetzung seines unerlaubten Handelns legitim. Die Zielperson darf daher in einer solchen Situation befragt werden, ob sie z.B. bereit ist, Betäubungsmittel zu liefern. Allerdings darf in dieser Situation kein übermäßiger Druck ausgeübt werden. Auch muss die Intensität der Einwirkung auf die Zielperson in einem angemessenen Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen.

Der gegen eine Zielperson bestehende Anfangsverdacht sollte nicht nur aufgrund einer VP-Aussage bestehen, da hier die Rechtsprechung wegen der abgeschirmten Vernehmung ggf. einen eingeschränkten Aussagewert annimmt, sondern der Anfangsverdacht sollte vor einer entsprechenden Einflussnahme durch andere Ermittlungsergebnisse, z.B. TKÜ-, § 100f StPO oder sonstige Erkenntnisse, angereichert sein. Die Verdachtslage ist sauber in den Akten (Aktenwahrheit – Aktenklarheit) zu dokumentieren.

Rechtsstaatswidrig ist hingegen das Verursachen einer Straftat durch die Zielperson, die diese sonst nie begangen hätte.

Der Einsatz eines agent provocateurs zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität ist daher notwendig und zulässig. Jedoch kann tatprovokierendes Verhalten nur innerhalb der durch das Rechtsstaatsprinzip gezogenen Grenzen (konkretisierter Tatverdacht, keine Ausübung von Druck, Grad der Einwirkung auf die Zielperson muss in einem angemessenen Verhältnis zur Intensität des Tatverdachts) hingenommen werden.

Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation:

Die EMRK gilt im Range eines einfachen Bundesgesetzes und ist demnach unmittelbar anwendbares Recht. Sie steht daher in der Normenhierarchie mit der StPO auf gleicher Ebene.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Urteil vom 14.10.2004 (2 BvR 1481/04) zur Frage Stellung genommen, wie Entscheidungen des EGMR durch innerstaatliche Organe, insbesondere durch deutsche Gerichte, berücksichtigt werden müssen. Hier- nach gilt das Folgende:

Die Art und Weise der Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Zur Bindung der Verwaltungsbehörden und Gerichte an Gesetz und Recht gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische "Vollstreckung" können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

Das Bundesverfassungsgericht hat Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, haben deutsche Gerichte der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Die Konventionsbestimmung ist in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen.

Damit stellt sich die Frage, ob das nationale Recht Auslegungs- und Abwägungsspielräume für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots im Sinne der Rechtsprechung des EGMR bietet. Dem deutschen Strafprozessrecht ist ein Grundsatz, dass ein Verstoß gegen ein Beweisgewinnungsverbot ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, fremd. Abgesehen von „verbotenen Vernehmungsmethoden“ nach § 136a StPO ist in der Strafprozessordnung kein Beweisverwertungsverbot normiert. Weiter nimmt die Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot nur in extremen Ausnahmefällen, beispielsweise dann an, wenn die Strafverfolgungsbehörden einen gesetzlich vorgeschriebenen Richtervorbehalt bewusst oder willkürlich umgehen und damit einen ganz gravierenden Rechtsverstoß begehen (BGH, 5 StR 546/06). In anderen Fällen ist zwischen den grundrechtlich geschützten Positionen eines Beschuldigten und dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatz einer „effektiven Strafverfolgung“ abzuwägen. Eine konventionsgemäße Auslegung, die zu einem generellen Beweisverwertungsverbot führt, ist mit dem deutschen Strafrechtssystem nicht in Einklang zu bringen und daher abzulehnen. Ein Beweisverwertungsverbot ist auf extreme Ausnahmefälle zu beschränken. Dies steht auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang, denn in der Entscheidung vom 18.12.2014 (2 BvR 209/14) wurde ausgeführt, dass die deutschen Strafgerichte die Frage eines Beweisverwertungsverbots lediglich „zu erwägen“ haben, was für die Rechtsauffassung des 1. Strafsenats des BGH spricht. Das Bundesverfassungsgericht hat jedenfalls kein generelles Beweisverwertungsverbot in der vorgenannten Entscheidung für erforderlich erachtet.

II. Stellungnahme zur Drucksache 19/25248

A. Empfehlung

Eine spezialgesetzliche Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen in der Strafprozessordnung ist nicht erforderlich.

B. Begründung

In der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof ist der Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten auf der Grundlage der Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161, 163 StPO) grundsätzlich anerkannt. Die Generalklausel wird durch die in der Anlage D zu den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren

(RiStBV) enthaltenen Vorgaben näher definiert. Diese Vorgaben werden in den Ländern durch entsprechende Verwaltungsvorschriften umgesetzt. Die im Antrag zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt keine Abkehr von dieser Rechtsprechung dar, da die im Rahmen mit der verfassungsrechtlichen Überprüfung des BKAG gemachten Ausführungen zum VP-Einsatz nicht tragend (obiter dictum) sind; sie lassen daher keine Abkehr von der bisherigen eindeutigen Rechtsprechung erkennen. Dem VP-Einsatz stehen nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 57, 250 [276]; BVerfG, NJW 1987, 1874; BVerfG, NJW 1996, 448) auf dem Boden der bisherigen Rechtsgrundlage daher keine durchgreifenden Bedenken entgegen.

Zu den einzelnen in dem Antrag aufgelisteten Forderungen nehme ich wie folgt Stellung:

III. 1. a.

In Ziff. I.3.1 der Anlage D zur RiStBV ist der Einsatz einer VP grundsätzlich auf den Bereich der Schwermriminalität, insbesondere der Organisierten Kriminalität beschränkt. Besonderer Prüfung bedarf der Einsatz einer VP im Bereich der mittleren Kriminalität; bei einfacher Kriminalität ist der Einsatz ausgeschlossen.

III. 1 b.

Dass Minderjährige nicht als VP eingesetzt werden können, versteht sich von selbst und ist durch Ziffer I.3.4 der Anlage D zur RiStBV untersagt. Der Ausschluss von Schwerstkriminellen analog § 9b Abs. 2 Nr. 5 BVerfSchG (VP kann nicht sein, wer wegen eines Verbrechens oder einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe verurteilt wurde), erscheint im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung nicht zielführend. Eine VP kann mit Aussicht auf Erfolg oftmals nur dann eingesetzt werden, wenn sie selbst dem kriminellen Milieu entstammt und damit u.U. selbst wegen z.T. auch gravierender Straftaten verurteilt wurde.

III. 1 c.

Dass eine VP, wie auch ein VE, keine (szenetypischen) Straftaten begehen darf, ist eine Selbstverständlichkeit. Der Einsatz an sich stellt weder einen Rechtfertigungs- noch einen Entschuldigungsgrund dar. Eine entsprechende gesetzliche Regelung existiert auch für einen VE nicht; beide dürfen – auch ohne ein ausdrückliches gesetzliches Verbot – keine Straftaten begehen.

III. 1. d.

Eine gesetzliche Regelung, die einer VP gestattet, die Wohnung eines Hausrechtsinhabers in dessen Einverständnis zu betreten, bedarf es nicht. Ein Einverständnis des Hausrechtsinhabers lässt, auch wenn es durch Täuschung erschlichen ist, bereits den Tatbestand des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) entfallen. Auch eine Analogie zu §§ 110a ff. StPO, die eine richterliche Genehmigung für den VE zum Betreten einer Wohnung fordert, macht eine gesetzliche Regelung für eine VP nicht erforderlich, da der Kontakt eines VE, der mit einer Legende ausgestattet ist, zur Zielperson deutlich intensiver ist als der zu einer VP. Durch die Einführung des Richtervorbehalts in § 110b Abs. 2 Nr. 2 StPO ausschließlich für einen VE im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (OrgKG) hat der Gesetzgeber zudem klargestellt, dass es i.Ü. keines Richtervorbehalts bedarf und die Ermittlungsgeneralklausel eine ausreichende Rechtsgrundlage für das Betreten von Wohnungen durch eine VP darstellt. Aus verfassungsrechtlichen Gründen hätte es eines Richtervorbehalts für einen VE zum Betreten von Wohnungen nicht bedurft. Durch das Einverständnis des Hausrechtsinhabers wird dessen Wohnungsgrundrecht nicht verletzt, denn Art. 13 GG schützt nicht die irrtumsfreie Willensbildung. Lässt die Zielperson offen oder verdeckt auftretende, dem Staat zuzurechnende Personen, freiwillig in seine Wohnung, wird hierdurch der Schutzbereich des Art. 13 GG nicht tangiert. Aus diesem Grund wurde auch Art 13 GG nicht bei der Einführung der Vorschrift des § 110b Abs. 2 Nr. 2 GG im Rahmen des OrgKG durch den Gesetzgeber gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zitiert. Ist beispielsweise ein Beschuldigter mit einer freiwilligen Wohnungsnachscha durch uniformierte Beamte einverstanden, bedarf es keines richterlichen Beschlusses. Dies gilt entsprechend für das Agieren verdeckt vorgehender, dem Staat zurechenbarer Personen.

III. 1. e.

Die Begriffe „Vertrauensperson“ und „Informant“ sind in Ziff. 2.1 und 2.2 der Anlage D zur RiStBV klar definiert. Der „Verdeckte Ermittler (VE)“ ist in § 110a Abs. 2 StPO gesetzlich näher geregelt. Einer gesetzlichen Regelung bedarf es daher nicht.

Nicht geregelt ist hingegen der „Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte – NoeP“. Er unterscheidet sich vom VE durch die fehlende Legende. Er hat nur wenige Kontakte zur Zielperson (z.B. Scheinaufkäufer von BtM). Jedoch ist auch dieser Einsatz auf der Grundlage der Ermittlungsgeneralklausel zulässig.

III. 1. f.

Es versteht sich von selbst, dass Vertrauenspersonen nur dann eingesetzt werden, wenn offene Ermittlungen oder der Einsatz „staatlicher Personen“ nicht erfolgversprechend ist. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in Ziff. I.3.2 der Anlage D zur RiStBV verankert. Im Einsatzbereich einer VP oder eines VE handelt es sich regelmäßig um abgeschlossene Gruppen (Ethnien, Clans, Islamisten, Rechts- und Linksextreme oder z.B. Rocker). Hier finden „staatliche Personen“ regelmäßig keinen Zugang. Es ist daher aus ermittlungstaktischen Gründen erforderlich, auf eine VP als „Türöffner“ zurückzugreifen, die dann möglichst die Zutrittsmöglichkeit für eine „staatliche Person“ schaffen soll.

