

GROÙE STRAFRECHTSKOMMISSION  
DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES

Gutachten zum Thema:

**Vertrauenspersonen und Tatprovokationen**

Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz

Ergebnisse der Sitzung vom 20. bis 25. November 2017  
in Minden

**Teilnehmerinnen/Teilnehmer  
der Sitzung der Großen Strafrechtskommission in Minden vom 20. bis 25.  
November 2017:**

1. Mitglieder der Großen Strafrechtskommission:

- Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft  
bei dem Landgericht Kiel **BIMLER**, GESCHÄFTSFÜHRER
- Vorsitzender Richter am Landgericht Dessau-Roßlau **CASPARI**
- Ltd. Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft  
bei dem Landgericht Kiel **HEß**, VORSITZENDE
- Richter am Oberlandesgericht Celle **DR. KREICKER**
- Vizepräsident am Amtsgericht Saarbrücken a. D. **DR. KRÜGER**
- Richterin am Oberlandesgericht München **STOCKINGER**
- Vorsitzender Richter am Landgericht Darmstadt **WAGNER**
- Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe **WENSKE**
- Vorsitzender Richter am Landgericht Bielefeld **DR. ZIMMERMANN**

2. Gäste:

- Minister der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf  
**BIESENBACH**
- Vorsitzender des Deutschen Richterbundes in Berlin **GNISA**
- Rechtsanwalt in Mainz **KNIERIM**
- Kriminaldirektor des Bundeskriminalamtes in Wiesbaden **SCHMITT**
- Regierungsdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für  
Verbraucherschutz in Berlin **SCHÖNFLEISCH-BACKOFEN**
- Rechtsanwältin in Köln **DR. STIRNER**

## ÜBERSICHT

Seite

0.	Vorbemerkungen .....	6
1.	Einleitung .....	7
2.	Einführung .....	9
2.1	Abgrenzung der Vertrauensperson zu Informanten, Verdeckten Ermittlern und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten .....	9
2.2	Der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Praxis .....	10
3.	Die historische Entwicklung des Einsatzes von Vertrauenspersonen.....	15
3.1	Von den Ursprüngen bis Mitte der 1980er Jahre .....	15
3.2	Von der Festlegung gemeinsamer Richtlinien in 1986 bis 1992.....	17
3.3	Von 1992 bis 2009.....	18
3.4	Von 2009 bis heute.....	19
4	Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Europäischen Ausland.....	21
4.1	Schweiz.....	21
4.2	Österreich.....	22
5.	Vertrauenspersonen - de lege lata .....	24
5.1	Der Einsatz von Vertrauenspersonen im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR .....	24
5.1.1	Die EMRK als Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen und Tatprovokationen .....	24
5.1.1.1	Beachtlichkeit der Vorgaben der EMRK für die deutsche Strafjustiz.....	24
5.1.1.2	Artikel 6 EMRK als Prüfungsmaßstab.....	25
5.1.2	Zur Zulässigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen .....	26
5.1.2.1	Grundsätzliche Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK.....	26
5.1.2.2	Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK als Schranke für die Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in die Hauptver- handlung .....	28
5.2	Normative Grundlagen für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen nach deutschem Recht .....	32
5.3	Rechtliche Vorgaben für den Einsatz von Vertrauenspersonen.....	33
5.3.1	Die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität als faktische Einsatz- voraussetzung und zugleich Gefahr für ein faires Strafverfahren .....	34
5.3.2	Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Einsatz von Vertrauenspersonen..	35
5.3.3	Steuerung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch sog. VP-Führer und Abschöpfung der Erkenntnisse durch Quellenvernehmungen .....	36

5.3.4	Verfahren, Reichweite und Grenzen der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson .....	37
5.3.5	Entlohnung von Vertrauenspersonen .....	40
5.3.6	Befugnisse von Vertrauenspersonen .....	41
5.4	Möglichkeiten und Grenzen der Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in ein Strafverfahren .....	41
5.4.1	§ 96 S. 1 StPO als normative Grundlage für die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht .....	42
5.4.2	Beschränkung der Aussagegenehmigung für Polizeibeamte .....	43
5.4.3	Einzelheiten zur Abgabe einer Sperrerklärung und deren Beachtlichkeit für das erkennende Gericht .....	43
5.4.3.1	Auskunftsersuchen über die Identität einer Vertrauensperson durch das erkennende Gericht als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes .....	45
5.4.3.2	Zuständigkeit für die Abgabe einer Sperrerklärung .....	45
5.4.3.3	Legitime Gründe für die Abgabe einer Sperrklärung .....	46
5.4.3.4	Erforderlicher Inhalt einer Sperrklärung .....	47
5.4.3.5	Erfordernis einer Prüfung der Möglichkeit einer Vernehmung unter Anwendung von Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung .....	48
5.4.3.6	Grundsätzliche Verbindlichkeit einer Sperrklärung des Innenministers für das erkennende Gericht .....	50
5.4.4	Rechtliche Unerreichbarkeit der Vertrauensperson für das erkennende Gericht bei Vorliegen einer Sperrklärung .....	53
5.4.5	Kein Beweiserhebungsverbot bei Vorliegen einer Sperrklärung .....	53
5.4.6	Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson über Beweismittel-surrogate - Urkundenbeweis und Zeuge vom Hörensagen .....	55
5.4.6.1	Urkundenbeweis .....	55
5.4.6.2	Die Vernehmung des VP-Führers als Zeugen vom Hörensagen .....	56
5.4.6.3	Berücksichtigung der nur mittelbaren Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen im Rahmen der Beweiswürdigung .....	57
5.5	Gesetzliche Regelungen des präventiv-polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen .....	59
6.	Vertrauenspersonen de lege ferenda .....	62
6.1	Bedarf es einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren? .....	62
6.2	Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen .....	65
6.2.1	Definitionen .....	65
6.2.2	Anfangsverdacht wegen bestimmter Anlasstaten? .....	67
6.2.3	Subsidiaritätsklausel .....	70
6.2.4	Erhebliche Gefährdung oder unzumutbare Nachteile für den Informanten ..	73
6.2.5	Kein Einsatz von Minderjährigen als Vertrauenspersonen .....	74
6.2.6	Voraussetzungen für das Entfallen der Bindung an die Geheimhaltung Vertraulichkeit .....	75

6.2.7	Betretungsrecht der Vertrauensperson für Wohnungen .....	77
6.2.8	Anordnungscompetenz .....	78
6.2.9	Auskunftsrechte über die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten.....	81
6.2.10	Bedarf es eines Richtervorbehaltes? .....	82
6.2.11	Geheimhaltung der Identität nach Abschluss des Verfahrens .....	84
6.2.12	Regelung von Mindeststandards für den Gesprächsvermerk über die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung .....	85
6.2.13	Befristung des Einsatzes einer Vertrauensperson .....	85
6.2.14	Benachrichtigungspflicht? .....	85
6.2.15	Entscheidungskompetenz für die Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bzw. Geheimhaltung.....	86
6.2.16	Sperrerklärungen.....	87
7.	Vertrauenspersonen und Tatprovokationen.....	88
7.1	Begriffliches .....	88
7.2.	Vorgaben der EMRK und des EGMR.....	88
7.2.1	Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Formen der Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR.....	88
7.2.2	Gebotene Rechtsfolgen einer EMRK-widrigen Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR.....	91
7.3	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zur Tatprovokation .....	93
7.3.1	Abgrenzung zwischen statthafter Ausnutzung einer Bereitschaft zur Tatbegehung und rechtsstaatswidriger Tatprovokation.....	94
7.3.2	Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.....	96
7.4	Tatprovokation - de lege ferenda .....	98
7.4.1	Einleitung .....	98
7.4.2	Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung und Definition der Tatprovokation? .....	99
7.4.3	Zum Bedürfnis einer Regelung der Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation .....	102
7.4.3.1	Verfahrenshindernis als Folge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.....	103
7.4.3.2	Beweisverwertungsverbot als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation .....	106
7.4.3.3	Gesetzliche Regelung der Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene .....	107
8.	Schlussbetrachtung.....	110
Anlage	Zusammenfassung .....	111

## 0. Vorbemerkungen

Mit Schreiben vom 02.05.2017 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes Direktor des Amtsgerichts Bielefeld Jens Gnisa gebeten, ein Gutachten zu der Frage zu erstaten, ob es einer gesetzlichen Regelung hinsichtlich des Verbots der Tatprovokation und des Einsatzes von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) bedarf.

