



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 5 Januar 2024

#### Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation

##### Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann (Berichtersteller)  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitz  
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Minkoff  
Rechtsanwalt Maximilian Müller  
Rechtsanwalt Jürgen Pauly  
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg  
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz  
Rechtsanwältin Stefanie Schott  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg

Rechtsanwältin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail zentrale@brak.de

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail brak.bxl@brak.eu

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder  
Bundesgerichtshof  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband e. V.  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Strafverteidigervereinigungen  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.  
Deutscher Juristentag e.V.  
Bund Deutscher Kriminalbeamter  
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris,  
LexisNexis, AnwBI, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handels-  
blatt, dpa, Spiegel, Focus, Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für  
Strafrecht, ZAP Verlag, Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,  
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,  
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht,  
Kriminalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### Allgemein

Das BMJ hat am 19.12.2023 den [Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen \(V-Personen\) sowie zur Tatprovokation](#) (Ref-E) veröffentlicht. Deren Einsatz erzeuge ein Spannungsverhältnis zwischen effektiver Strafverfolgung und rechtsstaatlich gebotener Transparenz und Kontrolle. Insoweit will der Ref-E einen angemessenen Ausgleich durch klar definierte Einsatzvoraussetzungen schaffen. Die Notwendigkeit hierfür ergebe sich insbesondere aus der Möglichkeit schwerwiegender Grundrechtseingriffe durch das Ausnutzen von Vertrauen und das Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung (Ref-E, 1). Insoweit bedürfe es mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entsprechender Anpassungen. Darüber hinaus sei eine gesetzliche Regelung erforderlich, die das Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Interesse an der Geheimhaltung der Identität der eingesetzten V-Personen und gerichtlichen Aufklärungspflichten angemessen auflöse (Ref-E, 1). Schließlich soll die StPO erstmals um eine Regelung ergänzt werden, die angibt, unter welchen Voraussetzungen Verdeckte Ermittler und V-Personen Beschuldigte im Zusammenhang mit der Verfolgung einer Straftat zu strafbarem Verhalten verleiten dürfen. Damit zusammenhängend soll eine weitere Regelungslücke geschlossen werden: Eine solche bestehe deshalb, weil es bislang keine gesetzlichen Vorgaben zu den strafprozessualen Konsequenzen gebe, die eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nach sich ziehe (Ref-E, 2).

Die BRAK begrüßt, dass der Gesetzgeber nach jahrelangen Diskussionen jetzt endlich spezialgesetzliche Grundlagen für derart grundrechtssensible „Ermittlungsinstrumente“ wie den Einsatz von V-Personen und die staatliche Tatprovokation schaffen will. Insbesondere die Regelungen, die ein Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung verhindern sollen, sind als wichtige Grenzziehung zu begreifen. Allerdings wäre es insbesondere mit Blick auf die angestrebte Regelung zur Tatprovokation in **§ 110c StPO-E** wünschenswert, wenn **Konkretisierungen der Einsatzvoraussetzungen und -grenzen erfolgen würden, die über die zum Teil selbst ausfüllungsbedürftigen „Leitplanken“ aus der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie des Bundesgerichtshofs hinausgehen**. Dass dies bislang unterblieben ist, nährt die Vermutung, dass eine normenklare Regelung, die praktische Konkordanz zwischen ermittlungstaktischen Interessen der Strafverfolgungsbehörden und dem individuellen Grundrechtsschutz schaffen könnte, schwer zu finden ist.

Auch eine **Befassung** mit einer seit Langem im juristischen Schrifttum geäußerten Grundsatzkritik an dem **Einsatz von „Lockspitzeln“ bzw. „Tatprovokateuren“** wird vermisst, da Tatprovokation ein Hybrid aus präventiven und repressiven Elementen ist. Sie dient nicht der klassischen Aufklärung von Straftaten, sondern der Testung von Normtreue. Dabei geht die BRAK in Übereinstimmung mit dem Ref-E und der Rechtsprechung davon aus, dass nicht jede Form des dem Staat zurechenbaren Verleitens zur Begehung einer Straftat unzulässig ist. Zulässige Tatprovokation zeichnet sich im Wesentlichen dadurch aus, dass der Staat die Begehung einer Straftat veranlasst und kontrolliert, die nach einer tatsächengestützten Prognose in vergleichbarer Weise auch ohne Zutun des Verdeckten Ermittlers oder der V-

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

Person begangen worden wäre. Dementsprechend sehen auch die Entwurfsverfasser das entscheidende Legitimationskriterium darin, „dass aufgrund hinreichender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass jemand eine vergleichbare Tat auch ohne Zutun der Strafverfolgungsbehörden wieder begehen wird“ (Ref-E, 39). Gleichwohl ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten große Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz der Tatprovokation als Ermittlungsmethode angezeigt, weshalb die BRAK für eine **strengere Fassung der Durchführungsvoraussetzungen** plädiert (siehe unten unter S. 5 ff.).