Anzumerken ist, dass in Einzelfällen auch ausländische Verdeckte Ermittler eingesetzt werden können. Da diese jedoch nicht den deutschen beamtenrechtlichen Vorschriften unterworfen sind, muss dieser Einsatz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als VP-Einsatz geführt werden (BGH, 1 StR 241/07).

III. 1. g.

Ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten und bietet keine Gewähr für mehr Rechtsstaatlichkeit. Aufgrund der geringeren Eingriffstiefe eines VP-Einsatzes – im Verhältnis zu einem VE – ist ein Richtervorbehalt entbehrlich. Die polizeiliche Einsatzplanung einer VP unterliegt der staatsanwaltschaftlichen Kontrolle, da es deren Zustimmung zum Einsatz bedarf. Dies erscheint eine ausreichende rechtsstaatliche Kontrolle, da das Bundesverfassungsgericht der Staatsanwaltschaft immerhin ein „Wächteramt“ zuschreibt (BVerfG, 2 BvR 2628/10).

Da es im präventiv-polizeilichen Bereich keine Kontrolle der Polizei durch einen unabhängigen Volljuristen gibt, sehen Polizeigesetze einzelner Länder in diesem Bereich einen Richtervorbehalt vor.

III.1. h.

In Baden-Württemberg ist eine zeitliche Befristung des VP-Einsatzes in Ziff. 5.3 Abs. 4 Satz 2 der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums und des Innenministeriums über den Einsatz und die Führung von Vertrauenspersonen (VP) und die Inanspruchnahme von Informanten (VwV VP und Informanten) bereits umgesetzt. Daher wird in der Praxis der hiesigen Behörde die Zustimmung zu einem VP-Einsatz in der Regel auf drei Monate befristet. Sollte der Einsatz über den genehmigten Zeitraum hinaus erforderlich sein, legt die Polizei der Staatsanwaltschaft vor Fristablauf einen

Verlängerungsantrag vor. Eine entsprechende Regelung könnte unproblematisch auch in die Anlage D zur RiStBV aufgenommen werden.

III. 1. i.

Eine parlamentarische Kontrolle erscheint nicht erforderlich. Die Kontrolle durch die Gerichte, die über die Verfahren mit VP-Einsatz zu befinden haben, ist angesichts der gegenüber anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen (TKÜ, Onlinedurchsuchung etc.) deutlich geringeren Eingriffstiefe in Grundrechte von Zielpersonen ausreichend.

Maßgeblich für diesen Ansatz ist letztlich die Überlegung, dass eine VP im Gegensatz zu einem Polizeibeamten über keine Eingriffsbefugnisse verfügt und gegenüber der Zielperson lediglich verschweigt, dass sie die von ihr gewonnenen Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden weitergibt.

III. 1. j.

Die Behandlung der VP-Vernehmung im Strafverfahren hat sich eingespielt und läuft i.d.R. völlig reibungslos ab. Regelmäßig wird durch die oberste Dienstbehörde (Innenministerium des Landes oder Bundes bzw. dem Bundesfinanzministerium bei einer vom Zoll geführten VP) analog § 96 StPO eine Sperrerklärung abgegeben. Daraufhin wird der VP-Führungsbeamte als Zeuge vom Hörensagen vernommen. Dieser Aussage kommt nur ein eingeschränkter Beweiswert zu, da die VP in Person nicht vernommen werden konnte. Ohne weitere, die Aussage der VP stützende Beweisergebnisse, wird es regelmäßig nicht zu einer Verurteilung kommen.

III. 1. k.

Insoweit wird auf die Ausführungen zum Antrag der Fraktion „DIE LINKE“ verwiesen.

III. 1. l.

Es ist gängige Praxis im VP- bzw. VE-Bereich, dass sich Polizeidienststellen eine VP bzw. einen VE gegenseitig „ausleihen“, wenn deren Profil gut zu den Anforderungen einer Zielgruppe passt und die anfordernde Dienststelle über kein geeignetes Personal verfügt. Die VP bzw. der VE wird in diesen Fällen naturgemäß von einem Führungsbeamten der ermittelnden Polizeidienststelle geführt (vgl. Ziff. 8.1 der VwV VP und Informant). Ein Verbot der „Doppelführung“ ist daher abzulehnen.

III. 2.

Gesetzliche Rahmenbedingungen sind nicht erforderlich, da diese in der Anlage D zur RiStBV enthalten sind, die in den Ländern in entsprechende Verwaltungsvorschriften umgesetzt wurden.

Die Zusammenarbeit mit einer VP bzw. einem Informanten wird regelmäßig dahingehend überprüft, ob sich diese Personen als zuverlässig und vertrauenswürdig erwiesen hat. Sollte dies nicht der Fall sein, wird die Zusammenarbeit nicht fortgesetzt.

III. 3.

Die Fragestellung betrifft nicht den Bereich der Strafverfolgung und ist daher von der Innenseite zu thematisieren.

Berufsweg des Verfassers in der Justiz

Zeit	Behörde	Tätigkeit	Statusamt
01/91 – 12/91	StA Mosbach	Jugendstaatsanwalt	Staatsanwalt (Richter auf Probe)
01/92 – 12/92	AG Pforzheim	Zivil- und Vormundschftsrichter	Richter auf Probe
01/93 – 08/01	StA Karlsruhe	OK-Abteilung	Staatsanwalt
09/01 – 02/02	GenStA Karlsruhe	Erprobungsabordnung	Staatsanwalt
03/02 – 07/04	StA Karlsruhe	Leiter Vollstreckungsabteilung, stv. Leiter der Wirtschaftsabteilung u. Staatsschutzverfahren für gesamt Baden	Staatsanwalt als Gruppenleiter
08/04 – 03/06	StA Karlsruhe	Leiter Jugendabteilung; Jugendschutzsachen (insbes. Kinderpornographie)	Oberstaatsanwalt
04/06 – 04/07	StA Heidelberg	Leiter allg. Abteilung, Kapitalsachen und stv. Behördenleiter	Oberstaatsanwalt (ständiger Vertreter des Behördenleiters)

05/07 – 01/17	GenStA Karlsruhe	Ständiger Vertreter des badischen Generalstaatsanwalts	Leitender Oberstaatsanwalt
Seit 02/17 - heute	StA Karlsruhe	Behördenleiter	Leitender Oberstaatsanwalt

gez. Gremmelmaier



Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
europäisches Strafrecht und
neuere Rechtsgeschichte

Prof. Dr. Martin Heger

Stellungnahme zu BT-Drs. 19/25248 u.a. Zur Vorlage an den Rechtsausschuss

I. Zur Thematik

Die beiden vorliegend behandelten Anträge der Fraktion der FDP (Regelung des Einsatzes von V-Personen) und der Fraktion der Linken (Regelung des Umgangs mit Tatprovokationen) betreffen auf den ersten Blick zwei von einander unabhängig zu behandelnde und bislang in der Tat nicht abschließend geklärte Fragen des deutschen Strafverfahrensrechts, die sich punktuell überschneiden (so betrifft Punkt k. des FDP-Antrages die Regelung der Tatprovokation durch V-Personen).

Gemeinsam ist beiden Anträgen aber das Anliegen, derzeit gesetzlich nicht im Detail geregelte Themenkreise des deutschen Strafprozessrechts (bzw. auch des Strafrechts) nunmehr einer Regelung durch ein förmliches Gesetz zuzuführen (innerdienstlich bindende Regelungen gibt es z.T. bereits in Form etwa der Anlage D zu den RiStBV); dabei werden allerdings nur allgemeine Eckpunkte eines solchen Gesetzes angesprochen, ohne dass konkrete Gesetzesvorschläge unterbreitet werden. Bei der Begutachtung der Anträge kann also hier nur allgemein das jeweils dahinterstehende Anliegen bzw. das damit verfolgte Ziel diskutiert werden; eine gutachterliche Befassung mit einem konkreten Vorschlag, die dann auch dessen Struktur, Systematik und vor allem den Wortlaut untersuchen müsste, muss angesichts der (zumindest noch) ausstehenden konkreten Gesetzgebungsvorschläge hier unterbleiben.

Beide Anträge rekurrieren letztlich auf Grund- bzw. Menschenrechtsverstöße, die sich – angeblich – aus dem Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen im deutschen Strafprozessrecht ergeben. Allerdings – und das klingt im FDP-Antrag auch an, tritt aber dann offenkundig im Eifer des Gefechts sogleich wieder zurück – muss man neben den Eingriffen in die Grund- und Menschenrechte der Beschuldigten (um die es bei beiden Anträgen allein geht) in einem Rechtsstaat, der durch Justizge-

Datum:

22.03.2021

Bearbeiter/in:

Geschäftszeichen:

Postanschrift:

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3485
Telefax +49 [30] 2093-3387

<http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hzg/>

Sitz:

Bebelplatz 1
Kommode
Zimmer 232.1

10117 Berlin
Sekretariat: Zimmer 232.2
Frau Schmidt, Tel. 2093 3411

Verkehrsverbindungen:

U- + S-Bahnhof Friedrichsstrasse
Bus 100, 157, M 1, Tram 12
Seite 73 von 127

Sprechzeiten:



währleistung auch den Opfern von Straftaten sowie der Gewährleistung von Freiheit für alle seine Bürger durch Garantie der Absicherung der Freiheitsbetätigung auch gegenüber kriminellen Eingriffen durch Dritte (und nicht nur durch den Staat) dienen muss, immer bedenken, dass erhebliche Eingriffe in die derzeit praktizierten und vom Bundesverfassungsgericht nicht für rechtswidrig erklärten Ermittlungsinstrumente möglicherweise ohne dahingehenden (verfassungs-) rechtlichen Zwang die Erfüllung der Schutzgewährleistung der Öffentlichen Gewalt gegenüber kriminellen Angriffen erschweren oder gar verunmöglichen können. Dass Organisierte Kriminalität derzeit eine – lange offenbar nicht richtig eingeschätzte – Rolle spielt (so ist das Investment mafiöser Organisationen vor allem in Ostdeutschland im ersten Jahrzehnt nach der Wiedervereinigung erst später sichtbar geworden – heute würde man dieses „Betongold“ wohl zutreffend der Geldwäsche zuordnen), hat sich in den letzten 15 Jahren deutlich gezeigt. Beispiele sind das Öffentlichwerden der Aktivitäten der italienischen Mafien (hierfür werden zumeist die Morde von Duisburg 2007 genannt, die aber eben nur deutlich machten, welche kriminellen Strukturen in Deutschland bereits zuvor aufgebaut worden sind), vergleichbaren kriminellen Organisationen mit ihrem Schwerpunkt außerhalb von Italien und – nicht nur in Berlin – die sog. Clan-Kriminalität. Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren mit Recht zu folgenden Reformen des materiellen Strafrechts veranlasst gesehen:

- Ausbau der Vermögensabschöpfung durch Reform der §§ 73 ff. StGB (2017),
- Erweiterung des Anwendungsbereichs der Organisationsdelikte vor allem auch in Richtung auf Mafia-ähnliche Strukturen durch Schaffung der §§ 129 Abs. 2, 129a Abs. 2 StGB (2017) sowie
- Ausbau der Geldwäsche-Strafbarkeit durch Änderung von § 261 StGB (2021).