Dazu hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in seinem Schreiben vom 02.05.2017 ausgeführt:

„... in der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion wird kontrovers darüber diskutiert, ob es hinsichtlich des Verbots der Tatprovokation und des Einsatzes von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) gesetzlicher Regelungen bedarf. Die von Herrn Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zu Beginn der Legislaturperiode im Juli 2014 einberufene Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens hat sich - wenn auch jeweils mit knapper Mehrheit - für die Schaffung entsprechender rechtlicher Grundlagen ausgesprochen. Beide Vorhaben haben wir bisher wegen erhöhten Prüfbedarfs zurückgestellt. Für eine eingehende Beleuchtung der geltenden Rechtslage und eines möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs ist für unser Haus die Expertise erfahrener Richter und Staatsanwälte von besonderem Interesse.“

Der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes Direktor des Amtsgericht Bielefeld Jens Gnisa hat die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes gebeten, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen und sie aus Sicht der Praxis zu beantworten.

## 1. Einleitung

Ob es für den Einsatz von Vertrauenspersonen (kurz: VP) im Ermittlungsverfahren einer gesetzlichen Regelung bedarf, ist eine Frage, die bereits geraume Zeit in der Gesellschaft allgemein, aber auch unter Strafrechtler kontrovers diskutiert wird.

Vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte sind heimliche Ermittlungsmaßnahmen oftmals besonders umstritten:

Die Vorbehalte gegen den Einsatz von Vertrauenspersonen werden nach Auffassung der Kommission zu einem wesentlichen Teil dadurch hervorgerufen, dass sie in einem naturgemäß besonders abgeschlossenen Bereich bei der Polizei geführt werden und einige wenige Personen über einen Wissensvorsprung verfügen, den sie nur begrenzt mit den übrigen Beteiligten des Strafprozesses teilen können, um nicht die Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit zu gefährden. Die Identität eines Zeugen nicht zu kennen und diesen nicht konfrontativ befragen zu können, ist im Strafprozess ein Problem, das noch dadurch verschärft wird, dass man vermuten darf, dass die Vertrauensperson selber dem Milieu entstammt, dem auch die Beschuldigten angehören, und unklar bleibt, aus welcher Motivation heraus sie mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet hat. Sich hinsichtlich der Prüfung der Zuverlässigkeit der Vertrauensperson und deren Angaben im Wesentlichen auf die VP-Führung der Polizei verlassen zu müssen, hinterlässt - auch - bei jedem Strafrechtler ein zwiespältiges Gefühl.

Dennoch ist die überwiegende Mehrheit der Kommission davon überzeugt, dass es des Einsatzes von Vertrauenspersonen in der Praxis bedarf und diese nicht ohne weiteres durch Verdeckte Ermittler oder andere Ermittlungsmaßnahmen ersetzt werden könnten. Aufgabe des Rechtsstaates ist es eben auch, eine freilich grundrechtskonforme, aber eben auch funktionsfähige Strafverfolgung sicherzustellen. Die Erforderlichkeit heimlicher Ermittlungen als Reaktion auf moderne Kriminalitätsformen, insbesondere im Bereich der organisierten (Clan)Kriminalität, aber auch im Bereich des Terrorismus, bezweifelt heute ernsthaft niemand mehr.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Vertrauenspersonen im Bereich der Strafverfolgung aufgrund des bereits jetzt bestehenden Subsidiaritätsprinzips nur eingesetzt werden, wenn keine anderen aussichtsreichen Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen, mithin als „letztes Mittel“, um Sachverhalte mit schweren und schwersten Straftaten überhaupt aufzuklären.

Insoweit mögen gesetzliche Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen geeignet sein, einen Teil der Vorbehalte abzubauen. Das

Problem, eine grundsätzliche Akzeptanz des Einsatzes von Vertrauenspersonen herzustellen mit der zwingenden Konsequenz, dann auch grundsätzlich alles zu unternehmen, um die Geheimhaltung der Vertrauensperson zu gewährleisten, wird eine gesetzliche Regelung kaum leisten können. Allerdings mag sie es im Einzelfall erleichtern, eine einheitliche Rechtsanwendung und ein justizförmiges Verfahren zu sichern.

Dass von einer gesetzlichen Regelung bislang Abstand genommen worden ist, dürfte eben genau damit zusammenhängen, dass es sich als äußerst schwierig erweisen wird, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die den Bedenken gegen den Einsatz von Vertrauenspersonen Rechnung trägt und zugleich sicherstellt, dass die Regelungen in der Praxis ohne eine Gefährdung der Geheimhaltung umgesetzt werden können.

Noch umstrittener als der Einsatz der Vertrauensperson als solche ist die Problematik der Tatprovokation; nämlich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es dem Staat erlaubt ist, Menschen zur Begehung einer Straftat zu motivieren. Auch für dieses Ermittlungshandeln gibt es aus Sicht der Strafverfolgung ein praktisches Bedürfnis. Hier hat sich von Anfang an gezeigt, dass ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht, da jedenfalls die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bislang nicht geklärt sind.

Die Kommission hat sich für die Erstellung des Gutachtens zunächst einen Überblick über die historische Entwicklung verschafft und die ausführlichen Regelungen in den deutschsprachigen Ländern Österreich und Schweiz betrachtet. Sie hat die geltende Rechtslage insbesondere anhand der Rechtsprechung des EGMR, des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes analysiert und untersucht, wie der Bundes- und die Landesgesetzgeber den polizei-präventiven Einsatz von Vertrauenspersonen geregelt haben.

Vor dem Hintergrund der Betrachtung und Überprüfung der geltenden Rechtslage hat die Kommission Vorschläge erarbeitet, wie der Einsatz von Vertrauenspersonen gesetzlich geregelt werden könnte.



## 2. Einführung

### 2.1 Abgrenzung der Vertrauensperson zu Informanten, Verdeckten Ermittlern und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten

Als **Vertrauenspersonen** wird im hier allein interessierenden strafrechtlichen Kontext eine Privatperson bezeichnet, die in keinem festen und auf Dauer angelegten Dienstverhältnis mit einer Strafverfolgungsbehörde - namentlich der Polizei - steht, die aber bereit ist, die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten für einen längeren Zeitraum vertraulich zu unterstützen und unter Anleitung und Führung der ermittlungsführenden Behörde tätig wird. Kennzeichnend ist, dass die Identität der Vertrauensperson zu ihrem Schutz und zur Vermeidung einer Gefährdung des Ermittlungserfolges grundsätzlich geheim gehalten wird.