## Im Einzelnen:

### I. Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen (§ 110b StPO-E)

Einem unter Zuverlässigkeitsgesichtspunkten nachvollziehbaren Vorschlag in der Literatur, wonach der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gegenüber dem einer V-Person Vorrang genießen soll<sup>2</sup>, sind die Entwurfsverfasser nicht gefolgt. Das erscheint insoweit vertretbar, als mit § 110b StPO-E eine insgesamt sehr ausdifferenzierte und normenklare Regelung geschaffen werden soll, die den Einsatz von V-Personen zeitlich limitiert (Abs. 3), den Kreis der einsetzbaren Personen festlegt (Abs. 5), das Erfordernis einer Zuverlässigkeitsprüfung implementiert (Abs. 7) und die Bedingungen für eine Beendigung des Einsatzes festlegt (Abs. 8).

Unter Kontrollgesichtspunkten verdient es ungeteilte Zustimmung, dass nach § 110b Abs. 3 S. 1 StPO-E der Einsatz nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden kann. Das gilt gleichermaßen für das Schriftformerfordernis der Anordnung, aus deren Begründung sich sowohl die Anordnungsvoraussetzungen als auch die wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte ergeben müssen. Dadurch, dass insbesondere einzelfallbezogen anzugeben ist, welche bestimmten Tatsachen den Verdacht begründen und welche wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Einsatzes angestellt wurden, sollte eine hinreichende Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der gerichtlichen Entscheidungsfindung gewährleistet sein.

Vor dem Hintergrund, dass die Entwurfsverfasser auch V-Personen dazu ermächtigen wollen, Tatprovokationen durchzuführen (vgl. § 110c Abs. 1 StPO-E), ist es zu begrüßen, dass ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis der V-Person von den Ermittlungsbehörden durch § 110b Abs. 6 Nr. 1 lit. c StPO-E verhindert werden soll.<sup>3</sup>

Ebenfalls als positiv bewertet die BRAK, dass nach § 110b Abs. 5 StPO-E für Aussagen von V-Personen im Ermittlungsverfahren ein Wortprotokoll erstellt werden soll<sup>4</sup>, soweit hierdurch keine Rückschlüsse auf die Identität oder auf geheimhaltungsbedürftige Methoden beim Einsatz von V-Personen gezogen werden können.

Ein Entfallen der Pflicht, die Identität der V-Person auch über das Ende des Einsatzes hinaus geheim zu halten, weil die V-Person z.B. wissentlich falsche Informationen an die Strafverfolgungsbehörde gegeben hat oder wiederholt vorwerfbar von deren Weisungen abgewichen ist (vgl. § 110b Abs. 9 S. 2 i.V.m. § 110b Abs. 8 S. 1 Nr. 1 und 2 StPO-E), dürfte eine disziplinierende Wirkung entfalten und ist insoweit zu begrüßen. Die Behörde, welche die V-Person führt, ist nach § 110b Abs. 7 StPO-E angehalten, die von der V-Person bei einem Einsatz gewonnenen Informationen unverzüglich auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen

---

<sup>2</sup> Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414, 419.

<sup>3</sup> Vgl. dazu schon Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414, 419.

<sup>4</sup> Hierzu Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414, 420.

Die BRAK erkennt an, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Interesse an dem Schutz von V-Personen und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sowie dem Konfrontationsrecht des Angeklagten nicht einseitig aufgelöst werden kann. Ob allein eine Gefährdung bedeutender Vermögenswerte der V-Person eine Sperrerklärung nach § 96 StPO zu rechtfertigen vermag (sofern strafprozessualen Schutzmaßnahmen nicht geeignet sind, vgl. § 110b Abs. 10 S. 3 StPO-E), erscheint zumindest fraglich, da bei zu befürchtenden Angriffen auf z.B. PKWs oder Wohnungen und Häuser oftmals auch eine Gefahr für Leib oder Leben gegeben sein dürfte.<sup>5</sup> Jedenfalls sollten, wenn die Regelung zum Schutz bedeutender Vermögenswerte beibehalten wird, keine zu strengen Anforderungen an die Geeignetheit von Maßnahmen zum Schutz des Zeugen in der Hauptverhandlung gestellt werden.