Auch hiergegen wurden wiederholt verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, doch hat das jüngste Urteil des BVerfG zur rückwirkenden Vermögensabschöpfung deutlich gemacht, dass die Bekämpfung des organisierten Verbrechens ein sehr wichtiges Anliegen ist, welches der Strafjustiz daher selbst massive Eingriffe wie eine echte Rückwirkung erlaubt (da dieses Urteil erst Anfang März veröffentlicht wurde, konnte darauf von den Antragstellern nicht mehr Rekurs genommen werden).

Das materielle Strafrecht bedarf aber natürlich immer der Durchsetzung in einem Strafverfahren; bewirkt das Strafprozessrecht mangels effektiver Ermittlungsmöglichkeiten einen faktischen Leerlauf des bestehenden materiellen Strafrechts, kann letzteres nicht effektiv die Missstände etwa durch Aktivitäten der Mafien bekämpfen. Vor diesem Hintergrund sollte man unbedingt vermeiden, dass gut gemeinte, von Verfassungs wegen aber – zumindest mit Blick auf die Rechtsprechung des dafür zuständigen BVerfG – nicht unbedingt gebotene Maßnahmen, welche die mit Recht geschaffenen materiell-strafrechtlichen Instrumente de facto konterkarieren können, jedenfalls solange nicht „ohne Not“ implementiert werden, solange man nicht sicher sein kann, dass die effektive Bekämpfung des organisierten Verbrechens nicht dadurch auf der Strecke bleiben könnte. Schließlich ist zu betonen, dass es ja bereits seit zwei Jahrzehnten mit §§ 161, 163 StPO eine Ermittlungsgeneralklausel gibt, die etwa nach dem damaligen gesetzgeberischen Willen gerade auch den Einsatz von V-Personen absichern sollte. Und in Hinsicht auf die Tatprovokation – sei es durch staatliche Beamte oder durch V-Personen – ist anzumerken, dass ja nach der Rechtsprechung des BVerfG zumindest seit „Görgülü“ die im Antrag zitierten Urteile des EGMR in den Deutschland betreffenden Rechtssachen „Furcht“ (2014) und „Akbay“ (2020) – soweit es geht – durch Interpretation des deutschen Rechts in das deutsche Strafverfahrensrecht Eingang gefunden haben bzw. in Zukunft haben müssen.

II. Zum Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/25248

Ob die in dem FDP-Antrag als Beleg angeführte Entscheidung des BVerfG – Urt. v. 24.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., NJW 2016, 1781 (BKA-Gesetz) – zur Begründung der Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden trägt, halte ich für fraglich. Sie befasst sich, soweit ersichtlich, entgegen der Antragsbegründung nicht mit den §§ 161, 163 StPO als Eingriffsermächtigung, sondern mit gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften, die die elektronische Überwachung von Wohnräumen, die online-Durchsuchung und die Telekommunikationsüberwachung regeln. Vertrauenspersonen sind dort nicht angesprochen. Allenfalls in ganz allgemeiner Form können die Ausführungen dieser Entscheidung herangezogen werden, um die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung bestimmter Einsatzformen von Vertrauenspersonen zu rechtfertigen. Andererseits ist zu bedenken, dass es in den fünf Jahren seit der genannten Entscheidung sicherlich den einen oder anderen Fall mit V-Mann-Bezug gegeben haben dürfte, so dass sich daraus – dass Allerdings hat das BVerfG an anderer Stelle – Besch. v. 1.3.2000 2 BvR 2017/94, NStZ 200, 489 – ausgeführt, der „gezielte Einsatz von Vertrauenspersonen“ und ihr Vorgehen „im Rahmen des erteilten Auftrags“ stelle unter Umständen keine „passive Informationsentgegennahme“ dar und bedürfe dann einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung. Daraufhin hat allerdings dem Gesetzgeber zum 1.11.2000 eben die bereits angesprochene Ermittlungsgeneralklausel des § 161 StPO geschaffen. Obwohl es in den letzten gut zwei Jahrzehnten Strafprozesse gegeben haben muss, in denen auch der Einsatz von V-Personen eine Rolle gespielt hat, hat sich das BVerfG – auch nicht en passant im BKA-Urteil – nicht erneut dazu geäußert, so dass es den Anschein hat, als genüge § 161 StPO unverändert den Erwartungen von Verfassungen wegen.

Dass es daher (wohl) derzeit keinen verfassungsrechtlichen Druck gibt, diese Ermächtigungsnorm en detail auszubuchstabieren, heißt natürlich nicht, dass sich der Gesetzgeber nicht durchaus mit dieser Frage auseinandersetzen könnte (und vielleicht sogar sollte). Allerdings bedarf es dazu sicherlich einer intensiven und damit auch zeitaufwändigen Diskussion etwa in einer Enquete-Kommission. Da bereits in wenigen Monaten diese Legislaturperiode zu Ende geht und – wie zuletzt zu lesen war – nicht einmal mehr alle bereits eingebrachten Gesetzgebungsvorhaben auf dem Gebiet des Strafrechts abgeschlossen werden dürften, bin ich wenig optimistisch, dass sie dieser umfängliche Katalog durchaus zu recht gestellter Fragen nicht nur wissenschaftlich fundiert abarbeiten lässt, sondern darauf aufbauend diese Erkenntnisse auch noch in einen Gesetzesvorschlag gegossen und im Bundestag beschlossen werden können. Dann sollte man aber nicht jetzt in einem Schnellschuss eine wenig fundierte Regelung beschließen, deren Umsetzung kaum noch möglich erscheint, sondern so ehrlich sein, dieses Projekt an den Anfang der nächsten Legislaturperiode zu stellen (ggf. mit der sogleich zu diskutierenden Tatprovokation).

Grundsätzlich spricht sicherlich manches für eine gesetzliche Regelung, wengleich ich unverändert nicht völlig überzeugt bin, ob eine solche wirklich verfassungsrechtlich geboten ist; umgekehrt ist aber natürlich völlig klar, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen jedenfalls nicht gehindert wäre, eine gegenüber der bisherigen Ermittlungsgeneralklausel detailliertere gesetzliche Regelung zu schaffen. Etwas skeptisch wäre ich allerdings bei einer Übernahme des im Antrag erwähnten Modells des § 9b BVerfSchG, denn darin wird ja schlicht die Regelung des § 9a BVerfSchG für Verdeckte Mitarbeiter auch auf Vertrauensleute übernommen. Es mag sein, dass dies zur Aufklärungsarbeit im Rahmen der Aufgaben des Verfassungsschutzes das beste Mittel ist. Für die Verfolgung von Straftaten erschiene mir eine Übernahme der bewährten Regelungen für Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff. StPO) auch auf V-Leute nicht ohne weiteres sachgerecht. Der Gedanke, wenn

schon die Verfassungsschutzbehörden nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung Vertrauenspersonen einsetzen dürfen, müsse dies erst recht für Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden gelten, führt jedenfalls nicht weiter. Zum einen ist die tatsächliche Lage (soweit ich das einschätzen kann) unterschiedlich: Auf der Seite der Verfassungsschutzbehörden geht es um Gefahren von erheblicher Bedeutung für die Sicherheit des Staates und seiner Verfassungsorgane. § 9b BVerschG erlaubt insoweit ganz allgemein den Einsatz von Vertrauenspersonen, ohne spezifische Befugnisse zu bestimmten individuellen Grundrechtseingriffen vorzusehen. Auf der anderen Seite der Strafverfolgungsbehörden geht es um die ganze Breite von Kriminalität und die Vielgestaltigkeit der „Vertrauenspersonen“ – Hinweis- oder Tippgeber, zu schützende wirkliche Zeuginnen und Zeugen, bezahlte und unbezahlte Informanten.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Anmerkungen zu den im Antrag aufgeführten Einzelpunkten zu verstehen:

- Sollte sich der Gesetzgeber zu einer Regelung des V-Mann-Einsatzes entscheiden, müsste er natürlich den Einsatzbereich beschränken und – wie es schon jetzt der Praxis entsprechen dürfte – „nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Entsprechende Regelungen gibt es bereits in Anlage D zu den RiStBV (z.B. für Brandenburg).
- Ob die Voraussetzungen und Grenzen einer Tätigkeit als V-Person abschließend geregelt werden sollten, erscheint mir demgegenüber zweifelhaft; man mag in der Tat Minderjährige ausscheiden, aber im Übrigen muss man – wenn man die naheliegenden Objekte wie Mafien und Clan-Kriminalität mit zugrundeliegenden familiären Strukturen in den Blick nimmt – wohl nehmen, wen man bekommen kann. Bei einem pauschalen Ausschluss für „Schwerkriminelle“ wäre ich schon deshalb zurückhaltender, weil man dann genau sagen müsste, wen man meint (und ob dies nur bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines schweren Verbrechens gelten soll oder auch bei – welchem? – Verdacht).
- Die konkreten Regelungen für Grundrechtseingriffe sind m.E. kaum klar in den Griff zu bekommen. Wenn man etwa ein Familienmitglied als V-Person zur strafrechtlichen Verfolgung einer Mafia angeworben hat, ist es kaum denkbar zu regeln, wann diese Person etwa die Wohnung mutmaßlich krimineller Angehöriger besucht etc. Das gilt insbesondere für den persönlichen Lebensbereich; müsste der neu angeworbene V-Mann aus diesem Milieu etwa sein Liebesleben mit mutmaßlich kriminellen Angehörigen aufgeben oder die in diesem Zusammenhang erlangten Kenntnisse aus seinem Hirn löschen, wäre das aus meiner Sicht kaum sinnvoll denkbar.
- Schwierigkeiten hätte ich auch mit einer zeitlichen Begrenzung; was ist, wenn unklar bleibt, ob der V-Mann (der ja möglicherweise auch nach dem Ablauf einer Frist weiterhin im Milieu tätig bleibt) seine Erkenntnis vor oder nach Zeitablauf gewonnen hat.
- Eine klare Abgrenzung von V-Leuten gegenüber anderen Hinweisgeber, Verdeckten Ermittler und NOEP erscheint mir sinnvoll, aber eben auch nicht zwingend kurzfristig notwendig.
- Dass man in der Sache einen V-Mann-Einsatz als ultima ratio ansehen sollte, halte ich im Grundsatz durchaus für überzeugend; allerdings führen explizite Subsidiaritätsklauseln insoweit zu einer weiteren Konkurrenz mit ebensolchen etwa für den Einsatz Verdeckter Ermittler und für die TKÜ (gibt es viele Subsidiaritätsklauseln, heben diese sich untereinander faktisch auf – oder man erlässt eine neuartige Priorisierungsregelung, welche Subsidiaritätsklausel vorrangig sein soll).