Vertrauenspersonen arbeiten für einen längeren Zeitraum mit der Polizei oder einer anderen Behörde unter deren Führung und Anleitung bei der Ermittlung von Straftaten zusammen, ohne dass dies bei ihrer Tätigkeit in einem kriminellen Milieu oder in einem kriminellen Umfeld, dem sie selber angehören oder zu dem sie zumindest Zugang haben, bekannt werden darf. Ein solches Engagement setzt regelmäßig voraus, dass sich die Vertrauensperson sicher sein kann, nicht als solche enttarnt und damit persönlichen Risiken ausgesetzt zu werden. Daher ist ein Charakteristikum der Vertrauensperson, dass ihr staatlicherseits die Geheimhaltung ihrer Identität und ihrer Tätigkeit als Vertrauensperson zugesichert werden.

Die Vertrauensperson ist abzugrenzen von anderen Personen, die ebenfalls ohne Offenbarung ihrer Identität und Tätigkeit für Strafverfolgungsbehörden tätig werden:

Unter einem **Informanten** versteht man eine Person, die in einem Einzelfall bereit ist, einer Strafverfolgungsbehörde gegen Zusicherung der Vertraulichkeit Informationen zu geben. Im Gegensatz zur Vertrauensperson, deren Zusammenarbeit mit der Strafverfolgungsbehörde langfristig angelegt ist und deren Tätigkeit von der Polizei bzw. Staatsanwaltschaft regelmäßig eng begleitet und erforderlichenfalls auch gesteuert wird, beschränkt sich die Tätigkeit eines Informanten auf die bloße Mitteilung einer relevanten Information unter Zusicherung der vertraulichen Behandlung des Informationsgebers. Im Unterschied zur Vertrauensperson, die von der Polizei geführt wird und mit „Ermittlungsaufträgen“ versehen werden kann, gibt ein Informant lediglich Angaben zu einem Sachverhalt weiter, ohne dass ihm Polizeibeamte ergänzende „Ermittlungsaufträge“ erteilen. Da ein Informant nicht auf längere Zeit (verdeckt)

mit der Polizei zusammenarbeiten soll, kommt die Zusicherung der Vertraulichkeit ausschließlich in Betracht, wenn er ansonsten erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte. Die Geheimhaltung einer Vertrauensperson darf demgegenüber auch damit begründet werden, dass die Vertrauensperson über einen längeren Zeitraum verdeckt mit der Polizei zusammenarbeiten können muss.

Von den Vertrauenspersonen und Informanten, bei denen es sich jeweils um Personen handelt, die nicht in einem regulären Dienstverhältnis mit einer Strafverfolgungsbehörde stehen, sind Bedienstete der Strafverfolgungsbehörden - namentlich Polizeibeamte - abzugrenzen, die bei verdeckten Ermittlungen mitwirken.

Es handelt sich zum einen um sog. **Verdeckte Ermittler**. Das sind - vgl. § 110a Abs. 2 StPO - Polizeibeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten veränderten Identität (Legende) verdeckt, also insbesondere ohne Offenlegung ihrer Eigenschaft als Polizeibeamter, ermitteln. Zum anderen sind dies sog. **nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (noeP)**. Hierunter werden Polizeibeamte verstanden, die im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit ebenfalls ihre wahre Identität und ihre Funktion als Polizeibeamter ihrem Gegenüber nicht offenbaren. Im Unterschied zu Verdeckten Ermittlern agieren sie nur bei konkreten einzelnen Ermittlungsmaßnahmen so und verfügen auch nicht über eine ihnen auf Dauer verliehene veränderte Identität und frei erfundene Biografie.

## 2.2 Der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Praxis

In der polizeilichen Praxis erfolgt die Führung der Vertrauenspersonen innerhalb spezieller Abteilungen bei der Polizei, um sicherzustellen, dass besonders ausgebildete und geeignete Polizeibeamte den Kontakt zu der Vertrauensperson halten. Aufgabe dieser Beamten ist es, Vertrauenspersonen, die aufgrund ihrer Kontakte oder ihres Auftretens geeignet sind, Informationen aus dem kriminellen Milieu zu beschaffen, zu gewinnen. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Vertrauenspersonen sich trotz der Nähe zum kriminellen Milieu nicht selbst an Straftaten beteiligen. Die VP-Führer müssen den Kontakt zu der Vertrauensperson halten und die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson selbst und ihrer Angaben regelmäßig prüfen. Gängige Praxis ist die Trennung zwischen der VP-Führung und den ermittelnden Polizeidienststellen.

Bei der Auswahl der Vertrauenspersonen werden berücksichtigt

- das Motiv für das Tätigwerden für die Polizei,
- die persönlichen Verhältnisse der Vertrauensperson,

- Erkenntnisse von Dienststellen, für die die Vertrauensperson bisher tätig war,
- die Eignung für eine Tätigkeit als Vertrauensperson,
- die kriminalpolizeiliche Aktenlage und
- eine mögliche Tatbeteiligung im gegenständlichen Ermittlungsverfahren.

Der Einsatz von Minderjährigen als V-Person ist bereits nach den Richtlinien<sup>1</sup> ausgeschlossen (Nr. 3.4 der Anlage D zur RiStBV). In der Praxis kommen auch Drogensüchtige nicht als Vertrauenspersonen in Betracht, sondern werden ggf. im Einzelfall als Informanten in Anspruch genommen.

Für die Vertrauenspersonen gibt es unterschiedliche Motive, mit der Polizei zusammenzuarbeiten. Diese reichen von persönlichen Abneigungen gegenüber Personen aus dem Täterkreis, der Ablehnung bestimmter Verhaltensweisen bis zur Ausschaltung von Konkurrenten, wobei die eigene Strafbarkeit der Vertrauensperson grundsätzlich ein Grund ist, die Geheimhaltung aufzuheben. Nicht selten handelt es sich allerdings auch um finanzielle Anreize. Die Vertrauenspersonen erhalten eine Entlohnung, die in angemessenem Verhältnis zum Risiko, dem Aufwand und dem Ermittlungserfolg steht. Sie ist an eine fallbezogene Zusammenarbeit gekoppelt, sodass keine generelle Alimentierung der Vertrauensperson erfolgt. Kosten und Auslagen der Vertrauensperson werden gesondert erstattet. In Einzelfällen kommt auch die Gewährung immaterieller Vorteile, etwa die Befürwortung aufenthaltsverlängernder Maßnahmen, in Betracht.

Die Vertrauensperson wird darüber aktenkundig belehrt, dass die Bindung an die Zusage der Geheimhaltung grundsätzlich entfällt (Nr. 4 der Anlage D zur RiStBV), wenn

- bewusst oder leichtfertig falsche Informationen gegeben werden,
- die Vertrauensperson vorwerfbar von Weisungen des VP-Führers abweicht oder sich aus anderen Gründen als unzuverlässig erweist,
- die Vertrauensperson sich an der aufzuklärenden Tat strafbar beteiligt hat oder
- die Vertrauensperson sich bei der Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden sonst strafbar gemacht hat.

Im Groben lassen sich zwei Arten von Vertrauenspersonen unterscheiden:

---

<sup>1</sup> „Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung“, abgedruckt als Anlage D der RiStBV; es handelt sich um bloße Verwaltungsvorschriften, die die Verwaltung (Polizei und Staatsanwaltschaften) binden.