Die Klarstellung in § 110b Abs. 10 S. 3 StPO-E, dass eine Geheimhaltung der Identität nach Maßgabe des § 96 StPO, nur zulässig ist, wenn die genannten Gefahren nicht durch geeignete Schutzmaßnahmen beseitigt werden können, statuiert ein zwingendes Prüfprogramm, das für die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen unverzichtbar ist. Die hohe Bedeutung, die es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hat, ist auch von den Verwaltungsgerichten, die im Streitfall über die Rechtmäßigkeit einer Sperrerklärung zu entscheiden haben, zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Dass die Maßnahmen nicht im Einzelnen aufgezählt werden, erscheint unschädlich, weil sich hierzu inzwischen eine hinreichend klare Judikatur herausgebildet hat<sup>7</sup> und die in Betracht kommenden Maßnahmen auch aus der Gesetzgebung hervorgehen (vgl. Ref.-E, 37).

Nach § 110b Abs. 10 S. 1 StPO-E können die Staatsanwaltschaft und das Gericht nur solche Angaben über die V-Person verlangen, die erforderlich sind, um die Zulässigkeit des Einsatzes zu überprüfen; Angaben über die Identität können nicht verlangt werden: Um die Zulässigkeit des Einsatzes prüfen zu können, benötigt das Gericht nach Auffassung der BRAK insbesondere auch die Ergebnisse der Eignungsprüfung nach Abs. 6 und der Zuverlässigkeitsprüfung nach § 110b Abs. 7 StPO-E.

## II. Regelungen zur Tatprovokation (§ 110c StPO-E)

Die BRAK teilt die Einschätzung, dass Tatprovokation „nur in Ausnahmefällen und unter engen Voraussetzungen zulässig sein darf“ (Ref-E, 38). Weil Tatprovokation – auch in ihrer zulässigen Erscheinungsform – einen krassen Fremdkörper in der StPO darstellt, muss sie – wie es in der Entwurfsbegründung zutreffend heißt – die „absolute Ausnahme sein“ (vgl. Ref-E, 38), wenn man nicht ein Totalverbot in Erwägung zieht.

Da gemäß § 110c Abs. 1 StPO-E nur Verdeckte Ermittler und V-Personen den Beschuldigten zu einer Straftat verleiten dürfen, müssen zunächst die in §§ 110a Abs. 2, 110b Abs. 2 StPO-E normierten Grundvoraussetzungen erfüllt sein. Hiernach ist ein Einsatz zur Aufklärung von Straftaten nur dann zulässig, „wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung“ in einem der in §§ 110a Abs. 2, 110b Abs. 2 StPO-E abschließend aufgelisteten Straftaten-Gebiete bzw. einer der genannten Begehungsformen begangen worden ist. Straftaten von erheblicher Bedeutung i.S.d. StPO sind nach allgemeiner Auslegung solche, die mindestens dem Bereich der

---

<sup>5</sup> Vgl. Soiné, ZRP 2021, 47; 49, der nur Gefahren für Leben, Leib oder Freiheit der Vertrauensperson oder einer anderen Person für relevant erachtet.

<sup>6</sup> Siehe aber auch extrem hohen Anforderungen an die Geeignetheit von Schutzmaßnahmen in VG Düsseldorf, BeckRS 2019, 56025; OVG Münster; NJW 2015, 1977.

<sup>7</sup> Vgl. VG München, BeckRS 2017, 117926; Hess. VGH, BeckRS 2013, 52799.

mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.<sup>8</sup>

Bedenklich erscheint unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten allerdings, dass Tatprovokation demnach zur Aufklärung *aller* Straftaten von erheblicher Bedeutung eingesetzt werden kann, die gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert begangen wurden (§§ 110a Abs. 2 Nr. 3 und 4, 110b Abs. 2 Nr. 3 und 4 StPO-E). Es ist fraglich, ob mit dieser weitgehenden Öffnung der an sich angestrebte Ausnahmecharakter gewahrt bleibt bzw. erreicht wird. Dabei wird nicht außer Acht gelassen, dass ein Verleiten zu einer Straftat nach § 110c Abs. 2 StPO-E nur zulässig sein soll, „wenn die Aufklärung der Straftat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“. Dieses Erfordernis ist im Sinne einer möglichst weitreichenden Angleichung der Einsatzvoraussetzungen verdeckter Ermittlungstechniken grundsätzlich zu begrüßen.<sup>9</sup> Es findet sich auch in den Vorschriften §§ 53 Abs. 2, 97 Abs. 5, 100f Abs 1 und 2, 100g Abs. 3, 100h Abs. 2, 104 Abs. 1, 110a Abs. 1, 131a Abs. 4 und 131b Abs. 2 StPO und bringt die Subsidiarität der jeweils geregelten Maßnahme gegenüber anderen Ermittlungsmaßnahmen zum Ausdruck. Der Literatur zufolge ist Aussichtslosigkeit gegeben, wenn andere Ermittlungsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen oder keine Erfolgsaussicht haben. Eine wesentliche Erschwerung liege vor, wenn andere Ermittlungsmaßnahmen zeitlich erheblich aufwendiger sind oder schlechtere bzw. nicht für eine schnelle Ermittlung erforderliche und ausreichende Erkenntnisse erwarten lassen.<sup>10</sup>

Es wäre wünschenswert gewesen, dass die Entwurfsbegründung zu § 110c Abs. 2 StPO-E insbesondere konkretisierte, was für eine „wesentliche Erschwerung“ der Aufklärung „der Straftat“ in Fällen der Tatprovokation vorauszusetzen ist. Dies lässt der bisherige Entwurf offen (vgl. Ref-E, 41). Infolgedessen kann die Eingrenzungskraft dieses Erfordernisses nicht sachgerecht beurteilt werden.

Insbesondere wenn man Tatprovokation als Mittel „zur Aufklärung“ einer erst noch zu begehenden Tat – zu der „verleitet“ wird – ansieht, stellt sich die Frage, wie diese zukünftige Tat mit Hilfe anderer „Ermittlungsansätze“ aufgeklärt werden sollte (vgl. Ref-E, 41). Dass in diesem Zusammenhang von der Aufklärung „einer absehbaren Wiederholungstat, die ohne jegliches Zutun der Strafverfolgungsbehörden erfolgt“, die Rede ist, lässt vermuten, dass vorrangig auf andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie Observation und Telefonüberwachung zurückgegriffen werden soll, wenn diese Aussicht auf Erfolg bieten. Damit käme Tatprovokation nur zum Zuge, wenn es um derart abgeschottete sowie vorsichtig und professionell agierende Tätergruppierungen geht, dass rein passive Maßnahmen mit keiner Aufdeckungswahrscheinlichkeit einhergingen.

Neben einem Anfangsverdacht verlangt § 110c Abs. 1 StPO-E, dass „hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschuldigte generell zur Begehung von Taten dieser Art bereit ist und das Verleiten ohne erhebliches Einwirken auf ihn erfolgt“. Nach der Entwurfsbegründung soll diese generelle Tatbereitschaft voraussetzen, dass der Beschuldigte nicht zum ersten Mal eine Tat begangen hat, derer er überführt werden soll, sondern dass er sich bereits in der Vergangenheit vergleichbarer Taten verdächtig gemacht hat (Ref-E, 39). Ein Indiz hierfür könne die gewerbs-, gewohnheitsmäßige oder bandenmäßige Begehung von Taten sein. Zur Aufklärung einer Serientat könne insofern ein Tatanreiz geschaffen werden, in dem eine typische Tatsituation simuliert werde. Es reiche nicht aus, wenn die Behörden eine Person lediglich für „tatgeneigt“ hielten. Das Verleiten zu einer Straftat habe einen repressiven Charakter, es diene der Aufklärung einer Straftat. Anders als bei § 112a Abs. 1 S. 1 StPO werde daher nicht an die Gefahr angeknüpft, dass jemand weitere Straftaten begehen oder die Straftat fortsetzen wird,

---

<sup>8</sup> Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 878, 880 m.w.N.; BGH Beschl. v. 07.08.2013 – 1 StR 156/13, BeckRS 2013, 15441 m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. Dann, Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht, 2006, S. 193.

<sup>10</sup> BeckOK StPO/Graf StPO § 100a Rn. 111 m.w.N.

sondern daran, dass aufgrund hinreichender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass jemand eine vergleichbare Tat auch ohne Zutun der Strafverfolgungsbehörden wieder begehen wird (Ref-E, 39). Diese Abgrenzung ist schwer nachvollziehbar. Denn bei genauerem Hinsehen wird auch nach dem von den Entwurfsverfassern zugrunde gelegten Verständnis von Tatbereitschaft materiell sehr wohl an das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr angeknüpft (vgl. Ref-E 39: „bereits in der Vergangenheit vergleichbarer Taten verdächtig“; „aufgrund hinreichender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass jemand eine vergleichbare Tat [...] wieder begehen wird“).