- Eine parlamentarische Kontrolle von V-Mann-Einsätzen klingt zunächst gut, hat aber möglicherweise Tücken, schon weil ja hier vor allem die 16 Bundesländer, die im Regelfall für die Ermittlungsverfahren zuständig sind, angesprochen sind. Damit wären auch 16 Länderparlamente sowie u.U. auch der Bundestag in diese Kontrolle einbezogen. Man müsste aber – auch im Interesse von Leib und Leben der V-Leute – sicherstellen, dass tatsächlich auf diesem Wege dauerhaft keine sensiblen Informationen in die Öffentlichkeit oder zu Personen im Milieu gelangen.
- Milieubedingte Straftaten sind ein typisches Problem, denn vor allem aus kriminellen Milieus angeworbene V-Leute werden sich zuvor (und möglicherweise auch danach) noch das eine oder andere Mal „die Finger schmutzig machen“. Würde man gesetzlich verbieten, V-Leute weiter abzuschöpfen, wenn sie sich unverändert – wie vor ihrer Anwerbung – am kriminellen Verhalten innerhalb ihres Milieus beteiligen, würde man nur milieuintern zu reglmäßigen „Keuschheitsproben“ einladen, ohne dass man mit Blick auf die angestrebte Bekämpfung vor allem des organisierten Verbrechens irgendeinen Schritt weiterkäme. Was macht man, wenn ein V-Mann weiterhin milieubedingten Taten begeht und über die anderen Taten wahrheitsgemäß berichtet? Natürlich könnte man auf deren Informationen auch verzichten, doch wäre das zur Bekämpfung vor allem solcher Strukturen misslich, in die man auf andere Weise nicht eindringen kann.
- Ein Richtervorbehalt wäre sinnvoll, wenn man eine Person – ähnlich wie einen Verdeckten Ermittler – in ein Milieu einzuschleusen versucht; geht es dagegen um die Anwerbung einer Person, die bereits eine Funktion in einer kriminellen Organisation wahrnimmt, fürchte ich, dass ein Richtervorbehalt deren Anwerbung faktisch häufig verunmöglichen oder jedenfalls nachhaltig verzögern würde. Das wäre aus meiner Sicht nicht im Interesse einer effektiven Bekämpfung gerade des organisierten Verbrechens.
- Das Verbot der Doppelführung erscheint mir durchaus sinnvoll. Sollte es nicht zu einer gesetzlichen Regelung kommen, könnte man dieses ja auch in für die Ermittlungsorgane innerdienstlich bindenden Richtlinien verankern.
- Die Frage der strafprozessualen Einführung von durch V-Leuten gewonnenen Beweisen ist ja in dem Sinne eigentlich bereits geregelt, dass sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK eine Möglichkeit zur Befragung des eigentlichen Belastungszeugens, d.h. hier regelmäßig der V-Person, ergeben muss. In der Praxis wird dies wohl nicht selten so gehandhabt, dass auf der Basis der V-Mann-Informationen etwa eine TKÜ veranlasst wird, die dann als solche (und eben nicht im Wege des Zeugenbeweises) in das Verfahren eingeführt wird. Möglich sind natürlich auch Regelungen über das Zeugnis vom Hörensagen (durch den V-Mann-Führer) und/oder ein In-Camera-Verfahren, doch sollte man diese dann nicht auf die V-Mann-Problematik beschränken, sondern auch die anderen hierfür denkbaren Fälle mitbedenken.
- Eine Tatprovokation innerhalb des Milieus dürfte zum Normalsten der Welt zählen und kann natürlich keinesfalls etwa zur Straffreiheit für den Angestifteten führen. Rechtsstaatswidrig kann eine solche daher nur sein, wenn vom Staat (z.B. dem V-Mann-Führer) eine dahingehende rechtsstaatswidrige Weisung an die V-Person ergeht.

Diese Kritikpunkte sollen nicht heißen, dass man zu den genannten Punkten keinerlei Regelung treffen könnte. Vielmehr zeigen die in Anlage D zur RiStBV enthaltenen, teilweise durchaus detaillierten Regelungen auf, was bereits jetzt – wenn auch nicht gesetzlich – geregelt ist und im Grundsatz sicherlich auch in ein Gesetz übernommen werden könnte. Allerdings müsste dies eben im Einzelfall und mit Blick auf die Folgen jeweils ausführlich

diskutiert werden; zugleich sollte auch jeweils bedacht werden, ob die Regelung – etwa im Beweisrecht – nicht allein auf die V-Mann-Problematik zielt, sondern auch darüber hinaus Bedeutung haben könnte. Dann sollte auch dies jeweils mitgeregelt werden, damit nicht neue Inbalancen auftreten.

Besonders wichtig erschiene mir dabei zu regeln, dass die Verfolgungsbehörden nicht letztlich die Regelungen für Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff. StPO) umgehen, indem sie in vergleichbarer Weise nicht als Polizeibeamte tätige Personen in das Milieu einschleusen. Umgekehrt wäre ich tendenziell deutlich zurückhaltender mit zwingenden Regelungen, wenn und soweit es um die Anwerbung von V-Leuten im Milieu geht, weil man sich damit möglicherweise und ohne Not der einzigen erfolgsversprechenden Mittel entledigt. Das spricht sich schnell herum, so dass man damit faktisch das kriminelle Milieu ermutigt, die gesetzlich verbürgte Freiheit vom V-Mann-Einsatz umfänglich auszunutzen. Ähnliche Effekte hatte man vor einigen Jahren, als in der Öffentlichkeit bekannt wurde, dass damals Mobiltelefone nicht so gut wie ortsfeste Leitungen abgehört werden konnten. Die in letzter Zeit vor allem auch im Bereich der Vermögensabschöpfung erkennbaren Ermittlungserfolge könnten schnell wieder ausbleiben. Auch deshalb würde ich im Moment von kurzfristigen Experimenten noch abraten wollen.

III. Zum Antrag der Fraktion der Linken, BT-Drs. 19/25352

In diesem Antrag wird vorgeschlagen, einerseits die Tatprovokation im Lichte der Urteile des EGMR zu regeln (dazu unter 1.), andererseits nach einer Tatprovokation die Haftentschädigung für den zwischenzeitlich daraufhin Inhaftierten zu erhöhen (dazu unter 2.).

1. Zur Regelung der Folgen einer Tatprovokation

In der Tat könnte der deutsche Gesetzgeber in der StPO (oder in einem speziellen Gesetz zum Umgang mit den Folgen von Verurteilungen durch den EGMR o.ä.) mehr oder weniger detaillierte Regelungen zu den Folgen einer Tatprovokation niederlegen, wobei er sich zumindest zur Vermeidung weiterer Verurteilungen durch den EGMR an dessen Entscheidungspraxis zu orientieren hat. Allerdings hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit keinsfalls jede Deutschland betreffende Entscheidung zum Anlass genommen, ein darin kritisierendes Rechtsinstitut gesetzlich zu ändern. Der Grund ist, dass normalerweise – sofern nicht der zwingende Wortlaut einer Norm dem entgegensteht – die deutschen Gerichte bei der Interpretation einer Norm bzw. eines anerkannten Rechtsinstituts (dazu wird man die Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, aber auch die Regelungen zum Umgang mit Beweisen zu zählen haben) zu einer Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR bereits verpflichtet sind. Auch wenn es daher nicht zu einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im hier angedachten Sinne kommt, hat dies deshalb keinen Einfluss auf die Rechtsprechung, weil diese ohnehin die Entscheidungen des EGMR in den beiden Fällen „Furcht“ und „Akbay“ gebührend berücksichtigen muss; tun die Gerichte das nicht, liegt ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter vor, der mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht und durchgesetzt werden kann. Bei einem bewussten Verstoß gegen bekannte Urteile des EGMR kann man sogar an eine Strafbarkeit der Richter wegen Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB denken.

Natürlich mag eine gesetzliche Regelung dann naheliegend sein, wenn die Urteile des EGMR zwar eine Absage an die frühere Praxis formulieren, die Lösung der dahinterstehenden Frage aber ihrerseits offenlassen wollen. Auch in solchen Fällen ist es natürlich möglich, dass der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlässt zu bestimmen, in welcher Weise dem vom EGMR geäußerten Monitum am besten Abhilfe geschaffen werden kann.

Gibt es dann noch Unklarheiten, könnte man immer noch eingreifen. Betrachtet man die vorliegende Rechtsprechung, so wird in der Tat konstatiert, dass die nach dem Urteil im Fall „Furcht“ mit diesem Thema befassten Strafsenate zumindest in den veröffentlichten Urteilen unterschiedliche Lösungsansätze gewählt haben. Dies ist aber auch kein Wunder, denn die Argumentation des EGMR in diesen Fällen – und schon in dem Portugal betreffenden ersten derartigen Fall „Teixeira de Castro“ (1998) – lässt mehrere mögliche Schlüsse zu:

- So könnte dem vom EGMR konstatierten Verstoß gegen eine faire Verfahren durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses Abhilfe geschaffen werden.
- Andererseits wird eine Beweislösung erwogen dergestalt, dass die Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen soll.
- Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich schließlich auch eine Lösung auf materiell-rechtlicher (und nicht prozessualer) Ebene, indem dem unverdächtig zur Tatbegehung Provozierten ein persönlicher Strafaufhebungsgrund zugebilligt wird (so von *I. Roxin*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, 1371 ff.).
- Selbst die Strafzumessungsregelung ist dann „noch nicht vom Tisch“, wenn aufgrund der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation eine Reduzierung der Strafe auf Null angezeigt sein sollte (so *Sinn/Maly* NSTZ 2015, 379, 382).