Unter sog. Nahbereich-Vertrauenspersonen werden die Vertrauenspersonen verstanden, die aufgrund ihrer bereits bestehenden Zugehörigkeit oder Nähe zu einem bestimmten aufzuklärenden Milieu oder Kriminalitätsumfeld Erkenntnisse liefern können. So etwa im Rotlichtmilieu, in Rockergruppierungen und der Betäubungsmittelszene, aber auch unter dem Gesichtspunkt der politisch motivierten Kriminalität in Gruppen Geflüchteter aus bestimmten Herkunftsregionen oder Glaubensrichtungen bzw. in extremistischen politischen oder religiösen Gruppierungen. In diesen Bereichen sind Vertrauenspersonen immanent wichtig, weil verdeckt ermittelnde Polizeibeamte in die relevanten Kreise (Rocker, ausländische Bandenstrukturen, Islamisten, Rechtsextreme etc.) häufig keinen Zutritt erhalten und zu auffällig wären.

Die VP-Führung bemüht sich, an geeignete Personen mit Milieuzugehörigkeit oder Milieunähe heranzutreten und diese zur verdeckten Zusammenarbeit mit der Polizei zu bewegen. Es erfordert regelmäßige Kontakte über einen längeren Zeitraum, um auf beiden Seiten eine Beziehung aufzubauen, bei der auf Seiten der Polizei die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben beurteilt werden kann, andererseits die Vertrauensperson auch sicher sein kann, dass sie Informationen an die Polizei weitergeben kann, ohne sich dadurch selbst zu gefährden. Angaben der Vertrauenspersonen im Verlauf solcher Treffen, die noch außerhalb eines konkreten Ermittlungsverfahrens gemacht werden, können allgemein helfen, bestimmte Kriminalitätsfelder zu erhellen. Schwerpunktmäßig dienen sie dazu, frühzeitig verlässliche Kontakte aufzubauen. Wenn ein konkretes Ermittlungsverfahren geführt wird, können solche Nachbereichs-Vertrauenspersonen helfen, die Ermittlungen gegen Beschuldigte zu unterstützen. Sie können Hinweise auf Täter oder Hintermänner geben oder Kontaktpersonen oder (zu überwachende) Telefonnummern von Beschuldigten mitteilen.

Ziel des VP-Führers muss neben der Gewinnung von Informationen für das Ermittlungsverfahren immer auch der Schutz der Identität der Vertrauensperson sein. Dies bedeutet, dass nur solche Informationen der Vertrauensperson zu den Ermittlungsakten genommen werden können, die keinen Rückschluss auf die Identität der Vertrauensperson zulassen. Das hat im Zweifel zur Folge, dass Vermerke der VP-Führung zu Angaben der Vertrauensperson sehr knapp gehalten sind, weil durch die Weitergabe weiterer Informationen ein Rückschluss auf die Identität der Vertrauensperson möglich wäre. Im Ermittlungs- und Strafverfahren stellt sich damit die Schwierigkeit, dass eine Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Vertrauensperson wegen der Kargheit der Angaben nur

eingeschränkt möglich ist. Aus diesem Grund zielt die Befragung einer Nahbereichs-Vertrauensperson in aller Regel darauf ab, Informationen zu erhalten, mit deren Hilfe weitere Beweismittel ermittelt werden können, die - auch ohne die Angaben der Vertrauensperson - zu Überführung Beschuldigter ausreichen.

Von der Nahbereichs-Vertrauensperson wird die „operative“ Vertrauensperson (auch „Kalt“-Vertrauensperson) unterschieden, die von der Polizei in einem bestimmten Ermittlungsverfahren eingesetzt wird, ohne dass sie bereits zuvor zum Umfeld eines Beschuldigten gehörte, und die auf einen Beschuldigten angesetzt wird, um Informationen über diesen zu sammeln. Teilweise dient der Einsatz der Vertrauensperson auch dazu, einen Kontakt zwischen dem Beschuldigten und einem Verdeckten Ermittler herzustellen, der ansonsten nicht hätte zustande kommen können. Der Einsatz einer operativen Vertrauensperson ist sowohl von der Eingriffsintensität als auch von der Durchführung mit dem Einsatz eines verdeckt ermittelnden Polizeibeamten vergleichbar. Im Unterschied zur Nahbereichs-Vertrauensperson wird der Beschuldigte bei Offenlegung der Maßnahme im Ermittlungsverfahren erkennen, um wen es sich bei der Vertrauensperson gehandelt hat, ohne freilich deren tatsächliche Identität zu kennen. Aus diesem Grund treten solche Vertrauenspersonen im Ermittlungsmilieu regelmäßig unter einem Tarnnamen auf. Auch werden teilweise sonstige Maßnahmen zur Verschleierung ihrer wahren Identität getroffen. Beispielsweise werden ihnen Fahrzeuge zur Verfügung gestellt oder Tarnwohnungen zur Nutzung überlassen, damit sie im Ermittlungsniveau agieren können, ohne dass Personen aus dem Milieu in Verbindung zum tatsächlichen privaten Umfeld der Vertrauenspersonen kommen und so nach Kenntniserlangung von der Zusammenarbeit der Vertrauenspersonen mit der Polizei die Vertrauenspersonen gefährden können. Im Einzelfall können Vertrauenspersonen auch für den Einsatz zeitlich begrenzt Tarnpapiere zur Verfügung gestellt werden.

Bei beiden Arten von Vertrauenspersonen ist der Schutz der Identität der Vertrauensperson erforderlich, um diese vor Gefahren für Leib und Leben oder sonstigen schweren Nachteilen zu schützen. Aus dem Gesagten ergibt sich auch, dass geeignete Vertrauenspersonen nicht leicht zu gewinnen sind und über einen längeren Zeitraum mit der Polizei zusammenarbeiten sollen. Daher ist auch dieser Aspekt ein Grund, die Identität der Vertrauensperson zu schützen.

Um die Geheimhaltung von Informationen zu gewährleisten und eine möglichst enge Führung der Vertrauensperson zu gewährleisten, kommt

auch die Verpflichtung der Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz in Betracht. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Vertrauensperson Kenntnis von Dienstgeheimnissen erlangt, Kontakt zu weiteren verdeckt eingesetzten Personen hat oder besonders intensiv und regelmäßig mit der Polizei zusammenarbeitet. Auch für den Fall einer zeugenschaftlichen Vernehmung der Vertrauensperson in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung kommt die förmliche Verpflichtung der Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz in Betracht, weil die Vertrauensperson (nur) dann ausschließlich nach Verpflichtung einer Aussagegenehmigung bedarf und in diesem Fall lediglich innerhalb des durch diese gesteckten Rahmens Angaben machen darf, womit die Ermittlungsbehörden durch Begrenzung der Aussagebefugnis der Vertrauensperson sicherstellen könne, dass die Vertrauensperson nicht in der Hauptverhandlung über geheimhaltungsbedürftige Umstände - etwa Identitäten anderer Vertrauenspersonen oder Verdeckter Ermittler - aussagt und aussagen muss.

### **3. Die historische Entwicklung des Einsatzes von Vertrauenspersonen**

#### **3.1 Von den Ursprüngen bis Mitte der 1980er Jahre**

Der Einsatz von Vertrauenspersonen ist eine seit jeher anerkannte Ermittlungsmethode, die zwar ursprünglich weitestgehend lediglich zur Verfolgung von Staatsschutzdelikten eingesetzt worden war, jedoch nach und nach auch ein fester Bestandteil der allgemeinen Kriminaltaktik wurde. Jedenfalls seit den 1970er Jahren setzten die Strafverfolgungsbehörden Vertrauenspersonen verstärkt insbesondere auch zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität ein.