Die BRAK hält es für vorzugswürdig, den diffusen und der StPO fremden Begriff der „generellen Tatbereitschaft“ durch den der Wiederholungsgefahr zu ersetzen.<sup>11</sup> Dieser Begriff hat deutlich präzisere Konturen und ist seit Langem in der StPO verankert. Die Bejahung einer im Entwurf vorgesehenen „Tatbereitschaft“ der sog. „Zielperson“ erscheint erst als Ergebnis zulässiger Tatprovokation bzw. die daraus resultierende Erkenntnis: Die Zielperson erweist sich durch die Begehung einer Tat infolge einer Ansprache ohne wesentliche Einflussnahme als tatbereit.

Schließlich stellen auch § 110a Abs. 2 S. 2 StPO-E und § 110b Abs. 2 S. 2 und 3 StPO-E auf die „Gefahr der Wiederholung“ bzw. auf die „wiederholte Begehung gleichartiger Straftaten“ als Einsatzvoraussetzung ab, so dass durch die vorgeschlagene Änderung auch insoweit Kohärenz hergestellt würde. Zur Vermeidung künftiger Auslegungsschwierigkeiten sollte innerhalb der §§ 110a ff. StPO-E möglichst einheitlich an die in § 112a Abs. 1 S. 1 StPO gewählte Formulierung („bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, daß er [...] weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen werde“) angeknüpft werden.

Im Ergebnis verdeckt die Entwurfsbegründung, dass selbst bei verfahrensrechtlich zulässiger Tatprovokation eine Geeignetheit zur Straftataufklärung in einem klassischen Sinne allenfalls Ausnahmecharakter haben dürfte, weshalb ein genuin repressiver Charakter in der Vergangenheit mit beachtlichen Argumenten bezweifelt wurde.<sup>12</sup> Hieraus resultiert eine gewisse Verharmlosung von Tatprovokation.

An diesem Befund ändert es auch nichts, dass der BGH den Einsatz von Lockspitzeln als „von vornherein repressiver Natur“ ansieht und darauf abstellt, dieser sei „darauf gerichtet, potenzielle Straftäter bei einer Straftat zu ergreifen und der Strafverfolgung zuzuführen“ (BGH Ur. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, NJW 2000, 1123, 1127; im Ergebnis folgend zB Hübner, 2020, 78, der präventive Effekte als bloße Reflexe einstuft).<sup>13</sup>

Obwohl der Ref-E in § 110c Abs. 1 S. 1 StPO-E einen Einsatz „zur Aufklärung von Straftaten“ verlangt, ist nicht zu übersehen, dass Tatprovokation im Unterschied zu „klassischen“ Ermittlungsinstrumenten i.d.R. nicht dazu geeignet ist, einen Tatverdacht (bezogen auf einen historischen bzw. zum Zeitpunkt der Maßnahme bereits abgeschlossenen Sachverhalt) zu verifizieren oder zu falsifizieren. *Eschelbach*<sup>14</sup> hat es zutreffend wie folgt auf den Punkt gebracht:

*„Bezüglich der Tat, zu der die Zielperson erst veranlasst wird, kann zur Zeit der Provokation aber kein Anfangsverdacht bestehen. Prognosen künftigen eigenverantwortlichen Handelns sind nach dem Recht der Sicherungsverwahrung kaum realistisch, was bei der Tatprovokation durch staatliche Lenkung des Geschehens*

---

<sup>11</sup> So z.B. bereits Dann, a.a.O., S. 209 m.w.N. und jüngst Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414, 418.

<sup>12</sup> Vgl. die Nachweise bei Dann, a.a.O., S. 71 ff.

<sup>13</sup> BGH Ur. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, NJW 2000, 1123, 1127; im Ergebnis folgend zB Hübner, 2020, 78, der präventive Effekte als bloße Reflexe einstuft.

<sup>14</sup> Vgl. ZAP 2015, 217.