Ausgedient hat nur eine „normale“ Strafzumessungsregelung mit einem Strafabschlag wegen der Provokation oder erst recht eine bloße Vollstreckungslösung. Die materiell-rechtlichen Lösungen haben deshalb aus meiner Sicht durchaus Charme, weil sie dem Geschehen vollumfänglich Rechnung tragen können. Denn die rechtsstaatswidrige Provokation – sei es durch einen staatlichen Akteur oder über eine V-Person mittelbar dem Staat zurechenbar veranlasst – muss ja (das ist wichtig) zu einer für den Provozierten vorsätzlichen, rechtswidrigen und schuldhaften Straftatbegehung geführt haben. Hat die Provokation ihn dagegen – etwa durch Drohungen für Leib, Leben oder Freiheit o.ä. – in einen Nötigungsnotstand versetzt, ist er regelmäßig wegen § 35 StGB entschuldigt; und hat die Provokation zur Folge, dass etwa dem nachmaligen Täter der Vorsatz fehlt (etwa weil der Provokateur den Provozierten irrig vom Einverständnis des Opfers mit dem Tun überzeugt hat – man denke nur an den ganz aktuellen „Rollenspiel“-Fall des BGH zur Vergewaltigung in mittelbarer Täterschaft), entfällt deshalb eine Strafbarkeit (sofern nicht auch eine Fahrlässigkeits-Strafbarkeit angedroht ist). Hält man sich dies alles vor Augen, sollte man diese Frage – und vor allem die Verortung im prozessualen und/oder materiellen Recht – vor einem gesetzgeberischen Schnellschuss im Lichte der aktuellen Urteile des EGMR gründlich abwägen. Sollte bis dahin die deutsche Justiz einen der genannten möglichen Wege zur Konkordanz mit der EGMR-Judikatur wählen, wäre dies vor allem im Hinblick auf die daraus resultierende Befolgungspflicht ausreichend.

Das weit größere Problem, welches der Gesetzgeber – will er diese Materie nicht der Rechtsprechung überantworten – in allgemeingültiger Weise klären müsste, wäre freilich, unter welchen Umständen eine bis dahin unverdächtige Person Opfer einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geworden ist. Klar ist natürlich, dass dies der Fall sein muss, wenn die provozierte Person weder bislang strafrechtlich in Erscheinung getreten ist noch vor der Provokation irgendeinen Verdacht erregt hat. Aber wie ist der Kleindealer zu behandeln, den man zum großen Geschäft provoziert frei nach dem Fall „Akabay“, der mit Hasch vielleicht schon, aber nicht mit Heroin Handel treiben wollte. Immerhin geht es um das gleiche Gesetz; wer zum Handel mit Hasch in kleinen Mengen bereit ist, verstößt ebenso gegen das BtMG wie derjenige, der aufgrund der Provokation dann Tonnenweise Heroin beschaffen soll. Die Strafe ist sicher nicht die gleiche, das Rechtsgut – die Volks-

gesundheit – natürlich schon. Solche Fälle lassen sich natürlich auch für andere Tatbestandsgruppen bilden. Diesen Aspekt kann ich hier aus Zeitgründen nicht näher ausführen, möchte aber darauf hinweisen, dass die angedachte ausführliche Debatte – vielleicht auch auf der Basis konkreter Gesetzesvorschläge oder zu deren Ausarbeitung – auch diesen Aspekt nicht vernachlässigen darf.

2. Zur Entschädigung

Die Linke fordert für einen nach rechtsstaatswidriger Tatprovokation Inhaftierten pro Hafttag eine Entschädigung von 250 EUR, während der für andere Fälle unrechtmäßiger Inhaftierung erst im Vorjahr auf 75 EUR erhöhte Satz des § 7 StrEG daneben offensichtlich bestehen bleiben soll. Das erschien mir absurd, denn immerhin hat der zur Tat Provozierte (s.o.) sich zu dieser außerhalb einer Rechtfertigungs- oder Entschuldigungssituation – d.h. ohne rechtliche Not – hinreißen lassen (zugunsten des „falschen Freundes“, der dies von ihm wollte und den er nicht als staatlichen Akteur erkannt hatte – die Situation ist aus seiner Sicht bis zu Bekanntwerden des staatlichen Veranlassens keine andere, als wenn ein solcher Freund ihn zu diesem Tun veranlasst hätte, ohne dazu vom Staat motiviert zu sein; dann wäre völlig unstrittig, dass der Veranlasste selbst als Täter strafbar wäre – und eine Anstiftung durch einen „Freund“ stellt bekanntlich mit guten Gründen keinen Strafmilderungsgrund dar). Würde man als Lösung der Tatprovokation ein Verfahrenshindernis wählen, spräche die diesbezügliche Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 2 StrEG sogar dafür, dass nicht in jedem Fall überhaupt eine Haftentschädigung gewährt würde!

Dazu kommt, dass der Vorschlag evident gleichheitswidrig und damit im Lichte von Art. 3 GG verfassungswidrig sein dürfte; man stelle sich nur vor, der Provozierte erhalte mehr als 300 % des Satzes eines Inhaftierten, bei dem sich später – etwa im Wiederaufnahmeverfahren – die völlige Unschuld herausstellt (z.B. eine Verwechslung); dies ist zwar in jedem Prozess ein theoretisches Risiko und lässt sich nicht vermeiden. Im Unterschied zu dem Provozierten hat der erwiesenermaßen Unschuldige aber nicht einmal rechtswidrig und schuldhaft einen Tatbestand verwirklicht! Generell sollte man vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK (die die Antragsteller hier möglicherweise übersehen haben), die bei Nichtverurteilung für jeden streitet, grundsätzlich keine Differenzierung vornehmen, es sei denn, der unrechtmäßig Inhaftierte hat etwa aus Eigeninteresse (z.B. um den Winter im Gefängnis zu verbringen oder auch um sich Bedrohungen außerhalb der Gefängnismauern zu entziehen) seine Inhaftierung durch Falschbezeichnung etc. selbst verursacht (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 StrEG).

IV. Fazit

Angesichts der in dieser Legislatur noch zur Verfügung stehenden Zeit und dem Fehlen konkreter Gesetzesvorschläge (die ja erst noch erarbeitet und sodann kritisch diskutiert werden müssten) erscheint mir die von den Antragstellern jeweils angedachte offenbar kurzfristige Entscheidung zu einer sofortigen Gesetzgebung nicht zielführend. Sinnvoller erschien es mir demgegenüber, die mit Recht als Diskussionspunkte genannten Aspekte zu Beginn der nächsten Legislaturperiode einer eingehenden wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion über das inhaltliche Für und Wider sowie über den konkreten Wortlaut möglicher Bestimmungen zuzuführen.

Würde man jetzt noch in einem Schnellschuss ohne echte Not neue Gesetze beschließen, wäre der gesamte Verfolgungsapparat zunächst daran gebunden. Die vertiefte Erörterung der dahinterstehenden Fragen, die sicherlich sinnvoll ist, wäre faktisch geblockt, schon weil der Gesetzgeber nicht unmittelbar nach dem Beschluss eines neuen Gesetzes diese

sogleich in Frage stellen sollte. Fehler bei der Ausgestaltung der Normen im Detail wären vorprogrammiert. Vor allem aber bestünde aus meiner Sicht die sehr reelle Gefahr, dass durch eventuell nur geringfügig zu eng gezogene, in der Praxis dadurch aber teilweise paralyisierte Regelungen vor allem zum Einsatz von V-Personen entweder die Polizei bei ihren notwendigen Ermittlungsmaßnahmen insbesondere gegen Organisierte Kriminalität durch unnötige Schranken blockieren würden oder aber – missachtete die Polizei in einer konkreten Situation solche gesetzlichen Vorgaben aus inhaltlich gut nachvollziehbaren Gründen – der Rechtsstaat, der ja gerade auf die penible Einhaltung neu beschlossener Gesetze aufbauen muss, irreparablen Schaden erleiden würde. Vor diesem Hintergrund würde ich auch hier dringend zu einer Kriminalpolitik der ruhigen Hand mahnen und eine ausführliche Diskussion zu Beginn der neuen Legislaturperiode anraten.

Abschließend möchte ich noch auf eine Erkenntnis hinweisen, die ich aus der wissenschaftlichen Kooperation mit italienischen Kollegen und Ermittlern gelernt habe. Als ich im Jahr 2011 mit dem damaligen Leiter der italienischen Anti-Mafia-Staatsanwaltschaft und nachmaligen Präsidenten des Senats Fabio Grasso über die dortige Bekämpfungsstrategie gegen die Mafia gesprochen habe, betonte er, dass es dafür einer umfassenden TKÜ-Überwachung bedürfe, wie wir sie in Deutschland nicht haben (und es bislang auch keine Absicht gibt, die TKÜ massiv auszuweiten). Dieses Manko muss man durch andere Ermittlungsformen kompensieren können – oder man kapituliert faktisch vor diesen Formen des organisierten Verbrechens. Deshalb muss man in Deutschland aus meiner Sicht vor allem gegenüber familiär strukturierten Verbrechenstrukturen weiterhin im heutigen Umfang auch auf den Einsatz und die Anwerbung von V-Personen zurückgreifen können. Dafür mag man eine gesetzliche Grundlage schaffen, muss aber dabei so sorgfältig vorgehen, dass man nicht auch bloß für einige Zeit das Ziel der Bekämpfung solcher für die Gesellschaft wie den Staat höchst gefährlicher Verbrechenssyndikate aus dem Blick verliert. Dies lässt sich sachgerecht umsetzen, indem der Deutsche Bundestag unmittelbar nach Beginn der nächsten Legislaturperiode eine entsprechende Enquete-Kommission einsetzt und deren Erkenntnisse sonach – aufbauend auf daraus abgeleitete Vorschläge aus dem BMJV – in sich stimmige Gesetzesvorschläge gießt.

In diesem Zusammenhang könnte dann auch die Entscheidung, auf welche Weise die Urteile des EGMR zur Tatprovokation am bruchlosesten in das deutsche Strafrecht und/oder Strafverfahrensrecht implementiert werden sollen, getroffen werden. Nur eines möchte ich hierzu noch einmal festhalten: Die Entschädigung für zu Unrecht erlittene Haft sollte unbedingt für alle zugrundeliegenden Fälle gleich bleiben; will man nach Tatprovokationen pro Tag 250 EUR bezahlen, muss dies gleichermaßen nach anders begründeten Fällen unrechtmäßig verbüßter Haft gelten (oder man verbleibt in allen diesen Fällen bei den im Vorjahr beschlossenen 75 EUR pro Tag unrechtmäßig erlittener Haft). Gibt es auf staatlicher Seite zu sanktionierendes Fehlverhalten von Beamten oder anderen Amtsträgern, muss dieses sanktioniert werden – aber nicht in Form eines gegenüber den Opfern anderer Fehlurteile unerklärlichen „Geschenks“ für die aufgrund einer Tatprovokation Inhaftierten, sondern durch Strafen und/oder disziplinar- bzw. arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber den dafür Verantwortlichen.