Gesetzlich war (und ist) der Einsatz von Vertrauenspersonen in der Strafprozessordnung nicht geregelt worden. Die Maßnahme wurde weitgehend als unkritisch angesehen. Als problematisch galt hingegen von Anfang an der Einsatz von Vertrauenspersonen, wenn diese Tatverdächtige zur Begehung von Straftaten veranlassen sollten (Tatprovokation). Entsprechende Einsätze wurden durch ministerielle Erlasse seit Beginn des 20. Jahrhunderts bis in die 1930er Jahre verboten. Ansonsten galt der Einsatz von Vertrauenspersonen als notwendige und zulässige Ermittlungsmaßnahme. Auch der Deutsche Juristentag 1966 stellte die Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen nicht infrage, sondern diskutierte im Wesentlichen die Problematik einer Aussagegenehmigung für die Vertrauensperson und das Erfordernis, die Vertrauensperson unmittelbar in der Hauptverhandlung als Zeugen zu vernehmen.

Als Folge der fehlenden gesetzlichen Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen oblag es der Rechtsprechung, die Grenzen des zulässigen Einsatzes von Vertrauenspersonen zu bestimmen. Im Wesentlichen betrafen die Entscheidungen, die insbesondere seit Beginn der 1980er Jahre ergingen, die Problembereiche der Tatprovokation und einer möglicherweise rechtswidrigen Täuschung, wenn Tatverdächtige sich gegenüber Vertrauenspersonen in Unkenntnis der Tatsache offenbarten, dass die Vertrauensperson im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätig ist.

Im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung entschied der Bundesgerichtshof auch noch in den 1980er Jahren, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen zur Verfolgung schwerwiegender Straftaten grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden sei. Hinsichtlich der Tatprovokation sei

es zulässig, wenn eine Vertrauensperson auf einen bereits zur Tat entschlossenen Täter lediglich insoweit einwirke, dass dieser seinen Tatplan geringfügig modifiziert. Zulässig sei es auch, dass eine Vertrauensperson einen ihr bislang lediglich als Kleindealer bekannten Tatverdächtigen aufgrund von dessen Prahlereien zu einem Drogengeschäft größeren Umfangs anstifte. Der grundsätzlich zulässige Einsatz einer Vertrauensperson auch zur Tatprovokation werde erst dann unzulässig, wenn die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht mehr gewährleistet sei. Dies ist insbesondere dann bejaht worden, wenn die Vertrauensperson erheblich auf den Tatverdächtigen eingewirkt hatte und teilweise erst den Tatentschluss bei dem Verdächtigen hervorgerufen hatte. Unklar blieben die Folgen eines solchen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip. Teilweise bejahte der Bundesgerichtshof eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruches bzw. nahm ein Verfahrenshindernis an (so z. B. BGH NJW 1981, 1626 f; BGH NStZ 1982, 126 oder BGH NStZ 1984, 78). Teilweise sah er von der zwingenden Annahme eines Verfahrenshindernisses zugunsten einer Strafzumessungslösung ab, verlangte also eine strafmildernde Berücksichtigung des Umstandes der Tatprovokation (BGHSt 32, 345; BGH NJW 1986, 75).

Verschiedene Gremien wurden beauftragt zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung geschaffen und wie diese ggf. ausgestaltet werden sollte:

Schon 1978 stellte eine Arbeitsgruppe, die durch das Justiz- und das Innenministerium des Landes Baden-Württemberg eingesetzt worden war, fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung erforderlich sei. Bedenken hinsichtlich eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Verhaltens der Vertrauensperson auch bei Tatprovokationen (Anstiftung zu Straftaten oder Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz durch Erwerb von Betäubungsmitteln) wurden nicht geäußert. Die Arbeitsgruppe forderte allerdings die grundsätzliche Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, den Beschuldigten nachträglich über den Einsatz einer Vertrauensperson gegen ihn zu unterrichten.

1981 erteilte der Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz einem ad hoc-Ausschuss den Auftrag zu untersuchen, ob und ggf. welche neuen Maßnahmen für die Verbrechensverhinderung erforderlich seien und ob für verdeckte Ermittlungen gesetzliche Neuregelungen oder Änderungen zu erfolgen hätten. Das Gremium kam zu dem Schluss, dass zur Bekämpfung der Schwerekriminalität verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie auch der Einsatz von Vertrauenspersonen erforderlich seien. Als Rechtsgrundlage für die Informationsbeschaffung durch die Vertrauensperson erachtete der



Ausschuss die allgemeine Regelung der §§ 161, 163 StPO als ausreichend. Allerdings tendierte der Ausschuss zu dem Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Regelung, wenn die Vertrauensperson unter direkter Aufsicht oder mit einem konkreten Auftrag der Polizei Handlungen mit Eingriffscharakter vornimmt.

1982 erließ der Hamburger Senator für Inneres Richtlinien für die Inanspruchnahme von Vertrauensleuten, die u. a. vorsahen, dass der Dienststellenleiter über den gezielten Einsatz einer Vertrauensperson zu entscheiden habe und der Einsatz von der Einwilligung der Staatsanwaltschaft abhängige.

In einem Thesenpapier zum Einsatz Verdeckter Ermittler im Rahmen der Strafverfolgung präsentierte die Innenministerkonferenz am 17.10.1985 auch Thesen zum Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten im Strafverfahren. Danach sei der Einsatz von Vertrauenspersonen grundsätzlich zulässig. Die Innenminister forderten, dass Vertrauenspersonen mindestens volljährig sein müssten und dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich die Entscheidung zu treffen habe, ob der Vertrauensperson Geheimhaltung zugesichert werde.

Im Gefahrenabwehrrecht sahen bereits die Vorentwürfe zur Änderung des Musterentwurfes eines einheitlichen Polizeigesetzes aus den Jahren 1985 und 1986 in ihren jeweiligen § 8c Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen vor, mit denen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Volkszählungsurteil Rechnung getragen werden sollte. Der hessische Landesgesetzgeber orientierte sich an dem Entwurf und traf eine Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen für den präventiven Bereich (§ 16 HSOG vom 26.06.1990).

### **3.2 Von der Festlegung gemeinsamer Richtlinien in 1986 bis 1992**

1986 empfahlen die Konferenz der Justizminister und -senatoren der Länder und die ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren Richtlinien über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (Anlage D zur RiStBV), die von den Bundesländern (teilweise mit einigen Änderungen) in Kraft gesetzt wurden. Einige Bundesländer erließen ferner ergänzende Verfahrensvorschriften. Letztendlich handelt es sich bei den Richtlinien um Verwaltungsvorschriften, die ein einheitliches Vorgehen sicherstellen sollen, aber keine Gesetzeskraft haben.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in mehreren Entscheidungen die grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen zur Strafverfolgung im Bereich der Organisierten Kriminalität auch ohne spezielle gesetzliche Regelung (BVerfG NJW, 1987, 1974, 1975; BVerfG NStZ 1991, 445).