*kaschiert wird. Auch wirkt die Annahme, durch Provokation einer neuen Tat könne auch eine bereits begangene Tat aufgeklärt werden, spekulativ. Der hoheitliche Eingriff ist durch eine Mischung aus strafprozessualen und polizeirechtlichen Elementen sowie der Vagheit der Tatsachengrundlagen gekennzeichnet.“*

Ebenso wenig trägt die Tatprovokation zur Sicherung der Verfahrensdurchführung bei, was ebenfalls eine Einstufung als genuin repressive Maßnahme nahelegen würde. Vielmehr wird das staatliche Verleiten für die Begehung einer Straftat in ihrer konkreten Ausgestaltung kausal, derer der Beschuldigte anschließend überführt werden soll. Die Aufklärung dieser, erst durch Tatprovokation erzeugten Tat ist keine strafprozessuale Maßnahme im klassischen Sinne. Sie enthält starke präventive Komponenten, die beispielsweise darin liegen, gefährliche Personen und Gegenstände „aus dem Verkehr“ zu ziehen.<sup>15</sup>

Damit stellt die Regelung einen Fremdkörper in der StPO dar. Wenn man, wie der BGH, die Auffassung vertritt, Tatprovokation sei „darauf gerichtet, potenzielle Straftäter bei einer Straftat zu ergreifen und der Strafverfolgung zuzuführen“, <sup>16</sup> muss man sich darüber im Klaren sein, dass dies eine gänzlich andere Art der Straftataufklärung ist als die herkömmlich von der StPO bezweckte. Das gilt auch angesichts solcher Regelungsvorschläge in der Literatur, die Tatprovokation als „das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen“ definieren.<sup>17</sup>

Schon um den Ausnahmecharakter und die besondere Zielsetzung im Gefüge der StPO deutlich herauszustellen, sollte der Entwurf die Formulierungsvorschläge aus der Literatur aufgreifen und nicht den Eindruck erwecken, es gehe um die klassische Aufklärung von Straftaten. Die Formulierung in § 110c Abs. 1 StPO-E ist jedenfalls missverständlich, zumal die Entwurfsverfasser selbst von „der Aufklärung einer absehbaren Wiederholungstat“ sprechen (Ref-E, 41). Die Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Elementen der Tatprovokation sollte in jedem Fall Eingang in die Gesetzesbegründung finden, schließlich begründet erst der repressive Teil-Charakter der Maßnahme die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Die BRAK hält es zur Gewährleistung einer effektiven Kontrolle für unverzichtbar, dass die Maßnahme nach § 110c Abs. 2 S. 2 StPO-E nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden darf. Unklar bleibt allerdings, wann im Hinblick auf Tatprovokation Gefahr im Verzug in Betracht kommen soll (§ 110c Abs. 2 S. 3 StPO-E). Jene wird grundsätzlich angenommen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme (regelmäßig die Sicherstellung von Beweismitteln) gefährdet wird.<sup>18</sup> Ungeachtet dessen begrüßt es die BRAK, dass eine fehlende gerichtliche Anordnung ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen soll (Ref-E, 41).

Bedauerlicherweise verzichten die Entwurfsverfasser darauf, zu definieren, was unter einem erheblichen Einwirken i.S.d. § 110c Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 StPO-E zu verstehen sein soll und begnügen sich stattdessen mit kasuistischen Hinweisen in der Begründung. Erheblicher Druck und ein beharrliches

---

<sup>15</sup> Schneider, NStZ 2023, 325, 326.

<sup>16</sup> BGH Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, NJW 2000, 1123, 1127.

<sup>17</sup> Jahn/Hübner, StV 2020, 207, 213; Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414, 419; siehe auch Schneider, NStZ 2023, 325, 326, der Tatprovokation unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR als „Anstiftung“ des Beschuldigten „durch staatlich auf ihn angesetzte Personen zu einer anschließend aufzuklärenden Straftat“, „die er sonst nicht begangen hätte“, beschreibt, vgl. dazu EGMR Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15, NJW 2021, 3515, 3520.

<sup>18</sup> Vgl. nur BGH Urt. v. 17.01.2018 – 2 StR 180/17, NStZ-RR 2018, 146 m.w.N.; MüKoStPO/Hauschild StPO § 105 Rn. 8 m.w.N.



Drängen sollen jedenfalls unzulässig sein. Wie intensiv die Ermittlungsbehörden im Einzelfall auf eine Person einwirken dürfen, richtet sich auch danach, wie stark der Anfangsverdacht sei (Ref-E, 40).