Prof. Dr. Martin Heger

Peter Holzwarth
Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Stuttgart

19.3.2021

Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 24.3.2021

1. Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln

BT – Drucksache 19/25248

2. Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen

BT – Drucksache 19/25352

I. Zur Person

Seit 1994 im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg

1994 Richter am Amtsgericht Heilbronn

1995 – 1998 Dezernent bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart, Abteilung für Steuerstrafsachen

1998 – 2001 Dezernent bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart, Abteilung für organisierte Kriminalität

2002 – 2005 Abordnung an die Bundesanwaltschaft Karlsruhe

2005 Abordnung an die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart

2006 – 2013 stellvertretender Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart, Abteilung für organisierte Kriminalität

Seit 2013 Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart, Abteilung für organisierte Kriminalität

II. Zur Sache

Vorbemerkung:

Als Praktiker will ich mich darauf beschränken, zu den aufgeworfenen Fragen auf der Grundlage meiner langjährigen Erfahrungen bei der Inanspruchnahme von Informanten und dem Einsatz von Vertrauenspersonen (VP) **im repressiven Bereich** Stellung zu nehmen.

Dogmatisch mag es Gründe für eine Regelung der Thematik in der Strafprozessordnung geben (s. Gercke, StV 2017, S. 615 ff.; Soiné, ZRP 2021, 47 ff.). Abzuwägen sind letztlich die Erfordernisse einer wirksamen Strafverfolgung gegen die Grundrechte der von den Maßnahmen Betroffenen. Beiden Positionen kommt bekanntlich Verfassungsrang zu.

Das Gutachten der großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zum Thema Vertrauenspersonen und Tatprovokationen (Sitzung vom 20. bis 25 November 2017 in Minden) halte ich grundsätzlich für praxisnah und rechtlich zutreffend. Gleichwohl habe ich - wie gesagt aus der Sicht des Praktikers - die folgenden eigenen Überlegungen angestellt. Dabei definiere ich - in Abweichung von Ziffer 2 Anlage D RiStBV und in Anlehnung an Ziffer 2 der VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009 - Informant als eine Person, die gegen Zusicherung der Vertraulichkeit bereit ist, den Strafverfolgungsbehörden ohne Auftrag erlangte strafrechtlich relevante Informationen zu geben. Erhält die Person von den Strafverfolgungsbehörden Aufträge, ist sie als Vertrauensperson zu führen, auch wenn die Zusammenarbeit nicht zwingend auf längere Zeit angelegt ist. Vertrauensperson definiere ich als eine Person, die ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese mit der Ausführung von Aufträgen bei der Aufklärung von Straftaten zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.

1.

Eigene Thesen

- Der Staatsanwalt steht hinsichtlich fachlicher Qualifikation (Befähigung zum Richteramt), Pflicht zur Objektivität (§ 160 Abs.1 und 2 StPO) und Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs.3 GG) dem Richter gleich. Die Staatsanwaltschaft ist daher als unabhängige Instanz (im Sinne der

Entscheidung BVerfG NJW 2016, 1791, 1792 RN 174) im Ermittlungsverfahren anzusehen.

- Grundlagen (§§ 161, 163 StPO), Möglichkeiten und Grenzen der Sachverhaltsaufklärung mittels Informant und VP sind durch ständige höchstrichterliche Rechtsprechung definiert.
- Die untergesetzlichen Regelungen wie die gemeinsame Richtlinie über die Inanspruchnahme von Informanten und den Einsatz von Vertrauenspersonen (Anlage D RiStBV) sowie die entsprechenden (VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009) und zum Teil auch weitergehenden (z.B. betreffend Belohnungen, Tarndokumente) Verwaltungsvorschriften der Länder binden Staatsanwaltschaft und Polizei.
- Diese Regelungen enthalten klare Vorgaben im Hinblick auf die Voraussetzungen, die Folgen und das Verfahren der Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung. Den Vertrauenspersonen sind nach diesen Regelungen klare und begrenzte Aufträge zu erteilen (z.B. VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009, Ziffer 10.1).
- Im Interesse einer beweisfesten Sachverhaltsaufklärung wird vom Einsatz von Vertrauenspersonen regelmäßig zurückhaltend Gebrauch gemacht. Der Einsatz wird zudem so früh wie möglich durch andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen (technischer oder personeller Art) ersetzt oder zumindest ergänzt (Ziffer 3.2 Anlage D RiStBV; VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009, Ziffer 10.4) – Stichwort: notwendige Kompensation der fehlenden Konfrontation.
- Die Inanspruchnahme von Informanten ist neben polizeilichen Strukturermittlungen der häufigste Ausgangspunkt für erfolgreiche Ermittlungsverfahren im Bereich der organisierten Kriminalität.
- Jedenfalls bei der Inanspruchnahme von Informanten ist aufgrund der rezeptiven Rolle der Ermittlungsbehörden eine vorgängige ermittelungsrichterliche Entscheidung nicht geboten und auch kaum möglich.
- Dem Verfahren vor dem Ermittlungsrichter ist die Vorlage innerdienstlicher Unterlagen fremd (kein „in-camara-Verfahren“). Bei einer Inanspruchnahme von Informanten und einem Einsatz von Vertrauenspersonen fallen regelmäßig solche Unterlagen betreffend die Person des Informanten/der VP und

betreffend diejenigen Sachangaben des Informanten/der VP, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, an (Ziffer 5.5 Anlage D RiStBV).

- Die mit einer ermittlungsrichterlichen Entscheidung verbundenen Anforderungen und Umstände dürften die Bereitschaft von Personen, vertrauliche Hinweise zu geben oder als Vertrauensperson tätig zu werden, reduzieren.
- Selbstverständlich bringt die Inanspruchnahme von Informanten und der Einsatz von Vertrauenspersonen in Einzelfällen Schwierigkeiten mit sich. Diese Schwierigkeiten liegen indes in aller Regel in der Person des Informanten/der VP oder in Ausnahmefällen in der Person des Führungsbeamten begründet. Sie können auch durch einen Richtervorbehalt und weitere gesetzliche Regelungen letztlich nicht ausgeschlossen werden.

2.

Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln, BT -

Drucksache 19/25248

Zu den Forderungen im Antrag (in der dortigen Reihenfolge a. bis I. sowie 2. und 3.)

a)

Auch die o.g. untergesetzlichen Regelungen beschränken den Einsatz von Informanten/VP auf Schwerekriminalität, organisierte Kriminalität, illegalen Betäubungsmittel- und Waffenhandel, Falschgeldkriminalität und Staatsschutzdelikte sowie ausnahmsweise auf sonstige besonders qualifizierte Straftaten erheblicher Bedeutung (VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009, Ziffer 4.2.1; sinngemäß auch Ziffer 3.1 Anlage D RiStBV). Unter anderem diese Voraussetzung hat die Staatsanwaltschaft als objektive, Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe garantierende Behörde (BVerfG NJW 2015, 1944) vor der Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung zu prüfen.

b)

Jedenfalls die o.g. VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009 regelt in Ziffer 4.2.5., dass der Einsatz von Minderjährigen (so übrigens auch Ziffer 3.4 Anlage D RiStBV), Betreuten und akut Suchtkranken unzulässig ist.

c)

Strafbare Handlungen des Informanten/der VP im Einsatz sind unzulässig, sie führen zum Entfallen der Bindung an die gegebene Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung (Ziffer 4. d) Anlage D RiStBV) und werden gemäß § 160 Abs.1 StPO durch die Staatsanwaltschaft verfolgt.

d)

Hinsichtlich der angesprochenen Grundrechtseingriffe ist zunächst zu sehen, dass es sich bei dem Informanten/der VP nicht um eine Ermittlungsperson i.S. des § 152 GVG, sondern um einen (besonderen) Zeugen handelt. Zwangsbefugnisse sind dem Informanten/der VP nicht eingeräumt, Straftaten darf er selbstverständlich nicht begehen. Entsprechende Aufträge werden ihm von seinem polizeilichen Führungsbeamten nicht erteilt. Die erwähnten Grundrechtseingriffe im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung durch den Informanten/die VP finden ausschließlich im Einverständnis des Grundrechtsinhabers statt und bedürfen daher keiner besonderen Eingriffsnorm. Der Beschuldigte geht, offenbart er gegenüber Dritten strafrechtlich relevante Umstände, stets das Risiko ein, strafrechtlich verfolgt zu werden. Es gelten insoweit im Grunde dieselben Erwägungen, wie sie der Große Senat für Strafsachen im Hinblick auf §§ 163a, 136 StPO und den nemo-tenetur-Grundsatz angestellt hat (GSSt 1/96): „...Dieser Sinn der Regelung wird nicht verletzt, wenn eine Privatperson, sei es auch auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden, den Tatverdächtigen in ein Gespräch zu ziehen und von ihm Äußerungen zu erlangen sucht, durch die er sich gegebenenfalls belastet. Es liegt auf der Hand, dass sich der Beschuldigte in dieser Situation nicht durch die Autorität des Befragenden zu einer Äußerung veranlasst sehen kann. Er weiß, dass er sich - wie auch sonst gegenüber beliebigen Dritten - nicht zu äußern braucht. Zum Ausgleich der Autorität, mit der die amtliche Befragung durchgeführt wird, bedarf es in dieser Situation keines Gegengewichts, wie es die Strafprozessordnung im Interesse einer effektiven Gewährleistung der Schweigebefugnis mit dem Belehrungsgebot schaffen will...“.

e)

Die klare Abgrenzung zum Verdeckten Ermittler folgt aus dessen Legaldefinition in § 110a Abs.2 StPO.

f)

Ein grundsätzlicher Vorrang des Einsatzes Verdeckter Ermittler besteht de lege lata nicht. Ein solcher Vorrang des Einsatzes Verdeckter Ermittler oder nicht offen ermittelnder Polizeibeamter würde, sofern er nicht aus der Notwendigkeit der bereits erwähnten beweisfesten Sachverhaltsaufklärung folgt, das in § 161 StPO verankerte Prinzip der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens verletzen und wäre in der Praxis der Kriminalitätsbekämpfung kontraproduktiv. Gerade Verfahren aus dem Bereich der organisierten Kriminalität erfordern flexible, ausdauernde und umfassende Ermittlungsarbeit. Eine Subsidiaritätsklausel findet sich bereits in Ziffer 3.2 Anlage D RiStBV, eine „ultima ratio“ Regelung würde die Strafverfolgung in der Praxis behindern.

g)

