



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 6 **Januar 2024**

Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RAin Dr. Carolin Arnemann
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Dr. Mayeul Hiéramente
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RAin Theres Kraußlach
RA Prof. Dr. Holger Matt (Vorsitzender)
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Tido Park
RAin Dr. Hellen Schilling
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
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
Rechtsanwaltskammern
Der Generalbundesanwalt beim BGH
Bundesgerichtshof
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Neue Richtervereinigung e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
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 etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern (VE) und Vertrauenspersonen (VP) stellt einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. Mit dem nunmehr vorliegenden Entwurf eines *Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation* setzt das BMJ diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts um und stellt den bisher bereits gesetzlich geregelten Einsatz von VE generell unter Richtervorbehalt. Der Einsatz eines VP wird ebenfalls gesetzlich geregelt und grundsätzlich mit dem Einsatz des VE gleichgestellt. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt diese Regelung ausdrücklich!

In einem weiteren Schritt wird die Tatprovokation bzw. die unzulässige Tatprovokation geregelt. Die gesetzliche Normierung folgt der inzwischen ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung und ist grundsätzlich zu begrüßen. In einzelnen Punkten der Zurechnung von Handeln einer VP ist noch nachzujustieren.

Der Einsatz des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP), der ebenso einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellt, sollte gleichfalls einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Zudem ist unbedingt eine systematische Anpassung im Bereich der präventiv ausgerichteten Regelungen vorzunehmen (BVerfSchG, BPolG, BKAG und ZFdG).

The use of undercover investigators (VE) and persons of trust (VP) represents a serious encroachment on fundamental rights. With the current draft of a law to regulate the use of undercover investigators and persons of trust as well as provocation to crime, the BMJ is implementing this jurisdiction of the Federal Constitutional Court and represents the previous use of VE, which is suggested to be regulated by law, is generally subject to judicial review. The use of a VP is also regulated by law and is generally equated with the use of the VE. The Federal Bar Association welcomes this regulation expressly!

In a further step, the provocation of the crime or the inadmissible provocation of the crime is regulated. The legal standardization follows the case law that has since been issued by the highest courts and is fundamentally to be welcomed. Individual points regarding the attribution of the actions of a VP still need to be readjusted.

The use of police officers who do not openly investigate (noeP), which also represents a serious encroachment on fundamental rights, should also be subject to legal regulation. It is also essential to systematically adapt the preventive regulations (BVerfSchG, BPolG, BKAG and ZFdG)

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

A. Anlass, Ziel und Inhalt des RefE

Die im Jahre 1992 durch das *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG)* nach drängenden Forderungen des Schrifttums eingeführte gesetzliche Regelung des Einsatzes Verdeckter Ermittler (VE) umfasste jedoch nicht andere und in ihrer Eingriffsintensität durchaus vergleichbare Ermittlungsmaßnahmen, wie die Einsätze von *Informanten, Vertrauenspersonen (VP)* und *nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)*.² Dieser Umstand wurde im Schrifttum z.T. heftig kritisiert.³ Inzwischen hat auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass diese Ermittlungsinstrumentarien mit schwerstwiegenden Grundrechtseingriffen einhergehen können und daher an strenge gesetzliche Voraussetzungen geknüpft werden müssen.⁴

Nunmehr sollen mit dem Referentenentwurf aus dem BMJ zum einen die bereits existierenden Regeln zum Einsatz von VE im Sinne erhöhter Transparenz und Kontrolle durch frühzeitige Einbindung des Gerichts nachgeschärft werden, und zum anderen der Einsatz von VP einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Drittens greift der RefE die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zur zulässigen wie rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und ihren Folgen auf.

Nach wie vor nicht geregelt werden soll der Einsatz von Gewährspersonen und Informanten. Begründet wird dies damit, dass die „allgemeinen Regelungen“ der Ermittlungsgeneralklausel des § 163 Abs. 1 S. 2 StPO „ausreichend“ seien. Gleiches gelte für noeP („Gelegenheits-Verdeckte Ermittler“), ein zu kritisierender Standpunkt (dazu ausführlich D.).

B. Zu den einzelnen Regelungsvorschlägen (Zu Artikel 1: Änderungen der Strafprozessordnung, hier: Nr. 2 Änderung von § 69 Absatz 4 StPO)

Der Referentenentwurf sieht mit § 69 Abs. 4 StPO-E eine Ergänzung des § 69 vor, der es besonders gefährdeten Zeugen im Sinne von § 68 Abs. 3 StPO gestattet, die wahrheitsgemäße Beantwortung von Fragen zur Sache verweigern dürfen, sofern die Antworten Rückschlüsse auf ihre Identität zuließen. Über dieses (partielle) Auskunftsverweigerungsrecht ist der Zeuge entsprechend § 55 StPO zu belehren.