Zur Herstellung von Kongruenz mit den Regelungen in §§ 110a Abs. 5, 110b Abs. 4 StPO-E schlägt die BRAK einen (klarstellenden) Hinweis vor, dass ein Verleiten unter Ausnutzung von Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stets unzulässig ist und insofern *keine* Abhängigkeit von der Stärke des Tatverdachts besteht. Im Übrigen sollte klargestellt werden, dass es allenfalls auf eine Wechselwirkung zwischen Einwirkungsintensität und der Stärke der Wiederholungsgefahr (bzw. der „generellen Tatbereitschaft“) ankommt. Allein oder primär auf die Stärke des retrospektiven Anfangsverdachts abzustellen (vgl. Ref.-E, X), erscheint verkürzt.

Die BRAK warnt rein vorsorglich davor, im vermeintlichen Interesse der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege weitergehende Zugeständnisse an die Ermittlungsbehörden zu machen. Unter ermittlungstaktischen Effizienzerwägungen mag die Ausübung von (szenetypischem?) Druck auf sog. Zielpersonen angezeigt sein.<sup>19</sup> Das ändert aber nichts daran, dass die Legitimationsgrundlage von Tatprovokation wegbriecht, sobald der Eindruck entsteht, jemand sei zur Begehung einer Straftat überredet oder gar genötigt worden. Ob es sich bei der Weigerung einer Zielperson um einen strategischen Bluff oder eine ernstzunehmende Entscheidung, jedenfalls in der konkreten Situation kein kriminelles Geschäft abzuschließen zu wollen, handelt, wird häufig ex post nicht hinreichend sicher zu beantworten sein.

Wendete man die Wechselwirkungstheorie konsequent an, so wäre bereits durch das Gericht im Rahmen der Anordnung nach § 110c Abs. 2 S. 2 StPO-E zu prüfen, welches Einwirken unter Berücksichtigung der Tatsachen, die den Anfangsverdacht und die Tatbereitschaft bzw. die Wiederholungsgefahr begründen, zulässig ist. Auf dieser Grundlage könnte das Gericht einzelfallbezogen konkretisieren, welche Formen der Einwirkungen statthaft sind. Solches ist in § 110c Abs. 2 S. 2 StPO-E jedoch nicht vorgesehen, es fehlt auch ein Verweis auf § 110b Abs. 2 S. 2 StPO-E mit dem klargestellt werden könnte, dass die Einsatzvoraussetzungen und Verhältnismäßigkeitserwägungen bezüglich der Anwendung von Tatprovokation zu dokumentieren sind.

Zwar heißt es in der Begründung, dass das Gericht nicht nur über den Einsatz an sich zu entscheiden hat, sondern auch über ein Verleiten zu einer Straftat, das im Rahmen eines Einsatzes erfolgen soll (Ref.-E, 41). Auf die Darlegungsanforderungen des § 110b Abs. 2 S. 2 StPO-E wird in diesem Zusammenhang jedoch nicht verwiesen. Ebenso wenig darauf, dass das Gericht die Aufgabe habe, die Art und Weise des Verleitens einzelfallbezogen zu konturieren. Somit soll die Entscheidung, was konkret getan wird, dem Verdeckten Ermittler oder der V-Person in der konkreten Einsatzsituation überlassen bleiben. Eine konkrete Bestimmung der Eingriffsgrenzen im Vorfeld führt damit weder der Gesetzgeber noch ein Gericht durch.

Ob dem sog. Quantensprung-Verbot der Rechtsprechung<sup>20</sup>, wonach die Bereitschaft der Zielperson nicht auf qualitativ schwerere Straftaten gelenkt werden darf, durch die Regelung in § 110c Abs. 1 S. 2 StPO-E hinreichend Rechnung getragen wird, erscheint zumindest fraglich. Der Entwurf sieht vor, dass die Tat, zu der der Beschuldigte verleitet werden soll, nach Art und Schwere in einem angemessenen Verhältnis zu der Tat steht, derer der Beschuldigte verdächtigt wird. Das Abstellen auf ein angemessenes Verhältnis eröffnet Beurteilungsspielräume, weshalb genauere Vorgaben zumindest in der Gesetzgebegründung wünschenswert wären.

Die Regelung des § 110c Abs. 3 S. 2 StPO-E, wonach eine Tatprovokation rechtsstaatswidrig ist, wenn in einer dem Staat zurechenbaren Weise erheblich auf eine Person eingewirkt wird, um ihre

---

<sup>19</sup> Vgl. Schneider, NStZ 2023, X, X.

<sup>20</sup> Vgl. nur BGH Urt. v. 30.05.2001 – 1 StR 42/01, NJW 2001, 2981 ff.