Gesetzlich geregelt wurde der Einsatz von Vertrauensleuten hingegen im Bundesverfassungsschutzgesetz. Sprachen die Gesetzesentwürfe vom 28.01.1986 und 17.04.1986 noch in den jeweiligen § 5 Abs. 1 von der Befugnis, „nachrichtendienstliche Mittel“ einzusetzen, wurde dies letztlich im Gesetz dahingehend konkretisiert, dass der Einsatz von Vertrauensleuten ausdrücklich genannt wurde.

### **3.3 Von 1992 bis 2009**

1992 regelte der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.07.1992 erstmals den Einsatz von Verdeckten Ermittlern als verdeckte Ermittlungsmaßnahme in der Strafprozessordnung. Für den Einsatz wurden verschiedene Voraussetzungen materieller (z. B. nur für bestimmte Straftaten, § 110a Abs. 1 S. 1, 2 StPO) und formeller (z. B. Zustimmung der Staatsanwaltschaft, § 110b Abs. 1 S. 1 StPO) Natur festgelegt.

Der Gesetzgeber regelte den Einsatz von Vertrauenspersonen bewusst nicht in diesem Gesetz, da er insoweit die allgemeinen gesetzlichen und in den Richtlinien getroffenen Regelungen für ausreichend hielt. Eine gesetzliche Regelung für Verdeckte Ermittler sei hingegen nicht zuletzt deshalb erforderlich gewesen, weil es sich um Polizeibeamte gehandelt habe. Zu deren Rechtssicherheit seien Regelungen zur Rechtsgrundlage, zum Verfahren und zu den Befugnissen des Verdeckten Ermittlers erforderlich gewesen. Da der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung für die Vertrauenspersonen verzichtet hatte, lehnte die obergerichtliche Rechtsprechung konsequent auch eine analoge Anwendung der §§ 110 ff. StPO für den Einsatz von Vertrauenspersonen ab.

Für den präventiven Bereich erfolgte hingegen im Bundesgrenzschutzgesetz vom 19.10.1994 eine Regelung, nach der zu den besonderen Mitteln der Datenerhebung auch der „Einsatz von Personen, die nicht dem Bundesgrenzschutz angehören und deren Zusammenarbeit mit dem Bundesgrenzschutz Dritten nicht bekannt ist“, gehört.

Im Jahr 2001 sprach sich die Große Strafrechtskommission des

Deutschen Richterbandes für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren aus.

### **3.4 Von 2009 bis heute**

Wiederum für den polizeirechtlichen Bereich wurde der Einsatz von Vertrauenspersonen im Bundeskriminalamtgesetz 2009 in dem damaligen § 20g Abs. 2 Nr. 4 geregelt, indem er als besonderes Mittel der Erhebung von Daten zugelassen wurde.

2013 geriet die als zu lückenhaft empfundene Normierung des Einsatzes von Vertrauenspersonen in den öffentlichen Blickpunkt. In jenem Jahr empfahl der NSU-Untersuchungsausschuss, den Umgang mit dem Einsatz von Vertrauenspersonen zu reformieren, und sprach sich - auch in Bezug auf den polizeilichen Umgang mit einer Vertrauensperson - für folgenden Minimalkonsens aus: Einheitliche Definitionen für die verschiedenen Formen menschlicher Quellen, eindeutige Regelungen zu den Anforderungen an eine Vertrauensperson, zu deren Auswahl, zur Dauer und Beendigung der VP-Eigenschaft sowie eine Vorschrift, die den Schutz der Vertrauensperson in ein angemessenes Verhältnis zu den staatlichen Interessen bringt. 2014 bekräftigten die Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Forderungen.

2015 wurden durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17.01.2015 mit Wirkung vom 21.11.2015 eigenständige und detaillierte Vorschriften zur Vertrauensperson in das Bundesverfassungsschutzgesetz integriert (vgl. § 9b BVerfSchG: Vertrauensleute). Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wollte eine Reform anstoßen, um einen zukunftsfähigen und funktionierenden Verfassungsschutz zu gewährleisten. § 9b BVerfSchG restringiert u. a. den Kreis tauglicher Vertrauenspersonen (§ 9b Abs. 2 BVerfSchG). Über die Verweisungskette der §§ 9b Abs. 1, 9a Abs. 1, 9 Abs. 1 BVerfSchG ist der Einsatz an die dort festgelegten Voraussetzungen gebunden.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte am 20.04.2016 eine Vielzahl der Vorschriften des Bundeskriminalamtgesetzes für verfassungswidrig. Für eine Übergangszeit bis 30.06.2018 legte es fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen grundsätzlich unter Richtervorbehalt steht.

Daraufhin regelte der Gesetzgeber das Bundeskriminalamtgesetz mit Gesetz vom 01.06.2017 neu. § 45 BKAG regelt die Befugnis zum Einsatz

von Vertrauenspersonen und legt fest, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen gegen bestimmte Personen oder bei Betreten nicht allgemein zugänglicher Wohnungen unter Richtervorbehalt stehen. Ferner dürfen Vertrauenspersonen präventiv zum Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane und der Leitung des Bundeskriminalamtes eingesetzt werden (§ 64 BKAG). Es besteht die Verpflichtung, die Betroffenen nachträglich zu benachrichtigen.

## 4. Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Europäischen Ausland

Die Kommission hat sich auf die Darstellung der Rechtslage in der Schweiz und in Österreich beschränkt, weil es sich um vergleichbare Strafrechtssysteme handelt und die Regelungen in deutscher Sprache gefasst gewesen sind.

### 4.1 Schweiz

Das Schweizer Strafprozessrecht spricht in diesem Zusammenhang von verdeckten Ermittlungen und Verdeckten Ermittlern, ohne in den gesetzlichen Regelungen zwischen dem Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter und privater Vertrauenspersonen zu unterscheiden. Nach der Legaldefinition des § 285a StPO liegt eine verdeckte Ermittlung vor, wenn Angehörige der Polizei oder *Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind*, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären.

Die Durchführung verdeckter Ermittlungen ist an Voraussetzungen geknüpft, die in etwa vergleichbar sind mit den Anordnungsvoraussetzungen für eine Telekommunikationsüberwachung in Deutschland. Es muss ein Anfangsverdacht wegen einer Straftat aus einem aufgelisteten Straftatenkatalog bestehen, wobei die Tat auch im Einzelfall schwer wiegen muss. Ferner dürfen verdeckte Ermittlungen lediglich subsidiär geführt werden, das heißt, dass die sonstigen Ermittlungen erfolglos waren oder aussichtslos oder unverhältnismäßig erschwert wären. Der Einsatz verdeckter Ermittlungen ist von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig.

Zum Identitätsschutz der Verdeckten Ermittler dürfen diese mit einer Legende ausgestattet werden; die Staatsanwaltschaft ist befugt, die Identität der Verdeckten Ermittler auch dann nicht zu offenbaren, wenn diese als Zeugen im Strafverfahren aussagen.

Gesetzlich geregelt ist der Fall der Tatprovokation. Nach § 293 StPO dürfen Verdeckte Ermittler lediglich einen schon vorhandenen Tatentschluss des Täters konkretisieren, den Beschuldigten jedoch nicht veranlassen, überhaupt eine Straftat oder eine schwerere Straftat als

ursprünglich beabsichtigt zu begehen. Andernfalls ist die Strafe zu mindern oder von Strafe abzusehen.