Die Ergänzung des § 69 dient dem Zweck, dass besonders gefährdete Zeugen überhaupt vernommen werden können und nicht lediglich auf Beweissurrogate zurückgegriffen werden kann. Das ist insofern mit Blick auf das Konfrontationsrecht in Art 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu begrüßen.

Der RefE spricht nicht die Frage an, ob auch § 56 StPO entsprechend anzuwenden ist, ob also der betreffende Zeuge auf Verlangen die das (partielle) Auskunftsverweigerungsrecht betreffenden Tatsachen glaubhaft zu machen hat. Das wird man grundsätzlich zu bejahen haben. Freilich darf die Pflicht unter dem Gebot systematischer Konkordanz nicht so weit gehen, dass aus den glaubhaft zu machenden Tatsachen Rückschlüsse auf die Identität möglich sind.

* Auf vorgesehene Änderungen rein redaktioneller Natur wird nicht eingegangen.

² Vgl. hierzu BT-Drucks. 12/989 S. 41.

³ Grundlegende und umfangreiche Kritik bei *Lüderssen* (Hrsg.), *V-Leute – Die Falle im Rechtsstaat* (1985); ferner etwa *Lilie/Rudolph* NStZ 1995, 514 (515).

⁴ BVerfG v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17, NJW 2022, 1583 (1610 f.); BVerfG Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, NJW 2016, S. 1781 (1784 f.).

C. Zu den einzelnen Regelungsvorschlägen (Zu Artikel 1: Änderungen der Strafprozessordnung, hier: Nr. 5 Änderungen der §§ 110a bis 110c StPO-E)

I. Zu § 110a (Verdeckter Ermittler)

1. In § 110a StPO-E werden zukünftig die Regelungen über den Einsatz von Verdeckten Ermittlern, die ursprünglich in den §§ 110a bis 110c StPO enthalten waren, zusammengeführt. Die Legaldefinition (des § 110a StPO) wird nunmehr um die Regelungen zum Verfahren (bisher § 110b StPO) und zu den Befugnissen des Verdeckten Ermittlers (bisher in § 110c StPO geregelt) ergänzt. Hinzu kommen in den Absätzen 3 und 4 Regelungen zur gerichtlichen Kontrolle der Einsätze und zum Kernbereichsschutz.

Die Neustrukturierung der Regelung in einer Vorschrift dient der Systematik und schafft zudem Raum für die gesetzliche Normierung der V-Personen (§ 110b StPO-E) und der Tatprovokation (§ 110c StPO-E).⁵

In § 110a Abs. 1 StPO-E verbleibt es bei der **Legaldefinition** des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers. Redaktionell angepasst wird dieser Absatz dadurch, dass die bisherigen § 110a Abs. 2 und 3 nunmehr in den Abs. 1 verschoben werden.

Die **Einsatzvoraussetzungen** (bisher § 110a Abs. 1 StPO) werden nunmehr in den neuen § 110a Absatz 2 StPO-E verschoben.

Beides dient der Systematisierung und ist daher zu begrüßen.

2. In § 110a Abs. 3 StPO-E wird der Einsatz des Verdeckten Ermittlers nun generell einem **Richtervorbehalt** unterstellt; bei Gefahr in Verzug kann die Anordnung von der Staatsanwaltschaft getroffen werden, die aber innerhalb von drei Werktagen gerichtlich bestätigt worden sein muss. In der Entscheidung sind die verdachtsbegründenden Tatsachen einzelfallbezogen anzugeben. Anzugeben sind weiterhin die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Einsatzes. Anhand dieser Angaben soll nachvollziehbar sein, ob andere Maßnahmen erwogen wurden, die weniger stark in Grundrechte eingreifen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt diese Regelungen uneingeschränkt, da dadurch dem Umstand Rechnung getragen wird, dass es sich bei dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt.⁶ Mit Blick auf die Schwere des mit dem Einsatz verbundenen Grundrechtseingriffs ist der Richtervorbehalt zwingend notwendig.⁷ Die Regelungen für Fälle der Gefahr im Verzug und zur Befristung und Verlängerung der Maßnahme sind sinnvoll und sachgerecht. Die in § 101b Abs. 1 RefE vorgesehene flankierende Maßnahme – das BMJ hat jährlich dem Bundestag über die im vorausgegangenen Kalenderjahr durchgeführten staatsanwaltlichen wie gerichtlichen Anordnungen Bericht zu erstatten – unterstreicht nicht nur das Gebot die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen im Auge zu behalten, sondern durch parlamentarische Kontrolle auch den Wesentlichkeitsgedanken des Grundgesetzes.

⁵ RefE, Seite 18.

⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2020 – 2 BvR 4/18, BVerfGE 156, 270 - 335.

⁷ So auch *Jahn/Gazeas/Hübner StV 2023, 414 (417)*.

3. Die ausdrückliche Normierung des **Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung** auch bei Einsätzen eines Verdeckten Ermittlers in § 110a Abs. 4 StPO-E ist zu begrüßen. Aufgrund des Menschenwürdegehaltes sind selbstredend allen staatlichen Eingriffsbefugnissen absolute Grenzen gesetzt. Diesem Umstand wird mit der Regelung – deklaratorisch – Rechnung getragen.

II. Zu § 110b (Vertrauensperson)

1. Abs. 1 definiert den Begriff der VP:

VP sind danach Personen, die keiner Strafverfolgungsbehörde angehören und vertraulich eine Strafverfolgungsbehörde bei der Aufklärung einer Straftat unter Führung der Strafverfolgungsbehörde unterstützen.

Das Merkmal „...*einer Straftat*“ ist dabei nicht im Sinne einer beliebigen Straftat zu verstehen. Denn nach § 110b Abs. 2 S. 1 StPO-E gilt die Regelung in § 110a Abs. 2 StPO-E mit den dort aufgeführten Beschränkungen, die dem geltenden § 100b Abs. 1 gleichen, entsprechend.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass vereinzelt Forderungen aus Polizeikreisen, den Einsatz von VPs unbegrenzt, also bei allen Straftaten zuzulassen, nicht nachgegeben wurde. Die Anbindung an § 110a Abs. 2 StPO-E ist sachgerecht.

Das gilt auch – Verweis auf § 110a Abs. 3 StPO-E – für den grundsätzlich vorgesehenen Richtervorbehalt, zumal das BVerfG grundsätzlich eine vorherige Kontrolle durch eine unabhängige Stelle verlangt, wenn es um eingriffsintensive Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen geht, die gegenüber den Betroffenen heimlich durchgeführt werden, und bei denen damit zu rechnen ist, dass sie auch höchst private Informationen erfassen.⁸ Dabei ist unbedingt eine systematische Anpassung im Bereich der präventiv ausgerichteten Regelungen vorzunehmen, namentlich in § 9b BVerfSchG, § 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG, §§ 45 Abs. 2 Nr. 4, 64 Abs. 2 Nr. 3 BKAG und § 47 Abs. 2 Nr. 3 ZFdG, denn in diesen Regelungen des Gefahrenabwehrrechts ist kein Richtervorbehalt enthalten, so dass auf sie ausgewichen zu werden droht, nachdem der BGH in seiner neueren Rspr. die Auffassung vertritt,⁹ eine doppel funktionale Maßnahme sei schon dann rechtmäßig, wenn sie zur Verfolgung nur eines der beiden Zwecke (Prävention oder Repression) rechtmäßig ist. Wenn also der mit Recht zwingend für notwendig erachtete Richtervorbehalt in §§ 110a, 110b StPO-E nicht leerlaufen soll, bedarf es an diesen Stellen (Einsatz von VE und VP) zwingend der Implementierung solcher Vorbehalte in das Gefahrenabwehrrecht.

2. Nach § 110b Abs. 3 StPO-E „soll“ bei Vernehmungen von Vertrauenspersonen im Ermittlungsverfahren (§§ 168a, 168b StPO) ein Wortprotokoll erstellt werden. Die Effektivität von Soll-Vorschriften, die in ihrem substantiellen Regelungsgehalt sog. Ordnungsvorschriften entsprechen,¹⁰ welche aber in der Judikatur als „methodisch veraltete Vorstellung“ bezeichnet werden,¹¹ tendiert gegen null. Sie auch ohne besonderen und aktenkundig zu machenden Grund zu missachten, ist nur eine lässliche Sünde. Denn Folgen jedweder Art sind an einen allzu laxen Umgang mit Soll-Vorschriften nicht

⁸ BVerfG v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781 (1786).

⁹ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, BGHSt 62, 123 (133). Damit verwirft er die sog. Schwerpunkttheorie, wonach es entscheidend darauf ankommt, wo der Schwerpunkt des polizeilichen Eingreifens liegt: im Bereich der Gefahrenabwehr oder dem der Strafverfolgung.

¹⁰ Vgl. nur BGH v. 5.10.1954 – 2 StR 194/54, BGHSt 6, 326 (328).