Geht man wie oben angenommen davon aus, dass der Staatsanwalt hinsichtlich fachlicher Qualifikation, Pflicht zur Objektivität und Bindung an Recht und Gesetz dem Richter gleichsteht, und dass dem Verfahren vor dem Ermittlungsrichter die Vorlage innerdienstlicher Unterlagen fremd ist (kein „in-camara-Verfahren“), ginge die durch einen Richtervorbehalt zu erlangende Kontrolle bei der Inanspruchnahme von Informanten und dem Einsatz von Vertrauenspersonen über die derzeit bestehende nicht hinaus. Die Staatsanwaltschaft macht sich zum einen ein eigenständiges Bild von der Zuverlässigkeit des Informanten/der VP anhand der zu den innerdienstlichen Generalakten 4110 zu nehmenden entsprechenden Aufzeichnungen des polizeilichen Führungsbeamten. Zum anderen prüft die Staatsanwaltschaft, ob die ausführlichen Sachangaben des Informanten/der VP, die häufig Rückschlüsse auf deren Identität zulassen und deswegen nicht zu den Ermittlungsakten genommen werden können (Ziffer 5.5 Anlage D RiStBV), im Kern mit dem Inhalt des zu den Ermittlungsakten zu nehmenden sogenannten gerichtsverwertbaren Vermerks übereinstimmen. Hinzu kommen die Überprüfung der gegebenen Informationen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei anhand der 4 x 4 Quellenbewertung.

h)

Ziffer 5.3 der VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009 sieht eine zeitliche Befristung des Einsatzes einer Vertrauensperson vor. In der Praxis erfolgt in Anlehnung an

sonstige verdeckte Maßnahmen (etwa § 100b Abs.1 S.4 StPO) eine (erforderlichenfalls zu erneuernde) Befristung auf maximal 3 Monate. Dieselbe Übung herrscht beim Einsatz von Verdeckten Ermittlern, obgleich § 110b Abs.1 S.3 StPO zwar eine Befristung verlangt, aber eine Höchstfrist nicht vorsieht.

i)

Eine solche Kontrollmöglichkeit dürfte sich wegen der Vielzahl der in Betracht kommenden Fälle ähnlich wie die Berichte nach § 100b Abs.5 StPO auf statistische Werte beschränken.

j)

Unbeschadet der (m.E.) offenen Frage der Vorzugswürdigkeit einer strafprozessualen gegenüber einer untergesetzlichen Regelung gilt bislang und sollte fortgelten:

Der Informant/die VP sind sog. Zeugen vom Hörensagen. Ihrer persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung steht die wegen anderenfalls drohenden Gefährdungen oder unzumutbaren Nachteilen erteilte Zusage der Vertraulichkeit/Geheimhaltung entgegen (etwas Anderes gilt dann, wenn dem Gericht die entsprechenden Personalien anderweit bekannt geworden sind). Ihre Identität wird von Seiten der Polizei unter Bezug auf eine analoge Anwendung des § 96 StPO nicht preisgegeben. Anders als der Verdeckte Ermittler, dessen audiovisuell abgetarnte Vernehmung in der Hauptverhandlung seit der Entscheidung des BGH vom 26.9.2002 (BGH NStZ 2003, 274) üblich geworden ist, ist die Vertrauensperson für solche Situationen nicht besonders geschult. Anders als ein Verdeckter Ermittler hat sie nicht die Möglichkeit, sich ihrer Vita nach Abschluss der Ermittlungen mit der Gewissheit eines dauerhaften weiteren Schutzes gänzlich zu entledigen. Wegen erheblicher Gefahren für Leib und Leben überwiegt ihr Interesse, als Privatperson im Strafverfahren keine Wiedererkennungsmerkmale – auch nicht in verfremdeter Form – präsentieren zu müssen, gegenüber dem Interesse eines Angeklagten an einer möglichst unmittelbaren Beweisteilnahme im Strafverfahren (OVG Münster, NJW 2015, 1977). Hinzu kommt: Bestünde eine Verpflichtung des Informanten/der VP sich einer audiovisuell abgetarnten Vernehmung stellen zu müssen, wäre eine zukünftige Rekrutierung solcher Personen äußerst erschwert. Regelmäßig werden die Wahrnehmungen des Informanten/der VP durch den Führungsbeamten als Zeuge vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt. Das fehlende

Konfrontationsrecht wird durch die Pflicht zur vorsichtigen Würdigung dieser Angaben kompensiert. Ein „in-camara-Verfahren“ ist dem Strafprozess fremd. Ein solches Instrument in den Strafprozess einzuführen, würde weitreichende Änderungen im Hinblick auf die Öffentlichkeit, die Anwesenheitsrechte des Angeklagten sowie die Grundsätze der Aktenwahrheit, -klarheit und –vollständigkeit erfordern.

k)

Die Voraussetzungen und Folgen einer unzulässigen Tatprovokation sind durch die Entscheidungen der nationalen Gerichte, welche unter Beachtung der Judikatur des EGMR ergingen, hinreichend geklärt (zuletzt BGH NStZ 2018, 355 mit vielen weiteren Nachweisen) und können auch durch eine weitere gesetzliche Regelung neben der EMRK nicht weiter konkretisiert werden (s. II. 2. k).

l)

Hierzu - insbesondere hinsichtlich einer Führung durch Polizei und Dienste zugleich - kann ich sachverständig keine Erklärung abgeben.

m) (Antrag Ziffer 2)

Die existierenden unter II. 1. a) dritter Spiegelstrich angesprochenen Regelungen legen die Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme von Informanten und den Einsatz von Vertrauenspersonen fest. Es gibt in Baden-Württemberg ferner einen Leitfaden für den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern, der durch interne Standards (wie etwa die grundsätzliche Führung einer VP durch zwei Führungsbeamte, s. auch VwV des JM und des IM BW v. 15.5.2009, Ziffer 9.2, 9.4) ergänzt wird.

n) (Antrag Ziffer 3)

Bundesweit harmonisierte Rechtsgrundlagen sind selbstverständlich stets zu begrüßen.

Im Ergebnis halte ich die Schaffung (weiterer) Rechtsgrundlagen für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen der Strafverfolgung nicht für erforderlich. Sollten (weitere) Rechtsgrundlagen geschaffen werden, dürfte eine

Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft ausreichend und zweckmäßig sein.

3.

**Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen,
BT – Drucksache 19/25352**

Zu den Forderungen im Antrag (in der dortigen Reihenfolge)

a) (Antrag Ziffer 1)

Die Voraussetzungen und Folgen einer unzulässigen Tatprovokation sind durch die Entscheidungen der nationalen Gerichte, welche unter Beachtung der Judikatur des EGMR ergingen, hinreichend geklärt (zuletzt BGH NStZ 2018, 355 mit vielen weiteren Nachweisen) und können auch durch eine weitere gesetzliche Regelung neben der EMRK nicht weiter konkretisiert werden (s. II. 2. k).

b) (Antrag Ziffer 2)

Laut § 7 Abs.3 StrEG beträgt die Entschädigung für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, 75 Euro für jeden angefangenen Tag der Freiheitsentziehung. Eine Erhöhung dieses Betrages auf 250 Euro in Fällen der Freiheitsentziehung infolge rechtsstaatswidriger Tatprovokation schafft eine Art Zweiklassensystem bei der Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen. Führt man sich die vielfältigen - von vorsätzlichem Fehlverhalten beteiligter Personen bis zu schieren Zufällen reichenden - Konstellationen vor Augen, die zur Entstehung einer Entschädigungspflicht führen können, erscheint die geforderte Hervorhebung nicht unbedingt stimmig. Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten könnte sie zudem kaum abschließend sein.

Im Ergebnis halte ich eine gesetzliche Regelung zur Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und zu daraus resultierenden Entschädigungsansprüchen nicht für erforderlich.

Peter Holzwarth

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

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 Ermächtigunggrundlage 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. Mindestanforderung 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, Lockspitzeinsatz 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 diskutiert³ 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 Alptrahms“) 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 *Safferling* 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“, Ito.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_beschlusse/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 gewordene¹¹ – 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 Lockspitzeinsatzes, 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-Westfalen); dazu zuseh. *Eisenberg* GA 2014, 404 (417).

der Strafverfolgung herangezogen werden¹⁴ noch ermächtigen sie zu tatprovokierenden 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 Unübersichtlichkeit¹⁸ 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 Maßgaben¹⁹ 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/Wohlens* 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 Dünnebieber, 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 Integriertheit³⁷ 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 Lockspitzeinsatzes 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-Rechtsprechung⁴⁶ 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 unbeheblichen 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. Mindestanforderung 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* NSStZ 1992, 7 (12), *U. Sommer* NSStZ 1999, 48 (49).

Einsatzes. Eine bloße „Tatgeneigntheit“ oder der mögliche „Verdacht einer zukünftigen Straftat“ – diese Formulierungen finden sich in der Rechtsprechung⁵⁹ – 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 Rechtsprechung⁶⁴ entwickelte Verbot des Quantensprungs bei einem **groben Missverhältnis zwischen Provokation und Tatgeneigntheit** 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 Tatenschlusses 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/Wohlens* 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 Ausnahmefällen⁶⁸ 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); zusef. *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 konzipierten 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** vertretenen und vom **BVerfG** gebilligten **Strafzumessungslösung** eine **klare Absage**. Für eine Berücksichtigung der Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist kein Raum, wenn

⁷⁴ EGMR (5. Sektion), Urtr. 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 Ermittlungsgeneralklausel 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 empfiehlt 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, grundsätzlich unter Richtervorbehalt stehen und darf nur strikt subsidiär angewendet werden. Auf Rechtsfolgenseite hat sie eine Verfahrenseinstellung bei rechtsstaatswidriger Provokation vorzusehen.

Nr. 8/21
März 2021

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Einsatz von Vertrauenspersonen anlässlich der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 24.3.2021

- **Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln, BT-Drucksache 19/25248**
- **Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen, BT-Drucksache 19/25352**

A. Vorbemerkung

Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Forderungen in den Anträgen der FDP-Fraktion sowie der Fraktion Die LINKE. Nachdem in beiden Anträgen das Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zu Vertrauenspersonen zitiert wird, wird dessen Inhalt als bekannt vorausgesetzt.

Der Deutsche Richterbund geht nach wie vor davon aus, dass eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage des Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren nicht zwingend geboten ist. Die Kommission hat demgemäß die augenblickliche Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen 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 erachtet.

Wenn es zwar auch nicht zwingend geboten sein mag, eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage zu schaffen, so hat sich die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes dennoch dafür ausgesprochen, den Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten bereichsspezifisch gesetzlich zu regeln.