Über den Einsatz Verdeckter Ermittler ist der Beschuldigte grundsätzlich mit Abschluss des Vorverfahrens zu benachrichtigen. Im Ausnahmefall kann das Gericht entscheiden, dass die Mitteilung aufgeschoben wird oder sogar unterbleibt, wenn die gewonnenen Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden und dies zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen erforderlich ist. Dem Beschuldigten steht das Recht zu, sich gerichtlich gegen den Einsatz Verdeckter Ermittler zu beschweren.

## 4.2 Österreich

Auch die österreichische Strafprozessordnung enthält Regelungen zur Durchführung verdeckter Ermittlungen, unter denen ebenso wie in der Schweiz sowohl der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten als auch von Vertrauenspersonen verstanden wird. Vertrauenspersonen werden in einem Erlass als Personen bezeichnet, die bereit sind, auf längere Zeit, freiwillig und unter Zusicherung der Vertraulichkeit im Auftrag der Kriminalpolizei Informationen zur Aufklärung einer strafbaren Handlung zu beschaffen und im Bedarfsfall unter der Führung der Kriminalpolizei an verdeckten Einsätzen teilzunehmen. Demgegenüber wird auch in Österreich als Informant eine Person bezeichnet, die gegen Zusage der Vertraulichkeit im Einzelfall von sich aus bereit ist, der Kriminalpolizei vertrauliche Informationen über strafbare Handlungen zu geben.

Im österreichischen Recht sind systematische und über eine längere Zeit geführte verdeckte Ermittlungen zulässig, wenn ohne die Maßnahme die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr bedroht ist, oder die Verhinderung einer geplanten Straftat einer terroristischen oder kriminellen Vereinigung wesentlich erschwert ist. Die Anordnungscompetenz liegt für diese Fälle bei der Staatsanwaltschaft.

Kurze verdeckte Ermittlungen dürfen hingegen durch die Kriminalpolizei angeordnet werden, wenn dies zur Aufklärung von Straftaten erforderlich ist.

Wohnungen dürfen im Rahmen verdeckter Ermittlungen lediglich mit Einverständnis des Inhabers betreten werden. Dabei darf der verdeckte Ermittler den Berechtigten nicht über tatsächlich nicht bestehendes Betretungsrecht täuschen.

Über die Maßnahmen ist der Beschuldigte nach deren Abschluss durch Zustellung der Anordnungen und Genehmigungen zu informieren.

Die Identität der Vertrauensperson darf gegenüber den Gerichten geheim gehalten werden. Es besteht die Möglichkeit einer anonymen Aussage und eines Ausschlusses der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung. Das Verlesen einer schriftlichen Aussage der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung als Beweismittel ist ausnahmsweise zulässig, wenn es sich um ein Verfahren wegen einer außergewöhnlich schwerwiegenden Straftat handelt, die persönliche Sicherheit der Vertrauensperson durch die Aussage evident gefährdet wäre und eine anonyme Aussage unter Ausschluss der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung nicht ausreicht, um die persönliche Sicherheit der Vertrauensperson zu gewährleisten.

Hinsichtlich der Tatprovokation ist in Österreich in § 5 Abs. 3 StPO gesetzlich geregelt, dass Personen nicht zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) widerstreitenden Weise verleitet werden dürfen. In derselben Vorschrift ist geregelt, dass Beschuldigte nicht durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis verlockt werden dürfen. In diesem Zusammenhang bestimmt § 133 Abs. 5 StPO, dass die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines Beschuldigten wegen solcher strafbaren Handlung abzusehen hat, zu deren Begehung er nach § 5 Abs. 3 StPO verleitet wurde.

## **5. Vertrauenspersonen - de lege lata**

### **5.1. Der Einsatz von Vertrauenspersonen im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR**

#### **5.1.1 Die EMRK als Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen und Tatprovokationen**

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), der sich vielfach mit der hier interessierenden Thematik beschäftigt hat, setzt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 04.11.1950 dem Einsatz von Vertrauenspersonen der Ermittlungsbehörden und der Beweisgewinnung in Folge staatlich motivierender Tatbegehung (Tatprovokation durch die Ermittlungsbehörden) menschenrechtliche Grenzen.

##### **5.1.1.1 Beachtlichkeit der Vorgaben der EMRK für die deutsche Strafjustiz**

Die im Rahmen des Europarats als völkerrechtlicher Vertrag ausgearbeitete EMRK verpflichtet nicht nur die Vertragsstaaten in Artikel 1, den ihrer Rechtsordnung unterworfenen Personen bestimmte Grundrechte zu gewähren, sondern begründet auch dem Einzelnen rechtlich unmittelbar zustehende (europäische) Grundrechte. Dies folgt für die Bundesrepublik Deutschland bereits daraus, dass die EMRK, die direkt anwendbare und damit keiner staatlichen Transformation bedürftige Grundrechte normiert, über das Zustimmungsgesetz nach Artikel 59 Abs. 2 GG als einfaches Bundesrecht gilt. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden - Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte - haben die Gewährleistungen der EMRK mithin in gleicher Weise unmittelbar zu beachten wie sonstige bundesgesetzliche Regelungen, etwa die Normen der Strafprozessordnung. Vorgaben zum Einsatz von Vertrauenspersonen und zum Umfang mit polizeilicher Tatprovokation können damit der EMRK grundsätzlich in gleicher Weise entnommen werden wie den Grundrechten des Grundgesetzes und den Regelungen der Strafprozessordnung.

Hinsichtlich des konkreten Gewährleistungsgehaltes der Grundrechte der EMRK ist die Rechtsprechung des EGMR die zentrale Erkenntnisquelle, denn bei Anwendung und Auslegung der EMRK haben die (deutschen) Strafverfolgungsbehörden der sehr differenzierten und umfangreichen Judikatur des EGMR Rechnung zu tragen, also die Garantien der EMRK in der Gestalt zu berücksichtigen, wie sie vom EGMR entfaltet worden sind.



### 5.1.1.2 Artikel 6 EMRK als Prüfungsmaßstab

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Vertrauenspersonen, also von Privatpersonen, die sich in einem kriminellen Umfeld bewegen und im Auftrag der Ermittlungsbehörden dort Informationen sammeln und an die Ermittlungsbehörden weitergeben, EMRK-konform ist, bestimmt sich nach Artikel 6 EMRK. Dieser Artikel normiert das Gebot eines fairen Strafverfahrens und schreibt einzelne Ausprägungen konkret fest und garantiert diese. Das Gleiche gilt für die Beurteilung der Menschenrechtskonformität einer Tatveranlassung durch die Ermittlungsbehörden (Tatprovokation).

Artikel 6 EMRK lautet:

„(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.  
(...)

- (3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:
- a) Innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
  - b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
  - c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
  - d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
  - e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichtes nicht versteht oder spricht.“

Konkret einschlägig ist nach der Rechtsprechung des EGMR für beide hier zu betrachtenden Aspekte jeweils primär die generalklauselartige Gewährleistung eines „fairen Verfahrens“, Artikel 6 Abs. 1 EMRK. Daneben ist, soweit es um die Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson in ein Strafverfahren geht und die Vertrauensperson für eine Vernehmung in einer Hauptverhandlung „gesperrt“ wird, das in solchen Fällen beeinträchtigte Konfrontationsrecht nach Artikel 6 Abs. 2 d EMRK von Relevanz, welches dem Angeklagten das Recht gewährt, eigene Fragen an den Zeugen zu richten und damit deren Glaubwürdigkeit zu hinterfragen.