¹¹ BGH 14.5.1974 – 1 StR 366/73, BGHSt 25, 325 (329).

geknüpft.¹² Besonders bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass sogar das polizeispezifische Schrifttum eine zwingende Vorschrift präferiert, wonach ein Wortprotokoll aufzunehmen „ist“.¹³

Sofern in der Begründung des RefE darauf hingewiesen wird, es müsse sichergestellt werden, dass die Identität der VP nicht anhand des Wortprotokolls preisgegeben werde,¹⁴ so trifft das zwar zu, erscheint aber als allzu theoretische Überlegung. Denn dass eine VP an der Aufklärung der Straftat mitwirkte, erfährt der Angeklagte spätestens in der Hauptverhandlung, in der absoluten Mehrheit der Fälle sogar früher, nämlich mit Erhebung der Anklage. Die Tatsachen, die die wahre Identität der VP offenlegen könnten, werden aber in den Befragungen durch den VP-Führer, den ermittelnden Staatsanwalt oder den Ermittlungsrichter vernünftigerweise nicht vorkommen, da diese Informationen gesondert vermerkt und erst dann zu den Ermittlungsakten genommen werden, wenn der Ermittlungszweck nicht mehr gefährdet wird.¹⁵

Mindestens aber *müssen* bei Beibehaltung einer Soll-Vorschrift, wie sie der RefE in § 110b Abs. 3 StPO-E vorsieht, die Gründe, die ein Abweichen von der Regel rechtfertigen sollen, mit einzelfallbezogenen Erwägungen aktenkundig gemacht werden. Wenn der RefE dazu ausführt, dass auch die Abweichung von der Regel nur schriftlich begründet werden „sollte“, macht er die Vorschrift gänzlich zu einem Kiefer ohne Zähne, was in Anbetracht der Begründung für das Wortprotokoll, dass nämlich „*durch eine Zusammenfassung ... wichtigen Informationen und Details der Aussage verloren gehen*“¹⁶ (nicht: gehen „könnten“!), erkennbar nicht zielführend ist.

3. Ungeregt bleibt im StPO-E die Frage einer Offenbarungspflicht der Polizei gegenüber der StA und/oder dem Gericht. Da der Grundsatz der persönlichen Vernehmung (§ 250 S. 2 StPO) aber gebietet, die Vertrauensperson unter Wahrung ihres Geheimhaltungsinteresses persönlich anzuhören, insbesondere, damit ihre Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben überprüft werden können, muss die VP vor allem durch das Tatgericht geladen werden können. Dies gilt umso mehr, als dass die Zugehörigkeit der VP zum kriminellen Milieu schon vor ihrem Einsatz die Regel ist.¹⁷ Nicht selten wird es sich daher um finanzschwache Unterweltler handeln. Üblich sind zum einen ein Tageshonorar, zumeist die einzige legale Einnahmequelle der VP, zum anderen ein Erfolgshonorar, das sich an der Sicherstellungsmenge (Betäubungsmittel, Falschgeld usw.) bemisst. Diese Realität steht mit § 110b Abs. 4 Nr. 4 StPO-E typischerweise in einem Spannungsfeld. Denn danach darf keine VP eingesetzt werden, die „*von den Geld- oder Sachzuwendungen für die Tätigkeit auf Dauer als wesentliche Lebensgrundlage abhängig wäre*“; das wird in jedem Fall in der Hauptverhandlung aufgeklärt werden müssen.

Deshalb schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer eine ergänzende Regelung vor, wonach die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht verlangen kann, dass die Identität der Vertrauensperson ihnen gegenüber offengelegt wird.¹⁸ Ohnehin verlangt die Rspr. des BGH, dass das Tatgericht den Gang

¹² Ausf. Neuhaus, in: FS Herzberg (2008), S. 781 ff.

¹³ Soiné, Kriminalistik 2023, 523 (526).

¹⁴ RefE, S. 24.

¹⁵ Darauf weist zutreffend Soiné, Kriminalistik 2023, 523 (526) hin.

¹⁶ RefE, S. 24.

¹⁷ So zutreffend BGH v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, StV 2014, 321 (324); aus dem polizeilichen Schrifttum etwa Geißdörfer, Kriminalistik 1993, 679 (680); aus jüngerer Zeit: Gebhard/Hohseidel-Gruler, Kriminalistik 2021, 515 (515); gleichfalls der damalige Richter am BGH Maul, FS BGH Richterschaft (2000), S. 569 (569); Die Praxis bestätigt das: In den polizeilichen Vermerken heißt es nach breiten praktischen Erfahrungen „immer“, die VP sei langjährig erprobt und zuverlässig (BGH a.a.O., gleichwohl belastete die VP den Beschwerdeführer mehrfach wahrheitswidrig). Aber irgendwann muss die VP mal mit ihrer Tätigkeit begonnen haben. Ein Vermerk, dass es sich bei der Quelle um eine schlecht einzuschätzende Neuanwerbung handelt, kommt praktisch nicht vor.