Tatbereitschaft zu wecken oder ihre Tatplanung wesentlich zu intensivieren, sollte dringend überdacht werden. Nach Auffassung der BRAK verbietet sich bereits eine „einfache“ Anstiftung ohne erhebliches Einwirken, wenn die Zielperson unverdächtig ist und keine Wiederholungsgefahr besteht. Für Ansprachen von Unverdächtigen ins Blaue hinein, sie mögen Straftaten begehen, ist keine Legitimationsgrundlage ersichtlich. Es bleibt in solchen vielmehr bei der allgemeinen Strafbarkeit der Anstiftung (§ 26 StGB). Insoweit kann es auf die Intensität der Einflussnahme nicht ankommen.

Die BRAK begrüßt, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation gemäß § 110c Abs. 3 S. 1 StPO ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis nach sich ziehen soll. Selbst unter Berücksichtigung der hieran geübten Kritik ist ein solches am besten dazu geeignet, dem Phänomen einer künstlich kreierten Straftat Rechnung zu tragen, auch wenn es beachtliche materiell-rechtliche Lösungsvorschläge gibt.

Dagegen, dass das Verfahrenshindernis auf Fälle einer dem Staat zurechenbaren Tatprovokation beschränkt sein soll, ist nichts zu erinnern. Dass Exzess-Provokationen, die nicht staatlich veranlasst sind, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung (§ 46 Abs. 1 StGB) berücksichtigt werden sollen (vgl. Ref-E, 40), erscheint grundsätzlich vertretbar.

Wird im Prozess darüber stritten, ob es zu einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gekommen ist, bedarf es zu einer Klärung der Zurechnungsfrage der Vernehmung des eingesetzten V-Mannes oder Verdeckten Ermittlers, deren polizeilichen Führungspersonen sowie einer Auswertung der Einsatzdokumentation. Gegebenenfalls kann auch eine Befragung des die Maßnahmen anordnenden Staatsanwalts erforderlich sein. Einen Erfahrungssatz dergestalt, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation grundsätzlich auf einen Exzess der eingesetzten V-Person oder des Verdeckten Ermittlers zurückzuführen ist, gibt es nicht.

Die BRAK hält es für sachgerecht, dass sich das erkennende Gericht bei Vorliegen ernsthafter Anhaltspunkte für eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation davon überzeugen muss, dass tatsächlich keine Provokation vorgelegen hat und es diesbezügliche Aufklärungsbemühungen entfalten muss (vgl. Ref-E, 43). Da der Angeklagte zu der Frage nach einer staatlichen Zurechnung nichts substantiiert vortragen können, ist jener nach Auffassung der BRAK von Amts wegen nachzugehen, wenn eine „inhaltlich“ rechtsstaatswidrige Tatprovokation festgestellt wurde. Das Erfordernis einer gerichtlichen Anordnung dürfte die Fälle reduzieren, in denen es an den grundlegenden Einsatzvoraussetzungen wie Anfangsverdacht und Wiederholungsgefahr (bzw. „generelle Tatbereitschaft“) fehlt. Solange es allerdings keine präziseren Vorgaben zur Intensität der zulässigen Einflussnahme gibt, bleibt insoweit ein erhebliches Streitpotential im Einzelfall erhalten.

Die BRAK schlägt folgende Anpassung des § 110c Abs. 1 StPO-E vor:

„Verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen dürfen ~~zur Aufdeckung von Straftaten~~ einen Beschuldigten zu einer Straftat *oder deren Fortsetzung* nur dann verleiten, *wenn diese Straftat hierdurch aufgeklärt werden soll und* wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass *hinsichtlich der Tat, derer der Beschuldigte verdächtigt wird, Wiederholungsgefahr besteht*. ~~generell zur Begehung von Taten dieser Art bereit ist und~~ Das Verleiten *muss* ohne erhebliches Einwirken auf ~~ihn~~ *den Beschuldigten* erfolgen. *Ein erhebliches Einwirken liegt insbesondere dann vor, wenn dem Beschuldigten für den Fall der Nichtbegehung einer Straftat mit einem empfindlichen Übel gedroht wird, seine klare Ablehnung der Tatbegehung nicht respektiert wird oder Umstände ausgenutzt werden, die dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen sind; § 110a Abs. 5 StPO-E gilt entsprechend. Vertrauenspersonen darf für den Fall*

*einer erfolgreichen Verleitung im Sinne des Satzes 1 keine Erfolgsprämie oder keine vergleichbare Zuwendung in Aussicht gestellt werden.“*

- - -