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Barbara Stockinger, Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht
Co-Vorsitzende des Deutschen
Richterbundes

Hintergrund für diese Empfehlung war, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen, obwohl seit Jahrzehnten ein gängiges Ermittlungsinstrument, in der Praxis und vor allem in der öffentlichen Wahrnehmung nicht unumstritten ist. Dass sich der Staat Personen aus dem kriminellen Milieu für Ermittlungen bedient, die für diese Tätigkeit regelmäßig auch entlohnt werden, lässt viele 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 den 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 würde der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Regelung auch ein Zeichen setzen, 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 diene 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 beim Bundeskriminalamt - den Eindruck gewonnen, dass die VP-Führung immer 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 gewährleisten.

B. Bewertung im Einzelnen

I. Zum Antrag „Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln“, BT-Drs. 19/25248

Nr. 1 a)

Wie bereits im Gutachten ausgeführt, soll zum Einsatzbereich auf den gesetzlich bereits eingeführten und verwendeten Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung zurückgegriffen werden (§§ 110a, 100g StPO). Ein abschließender Straftatenkatalog wird als zu unflexibel angesehen. Es besteht die Gefahr, dass ein solcher eine zu enge Regelung enthalten würde und regelmäßig überarbeitet werden müsste.

Nr. 1 b)

Neben den Regelungen in der Anlage D der Richtlinien für das Strafverfahren untersagen auch die bestehenden Verwaltungsvorschriften den Einsatz von Minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Personen. Der generelle Ausschluss von Schwerstkriminellen wie in § 9b Abs. 2 Nr. 5 BVerfSchG (Vertrauensperson kann nicht sein, wer wegen eines Verbrechens oder einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe verurteilt wurde), würde erfolgreiche verdeckte Ermittlungen erheblich einschränken, da gerade im Nahbereich Informationen oftmals nur von solchen Personen zu erlangen sind, welche selbst zum kriminellen Milieu gehören. Nach den bestehenden Vorschriften werden Personen, bei denen angedacht ist, sie als Vertrauensperson einzusetzen, soweit möglich hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit und Eignung überprüft. Weder Staatsanwaltschaften noch Ermittlungsbehörden haben ein Interesse daran, mit unzuverlässigen Personen zusammenzuarbeiten.

Nr. 1 c)

Auch eine Vertrauensperson darf keine Straftaten begehen, für eine explizite Regelung dieser Selbstverständlichkeit besteht kein Erfordernis.

Hinzu kommt heute bereits die Regelung in Ziffer 4 d. Anlage D der RiStBV, wonach auch eine Bindung an die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung grundsätzlich entfällt, wenn die Vertrauensperson sich bei ihrer Tätigkeit strafbar macht.

Nr. 1 d)

Da Informant und Vertrauensperson keine Ermittlungspersonen sind, haben sie keinerlei Befugnisse, beispielsweise ohne Zustimmung des Berechtigten Wohnungen zu betreten. Solche Befugnisse können ihnen auch polizeiseits nicht erteilt werden. Da seitens der eingesetzten Vertrauensperson Grundrechte anderer nicht verletzt werden dürfen und im staatlichen Auftrag nichts gegen den Willen der Zielperson gemacht werden darf, besteht für eine gesetzliche Regelung kein Bedarf. Werden dennoch dem Informanten oder der Vertrauensperson gegenüber Äußerungen getätigt, die strafrechtlich Relevantes beinhalten, ist dies dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen. Erfolgt das Betreten einer Wohnung mit Einverständnis des Hausrechtinhabers, wird dessen Grundrecht nicht verletzt.

Nr. 1 e)

Da § 110a StPO den Verdeckten Ermittler definiert – Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln – besteht für eine weitere gesetzliche Abgrenzung zum VE keine Notwendigkeit. Auch der Unterschied zwischen Vertrauensperson und Informant muss nach Ansicht des Richterbundes nicht weiter definiert oder gesetzlich geregelt werden. Die Begriffe „Vertrauensperson“ und „Informant“ sind in Ziff. 2.1 und 2.2 der Anlage D zur RiStBV klar definiert.

Nr. 1 f)

Vertrauenspersonen dürfen, wie die RiStBV in Anlage D Ziffer 3.2 bereits regelt, nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Eine weitergehende Einschränkung durch einen allgemeinen Vorrang des Einsatzes staatlicher Personen und damit verdeckter Ermittler oder nicht offen ermittelnder Polizeibeamter würde die Ermittlungsmöglichkeiten über Gebühr einschränken und damit effektiver Kriminalitätsbekämpfung gerade im Bereich geschlossener Gruppen (Clans, Ethnien, Rocker u.ä.) zuwiderlaufen. Hinsichtlich Informanten sollte sichergestellt sein, dass dies auch dann der Fall ist, wenn durch die Informationen der Anfangsverdacht erst begründet würde.

Nr. 1 g)

Ein Richtervorbehalt ist aus Sicht des Deutschen Richterbundes weder verfassungsrechtlich, noch europarechtlich, noch aus sonstigen Rechtsgründen geboten. Zwar 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 Vertrauenspersonen – 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 Zustimmungsentcheidung von fachkundigen Volljuristen getroffen wird. Ein Richtervorbehalt begründet hier kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit.

Nr. 1 h)

Diese Frage ist aus Sicht des Deutschen Richterbundes nicht einheitlich zu beantworten. In der Praxis ist zu unterscheiden zwischen der Nahbereichs-VP und der operativ eingesetzten Vertrauensperson. Eine zeitliche Befristung erscheint jedenfalls bei Nahbereichs-VPs, die regelmäßig aus einem kriminellen Umfeld berichten, nicht ohne weiteres umsetzbar. Der Einsatz solcher Vertrauenspersonen unterscheidet sich in vielen Bereichen wesentlich von einer operativ eingesetzten Vertrauensperson. Die Nahbereichs-VP ist eher der Gefahr der Aufdeckung ausgesetzt, sie kann aber nicht wie eine operativ eingesetzte Kopie aus dem Nahbereich des Täters wieder abgezogen werden. Sie ist aber insbesondere im Bereich geschlossener Kriminalitätsstrukturen wie Clans oder ethnisch oder herkunftsmäßig gewachsener

Strukturen unentbehrlich, um überhaupt die Möglichkeit zu haben, dort Straftaten aufzuklären. Und gerade in diesen Bereichen erscheint eine zeitliche Befristung nicht angebracht.

Der Einsatz einer operativ eingesetzten Vertrauensperson könnte hingegen entsprechend dem Einsatz verdeckter Ermittler zeitlich befristet werden, Verlängerungsmöglichkeiten ohne Höchstfrist sollten aber vorgesehen werden.

Nr. 1 i)

Eine parlamentarische Kontrolle erscheint nicht erforderlich. Eine solche Kontrollmöglichkeit könnte sich allenfalls auf allgemeine oder statistische Fragen beschränken. Eine inhaltliche Kontrolle wäre nach unserer Überzeugung das Ende gelungener verdeckter Ermittlungen. Im Verfahren erfolgt die Kontrolle durch das Gericht.

Nr. 1 j)

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. Diese Bindungswirkung muss unter bestimmten Voraussetzungen entfallen, wenn bspw. 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.

Eine Regelung oder Verpflichtung der Vernehmung der Vertrauensperson im Rahmen einer – verfremdeten bzw. abgetarnten – audiovisuellen Vernehmung oder im Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) wird wegen der Gefahr der Enttarnung abgelehnt. Zudem würde es die Bereitschaft, mit Behörden zusammenzuarbeiten, erheblich reduzieren und damit Kriminalitätsbekämpfung erschweren.

Nr. 1 k)

Wie bereits im Gutachten der Großen Strafrechtskommission ausgeführt und mit Fundstellen unterlegt, besteht eine gefestigte einheitliche Rechtsprechung sowohl des EGMR als auch der deutschen Obergerichte zur Abgren-

zung zwischen einer erlaubten Tatmotivierung und einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch die Ermittlungsbehörden oder in deren Auftrag tätigen Vertrauenspersonen. 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. Damit ist die Rechtslage nach Auffassung der Kommission durch die Rechtsprechung so eindeutig geklärt, dass es aus ihrer Sicht einer gesetzgeberischen Definition nicht bedarf.

Dagegen vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden sollten. Die Kommission hat hierzu folgende gesetzliche Regelung vorgeschlagen:
„Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“

Nr. 1 I)

Nach Kenntnis des Richterbundes existiert hinsichtlich polizeilicher Vertrauenspersonen ein zentralgeführtes Register, sodass ungewollte Doppelführungen dadurch ausgeschlossen sein sollten. Da es aber durchaus vorkommt, dass sich Dienststellen eine Vertrauensperson oder einen VE gegenseitig „ausleihen“ und dann der Führungsbeamte des Entleihers zuständig ist, würde ein Verbot der „Doppelführung“ auch erhebliche Einschränkungen bedeuten und ist daher abzulehnen.

Hinsichtlich der Gepflogenheiten bei Nachrichtendiensten fehlen jegliche Kenntnisse.

Nr. 2

Die Führung von Vertrauenspersonen ist bereits durch umfassende Verwaltungs- und Dienstvorschriften geregelt. Danach wird die Zusammenarbeit mit einer Vertrauensperson bzw. einem Informanten regelmäßig hinterfragt und auch geprüft, ob sich die Personen als zuverlässig und vertrauenswürdig erwiesen haben. Falls nicht, ist die Zusammenarbeit zu beenden. Darüber hinaus gehende gesetzliche Erfordernisse werden nicht gesehen.

Nr. 3

Mangels detaillierter Kenntnisse können zum Einsatz von polizeilichen Vertrauenspersonen im präventiven Bereich keine Aussagen getroffen werden.

II. Zum Antrag „Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen“, BT-Drucksache 19/25352

Nr. 1

Siehe oben, Antrag der FDP, Nr. 1 k):

Wie bereits im Gutachten der Großen Strafrechtskommission ausgeführt, 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. Damit ist die Rechtslage durch die Rechtsprechung so eindeutig geklärt, dass es einer gesetzgeberischen Definition nicht bedarf.

Dagegen sollten die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden. Die Kommission hat hierzu folgende gesetzliche Regelung vorgeschlagen:

„Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“

Nr. 2

Eine erhöhte Entschädigung in Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation für Schäden, die nicht Vermögensschäden sind, wird abgelehnt. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso jemand, der – zwar provoziert – Straftaten begangen hat, für Freiheitsentziehung höher entschädigt werden soll als jemand, der gänzlich unschuldig in Haft saß.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 17.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit mehr als 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.