¹⁸ Das wird im polizeilichen Schrifttum ebenso gesehen; vgl. Soiné, Kriminalistik 2023, 523 (527).

des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können muss: „Dies ist kein Selbstzweck, sondern soll die ordnungsgemäße Vorbereitung der Hauptverhandlung durch das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten gewährleisten.“¹⁹

4. Uneingeschränkt begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die vorgesehene Ergänzung des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 9 StPO. Danach sind zukünftig bei dem Einsatz einer V-Person die Zielperson, erheblich mitbetroffene Personen sowie Personen, deren nicht allgemein zugängliche Wohnung die V-Person betreten hat, nachträglich über den Einsatz zu unterrichten, wenn die in § 101 Abs. 4 S. 2 und Abs. 3 bis Abs. 7 StPO genannten Bedingungen vorliegen und die Geheimhaltungspflicht der Strafverfolgungsbehörden gegenüber der V-Person der Benachrichtigung nicht – oder nicht mehr – entgegensteht. Denn dies stärkt das Grundrecht auf rechtliches Gehör und des Gebots auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch nachträglichen Rechtsschutz.

III. § 110c (Verleiten zur Straftat; rechtsstaatswidrige Tatprovokation)

Der RefE enthält die überfällige Kodifizierung von Voraussetzungen und Folgen der „Falle im Rechtsstaat“²⁰ einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation im Sinne eines Verfahrenshindernisses oder, nach neuerer, inzwischen etablierter Dogmatik, eines Bestrafungsverbotes.²¹ Das wird seitens der Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dies aber mit folgendem grundsätzlichen Bemerkungen vorab:

1. Das Paradoxon des Lockspitzeinsatzes wird durch die Neu-Regelung nicht gelöst:²² Nach der Judikatur des EGMR besteht die Aufgabe der Polizei darin, Verbrechen zu verhindern und aufzuklären, nicht aber, dazu anzustiften.²³ Wenn aber im Rahmen der Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität auf den polizeilichen Lockspitzel nicht verzichtet werden kann,²⁴ dann kann damit nicht die Bekämpfung derjenigen Tat gemeint sein, zu welcher der Lockspitzel angestiftet hat. Denn insoweit gibt es ein einfacheres und der Polizei vom EGMR vorgeschriebenes „milderes“ Mittel, nämlich ganz einfach den Verzicht auf die Tatprovokation! Eine hinreichende Legitimation kann daher allenfalls in einem Feindstrafrecht gesehen werden, das darauf abstellt, „was vom Feind alles befürchtet wird.“²⁵ Dabei ist besonders bedenklich, dass die

¹⁹ BGH v. 18.11.1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321 (338 f.); BGH v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, StV 2014, 321 (324).

²⁰ So der Titel des von *Lüderssen* 1985 herausgegebenen Sammelbandes

²¹ Der jahrelange Dissens zwischen den Senaten des BGH dürfte mit der Entscheidung BGH 16.12.2021 – 1 StR 197/21, StV 2022, 338 (mit Anm. *Moldenhauer* NSTZ-RR 2022, 111, *Chr. Jäger* JA 2022, 609, *Janssen/Wennekers* StV 2022, 338, *Schneider* NSTZ 2023, 325 und *Zeyher* NZWiSt 2022, 197 ff.) ein Ende gefunden haben.

²² Dazu vor allem *Schünemann*, FS Prittowitz (2023), S. 305 (314 f.). Grundsätzliche Bedenken gegen den Einsatz von Lockspitzeln auch schon bei *Lammer*, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß* (1992):

²³ EGMR v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15, NJW 2021, 3515 (3520); EGMR v. 23.10.2014 – 54648/09, NJW 2015, 3633 (3655).

²⁴ Entsprechende Formulierungen etwa in BGH v. 30. 5. 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 (50); BGH v. 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99, NJW 2000, 1123 (1123); BGH v. 23.05.1984 - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345 (346); BGH v. 6.2.1981 - 2 StR 370/80, NJW 1981, 1626 (1626); BGH v. 15. 4. 1980 - 1 StR 107/80, StV 1981, 163 (163).

²⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und feindstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff.; *ders.*, in: *Eser/Hassemer/Burghardt* (Hrsg.), S. 47 (51): „Wer als Person behandelt werden will, muß seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, daß er sich als Person verhalten wird. Bleibt diese Garantie aus oder wird sie sogar ausdrücklich verweigert, wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion auf den Feind“ und (S. 53): „Auf den Begriff gebracht ist Feindstrafrecht also Krieg, dessen Gehegtheit oder Totalität (auch) davon abhängt, was vom Feind alles befürchtet wird.“

Grundlage dieser Befürchtung vom Verdacht gebildet wird, was mit der Unschuldsvermutung unvereinbar ist.²⁶ Der Lockspitzeinsatz ist daher kaum mehr als eine gewachsene Realität.

2. Erhebliches Unbehagen bereitet trotz der bereits erwähnten grundsätzlichen Zustimmung zur gesetzlichen Regelung die vorgesehene tatbestandliche Einschränkung in § 110c Abs. 3 S. 2 StPO-E. Denn danach soll eine Tatprovokation ungeachtet der Verletzung anderer materieller Voraussetzungen (...) nur dann rechtsstaatswidrig sein, wenn ein VE oder eine VP „in einer dem Staat zurechenbaren Weise“ unlauter auf die Zielperson einwirkt. Mit diesem einschränkenden Merkmal soll klargestellt werden, dass immer dann, wenn die unerlaubte Tatmotivation nicht von staatlichen Stellen ausgeht, sondern ohne Abstimmung mit der Strafverfolgungsbehörde erfolgt, der Staat nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen und dementsprechend auch seinen Strafanspruch nicht verbraucht habe.²⁷ Das soll nach der bisherigen Rspr. des BGH nur dann der Fall sein, wenn die übermäßige Provokation mit Wissen des für die Anleitung der VP verantwortlichen Amtsträgers erfolgt oder dieser sie jedenfalls hätte unterbinden können.²⁸ Abgesehen von auf der Hand liegenden Beweisproblemen (dazu sogleich unter **b.))** wird die Regelung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation damit rechtlich entkernt:
 - a) Nach modernem Verständnis stellt jede staatlich zurechenbare, beabsichtigte oder unbeabsichtigte Grundrechtsbeeinträchtigung mit rechtlicher oder faktischer Wirkung, die hinsichtlich ihrer Intensität mit einem Gebot oder Verbot vergleichbar ist, einen Grundrechtseingriff dar.²⁹ VPs werden trotz ihres Einsatzes zwar keine Amtsträger;³⁰ aber sie werden von staatlichen Ermittlungsbehörden beauftragt. Die kriminaltaktische wie konzeptionelle Ausgestaltung ihres Einsatzes obliegt allein der Strafverfolgungsbehörde.³¹ Sämtliche Handlungen sind aus diesem Grunde regelmäßig dem Staat zurechenbar,³² zumal VP mit konkretem Ermittlungsauftrag gezielt zur Informationsbeschaffung eingesetzt werden; § 110b Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 110a Abs. 2 S. 1 (Erfordernis zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte).³³ Selbst das polizeiliche Schrifttum sieht in ungewohnter Einigkeit das hier in Rede stehende Tatbestandsmerkmal aus den aufgeführten Gründen kritisch.³⁴
 - b) Es kommt aus forensisch-praktischer Perspektive als Bedenken hinzu, dass die an den Amtsträger gerichtete Forderung, ggfs. sein die Grenzen erlaubten Verhaltens überschreitendes Verhalten in Vermerkform festzuhalten oder sonst einzugestehen, an deutliche sozialpsychologische Schranken stößt. Denn viel mehr noch als der sprichwörtliche Zweck pflegt der Erfolg die Mittel zu heiligen; hier: den Erfolg, „Kriminalität“ erfolgreich bekämpft zu haben. Damit soll keinem grundsätzlichen Misstrauen das Wort geredet werden. Aber der wohlbedachte Grundrechtsschutz durch den vorgesehenen Richtervorbehalt wird im Ergebnis nutzlos, wenn die konkrete Ausführung des Einsatzes nicht staatlich zurechenbar ist.

²⁶ Schünemann, FS Prittwitz (2023), S. 305 (315).

²⁷ So die Begründung im Entwurf, S. 35.

²⁸ BGH v. 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321 (336); BGH v. 30. 5. 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 (48).

²⁹ Etwa Michael/Morlok, Grundrechte (7. Aufl. 2022), § 17 Rn. 492 ff.; Epping, Grundrechte (8. Aufl. 2019), Rn. 393 ff.

³⁰ BGH v. 28.11.1979 – 3 StR 405/79, NJW 1980, 846 (847); vgl. nur Schönke/Schröder/Hecker (30. Aufl. 2019), § 11 Nr. 25.

³¹ Decker, Der V-Mann-Einsatz durch Polizei und Verfassungsschutz (2018), S. 46;

³² Gebhard/Hohseidel-Gruler, Kriminalistik 2021, 515 (515).

³³ Siehe auch Keller, Verdeckte personale Ermittlungen – Recht und Taktik (2017), S. 77.

³⁴ Gebhard/Hohseidel-Gruler, Kriminalistik 2021, 515 (515): Das „Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit (ist) problematisch.“

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt daher an, das aushöhlende Tatbestandsmerkmal „...in einer dem Staat zurechenbaren Weise...“ zu streichen.

D. Fehlende Regelung zum nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)

I. Problem und Lösungsansatz

Bislang enthält allein Abschnitt II. Nr. 2.9 der Anlage D zur RiStBV Regelungen zum Einsatz von nicht offen ermittelnden Polizeibeamten. Dort heißt es denkbar unbestimmt, dass sich die Ermittlungstätigkeit “nach den allgemeinen Bestimmungen“ richte. Allgemein wird das als Hinweis auf die Generalermittlungsklausel in den §§ 161, 163 StPO verstanden.³⁵ Zielführend ist das nicht. Denn zur Anordnungszuständigkeit, den Einsatzvoraussetzungen, zu (un-)zulässigen Ermittlungsformen schweigt sich das Gesetz aus; auch zu den Bedingungen, unter denen die Identität des noeP geheim gehalten werden darf. Ungeklärt ist die Frage, ob der noeP die Wohnung des Betroffenen, dessen Einverständnis er erschlichen hat, betreten darf.³⁶ Die im Schrifttum gelegentlich vorgeschlagene Abgrenzung zwischen Motivirtum (Einverständnis wirksam) und auf Täuschung beruhendem Einverständnis (dann unwirksam) ist in der Praxis kaum vorzunehmen. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, das Verfahren für die Wohnungsbetretung durch noeP ebenso wie bei Verdeckten Ermittlern zu regeln: Die Zustimmung des Gerichts sollte grundsätzlich erforderlich sein, lediglich bei Gefahr in Verzug genügt die gesonderte Zustimmung der Staatsanwaltschaft; die Genehmigung müsste innerhalb von drei Tagen richterlich bestätigt werden. Zudem stellen sich Fragen nach der Vereinbarkeit des Einsatzes gegenüber Ehepartnern und Familienangehörigen i.S.v. Art 6 Abs. 1 GG.³⁷

II. Im Einzelnen

1. Der sog. noeP bewegt sich rechtlich wie faktisch zwischen einem Verdeckten Ermittler nach § 110a StPO-E und einer Vertrauensperson nach § 110b StPO-E: Er ist zwar auch ein Beamter des Polizeidienstes, aber er ermittelt nicht unter einer auf Dauer angelegten Legende. Er tritt also nur gelegentlich verdeckt auf und legt hierbei seine Funktion nicht offen.³⁸ NoePs werden vom Bundesgerichtshof als „Gelegenheits-Verdeckte Ermittler“ bezeichnet.³⁹

Nach der – im Schrifttum allerdings kritisierten⁴⁰ – Auffassung des BGH kommt es bei der Abgrenzung VE/noeP u.a. maßgeblich darauf an, ob ein „Ermittlungsauftrag über einzelne wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinausgeht“ und ob „die eingerichtete verdeckte Tätigkeit“ von einer gewissen Dauer ist.⁴¹ Aber selbst eine dauerhafte Tarnung, die auch die Verwendung falscher Papiere gestatten soll,⁴² sei unschädlich, solange der noeP nur von Fall zu Fall und in unterschiedlichen Ermittlungsverfahren auftrete. Schlüpfe er also nur kurzzeitig in eine andere Rolle, sei es

³⁵ Vgl. nur Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, § 110a Rn. 4; Weisser NZWiSt 2018, 59 (61).

³⁶ Nwse. bei Soiné DRiZ 2022, 266 (267).

³⁷ Insoweit besteht auch in § 110b StPO-E eine Regelungslücke. Ausf. zu den damit verbundenen Problemen der vom BMJ herausgegebene Sammelband „Zeugnisverweigerungsrechte bei verdeckten Ermittlungen“ (2002).

³⁸ BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 u.a., NJW 2012, 833 (840).

³⁹ BGH v. 22.2.1995 - 3 StR 552/94, BGHSt 41, 64 (65).

⁴⁰ Etwa MüKoStPO/Hauschild (2. Aufl. 2023), § 110a Rn. 31.

⁴¹ BGH Urt. v. 6.2.2006 – 1 StR 544/95, NStZ 1996, 450 (450).

⁴² So Soiné DRiZ 2022, 266 (266).

auch mehrfach mit derselben Tarnidentität, sei er kein VE.⁴³ Die Abgrenzungsprobleme bspw. zwischen Legende und Tarnung mittels falscher Papiere liegen auf der Hand.

2. Haupteinsatzgebiete von noeP sind Scheinaufkäufe von Betäubungsmitteln, Falschgeld oder Waffen und die Strafverfolgung wegen terroristischer oder kinderpornografischer Delikte im Internet. Für den letztgenannten Bereich enthält das Gesetz mit § 110d StPO bereits eine unter Richtervorbehalt stehende Eingriffsermächtigung. „Dauer-Genehmigungen“ für einzelne Ermittler oder Ermittlungsgruppen sind aber auch danach nicht zulässig.⁴⁴ NoePs sollen darüber hinaus auch in wirtschaftsstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegenüber Tatverdächtigen als angeblich bestochene Amtsträger oder sonst inkriminierte Geschäftspartner oder -interessenten auftreten können.⁴⁵
3. Das BVerfG stuft namentlich nach der Intensität des polizeilichen Vorgehens ab. Danach liegt beim bloßen „Surfen“ im Internet (sog. Internet-Streife) noch nicht einmal ein Grundrechtseingriff vor. Das gelte sogar dann, wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begeben.⁴⁶ Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung könne aber vorliegen, wenn Informationen, die durch die Sichtung allgemein zugänglicher Inhalte gewonnen wurden, gezielt zusammengetragen, gespeichert und gegebenenfalls unter Hinzuziehung weiterer Daten ausgewertet werden und sich daraus eine besondere Gefahrenlage für die Persönlichkeit des Betroffenen ergibt. Jedenfalls dann, wenn sie dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutze, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhielte, sei von einem Grundrechtseingriff auszugehen.⁴⁷

Da der Einsatz einer VP, wie nunmehr durch den RefE klargestellt ist, ebenso einen Grundrechtseingriff darstellt, leuchtet nicht recht ein, warum das bei Einsatz eines noeP nicht der Fall sein soll. Im Gegenteil: Er muss es erst recht sein, denn hier tritt der Staat in Person eines Angehörigen des Polizeidienstes nicht nur indirekt – wie bei einer VP – auf, sondern darf sich sogar mit falschen Papieren tarnen, was einer VP mangels entsprechender Gestattung in § 110b StPO-E versagt ist.

4. Für den Einsatz eines noeP bedarf es nach allem einer Ermächtigungsgrundlage, die in einer Verwaltungsvorschrift wie der RiStBV nicht gesehen werden kann; es bedarf einer gesetzlichen Regelung, die den Geboten der Normenklarheit und -bestimmtheit zu entsprechen hat. §§ 161, 163 StPO erfüllen diese Bedingungen ersichtlich nicht.

Deshalb wird die Ansicht, §§ 161 Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 1 S. 2 StPO genügten als Eingriffsrechtfertigung, zunehmend kritisch gesehen, zumal die Gefahr besteht, dass über die Figur eines noeP die Regelung über Verdeckte Ermittler ausgehöhlt wird.⁴⁸ Auch der BGH meldete Zweifel in einem Fall an, in dem ein noeP unter dem Vorwand, von einem gemeinsamen Bekannten geschickt worden zu sein, einen Untersuchungshäftling „besuchte“, um selbstbelastende Angaben herbeizuführen.⁴⁹

⁴³ BGH v. 6.2.1997 – 1 StR 527/96, NStZ 1997, 448 (448).

⁴⁴ BeckOK StPO/Ziegler, 49. Ed. 1.10.2023, § 110d Rn. 2.1.

⁴⁵ *Soiné* DRiZ 2022, 266 (267); *Weisser* NZWiSt 2018, 59 (61 f.).

⁴⁶ BVerfG v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 (836) mit Anm. *Knierim* FD-StrafR 2008, 253764.

⁴⁷ BVerfG v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 (836); ebenso *Zöller* GA 2000, 563 (569).

⁴⁸ *Soiné* JA 2023, 503 (503).

⁴⁹ BGH Beschl. v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10, BGHSt 55, 138 (143 f.).

Es überrascht kaum, dass im neueren Schrifttum, auch von polizeilicher Seite, konsequent die Einführung einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von noeP gefordert wird.⁵⁰

Die Bundesrechtsanwaltskammer unterstützt diese Forderungen.

E. Anpassung im Bereich des Gefahrenabwehrrechts

Es versteht sich von selbst, dass es unbedingt einer systematischen Anpassung im Bereich der präventiv ausgerichteten Regelungen bedarf (BVerfSchG, BPolG, BKAG und ZFdG), wenn beispielsweise der mit Recht zwingend für notwendig erachtete Richtervorbehalt in §§ 110a, 110b StPO-E nicht leerlaufen soll. Es bedarf im Gefahrenabwehrrecht an den entsprechenden Stellen (Einsatz von VE und VP, noeP) folglich zwingend der gleichlaufenden Implementierung von Regelungen und insbesondere solcher (Richter-)Vorbehalte (siehe bereits oben C.II.1.).

- - -

⁵⁰ *Soiné* DRiZ 2022, 266 ff.; ferner etwa MAH Strafverteidigung/*Grözinger* (3. Aufl. 2022), § 50 Rn. 253; Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht/*Sieber/Brodowski* (59. Aufl. 2023), Teil 19.3 Rn. 44; zuvor schon *Kudlich* StV 2012, 560 (566); *Singelstein* NStZ 2012, 593 (600).