## **5.1.2 Zur Zulässigkeit der Beweisgewinnung durch Vertrauenspersonen**

### **5.1.2.1 Grundsätzliche Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK**

Der EGMR hält den Einsatz von Vertrauenspersonen der Ermittlungsbehörden ebenso wie den Einsatz von Verdeckten Ermittlern - soweit ersichtlich differenziert der EGMR insoweit nicht in relevanter Weise - für grundsätzlich statthaft und beruft sich darauf, dass die Ausbereitung des organisierten Verbrechens derartige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen erforderlich mache, um Straftaten aufzuklären.

Allerdings verlangt der Gerichtshof, dass Einsätze „klar abgegrenzt und abgesichert“ sind. Der EGMR sieht die Gefahr eines rechtswidrigen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen, weshalb er prozessuale Absicherungen verlangt. Der Gerichtshof erachtet verdeckte Ermittlungsmethoden nur für zulässig, wenn angemessene und ausreichende Sicherungen gegen einen Missbrauch vorhanden sind. Insbesondere fordert er „ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren, um die fraglichen Ermittlungsmaßnahmen zu genehmigen, durchzuführen und zu überwachen.“ Verlangt werden mithin feste Regeln hinsichtlich der Anordnung bzw. Genehmigung eines Einsatzes und dessen Durchführung. Konkrete Anforderungen hat der EMRK allerdings bislang - soweit ersichtlich - nicht formuliert. Insbesondere lässt sich aus der einschlägigen jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht ableiten, dass es zwingend einer formalgesetzlichen und bereichsspezifischen Grundlage bedarf oder Richtervorbehalte eingeführt werden müssten.

In seiner Entscheidung *Furcht v. Deutschland* vom 23.10.2014, der im vorliegenden Zusammenhang - gerade auch, was die Zulässigkeit einer Tatprovokation anbelangt - maßgebliche Bedeutung zukommt, formuliert der EGMR (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, NJW 2015, 3631):

„Es kann zulässig sein, Verdeckte Ermittler einzusetzen, sofern der Einsatz klar abgegrenzt und abgesichert ist. Die Ausbreitung des organisierten Verbrechens verlangt zweifellos wirksame Maßnahmen, doch nimmt das Recht auf eine geordnete Rechtspflege eine so herausragende Stellung ein, dass es nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden darf.“

Bereits im Jahr 2008 hat der EGMR insofern ausgeführt (EGMR, 05.02.2008, 74420/01, NJW 2009, 3565, Rd.Nr. 49 ff.):

„Der Gerichtshof verkennt nicht die Schwierigkeiten der Polizei bei der Sammlung von Beweisen, um Straftaten aufzudecken und zu untersuchen. Dabei ist sie insbesondere im Kampf gegen das organisierte Verbrechen und gegen Korruption mehr und mehr darauf angewiesen, Verdeckte Ermittler und Informanten einzuschalten sowie verdeckt zu arbeiten. (...)“

Unter diesen Umständen kann die Verwendung besonderer Ermittlungsmethoden - insbesondere verdeckte Ermittlungen - für sich allein nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßen. Doch muss sie sich wegen der Gefahr polizeilicher Anstiftung, zu der solche Techniken führen können, innerhalb klarer Grenzen bewegen. (...)“

Insbesondere verbietet die Konvention den Behörden nicht, sich im Stadium der Ermittlungen auf Quellen wie anonyme Informanten zu stützen, wenn es die Art der Straftat verlangt. Doch ist ihre spätere Verwendung durch das erkennende Gericht, um eine Verurteilung zu begründen, etwas Anderes. Sie ist grundsätzlich nur zulässig, wenn angemessene und ausreichende Sicherungen gegen Missbrauch vorhanden sind, insbesondere ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren, um die fraglichen Ermittlungsmaßnahmen zu genehmigen, durchzuführen und zu überwachen. (...) Der Anstieg des organisierten Verbrechens verlangt den Einsatz entsprechend wirksamer Maßnahmen, doch gilt das Recht auf ein faires Verfahren, von dem sich das Erfordernis einer geordneten Rechtspflege herleitet, für jede Form der Kriminalität, von der Klein- bis zur Schwerekriminalität. In der demokratischen Gesellschaft nimmt das Recht auf eine geordnete

Rechtspflege einen so herausragenden Platz ein, dass es nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden darf.

(...) der Einsatz von V-Männern hingenommen werden kann, wenn er klar eingegrenzt und abgesichert ist, (...).“

#### **5.1.2.2 Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK als Schranke für die Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in die Hauptverhandlung**

Blickt man auf die Rechtsprechung des EGMR, so hat die EMRK für den Einsatz von Vertrauenspersonen Relevanz in zweierlei Hinsicht: Zum einen beschränkt die EMRK den Einsatz von Vertrauenspersonen insoweit, als sie eine Tatprovokation durch diese untersagt. Zum anderen setzt die EMRK der Verwertung von Erkenntnissen, die eine Vertrauensperson erlangt hat, Grenzen, wenn die Vertrauensperson in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung nicht gehört werden kann. Denn die Einführung von Erkenntnissen, die eine Vertrauensperson als Zeuge erlangt hat, in eine strafrechtliche Hauptverhandlung ohne Vernehmung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung widerspricht dem von Artikel 6 Abs. 2 d EMRK gewährleisteten Konfrontationsrecht.

Vertrauenspersonen wird in der Rechtspraxis häufig eine Geheimhaltungszusage erteilt, also die Zusage dahingehend, dass ihre Personalien von der Polizei im Strafverfahren nicht offenbart werden. Dies ist grundsätzlich statthaft. Sofern es in einem Strafverfahren auf Erkenntnisse einer Vertrauensperson ankommt, vermag das Gericht in einem solchen Fall daher die Vertrauensperson mangels Kenntnis von deren Personalien nicht als Zeuge zu laden und in der Hauptverhandlung zu vernehmen. In der deutschen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Ersuchen eines Gerichtes an die Polizei um Mitteilung der Personalien einer Vertrauensperson mit einer „Sperrerklärung“ entgegnet werden kann, also einer begründeten Versagung der Erteilung von Auskünften zu den Personalien einer Vertrauensperson. Rechtsgrundlage ist insofern die analoge Anwendung des § 96 StPO. Zudem kann Ermittlungsbeamten die erforderliche Aussagegenehmigung nach § 54 StPO versagt werden, sodass diese in einer Hauptverhandlung keine Auskünfte geben dürfen, die zur Identifizierung einer Vertrauensperson beitragen können. All dies hat der EGMR nicht prinzipiell beanstandet.

Grundsätzlich hat das Gericht, welches insofern einen Beurteilungsspielraum der Exekutive anzuerkennen hat, eine Sperrerklärung bzw. Ablehnung der Erteilung einer (uneingeschränkten) Aussagegenehmigung für

Polizeibeamte zu akzeptieren. Die Vertrauensperson ist bei einer ermittelungsbehördlichen „Sperrung“ damit für das Gericht ein unerreichbarer Zeuge, sodass auch Beweisanträge auf deren Vernehmung nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO als unerreichbar abgelehnt werden können.

Die Erkenntnisse einer gesperrten Vertrauensperson können in einem solchen Fall nur mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Zum einen können Informationen, die eine Vertrauensperson erlangt hat, durch zeugenschaftliche Vernehmung ihrer polizeilichen Führungsperson in eine strafrechtliche Hauptverhandlung eingeführt werden; die polizeiliche Führungsperson ist dann „Zeuge vom Hörensagen“, weil sie in der Hauptverhandlung das bekundet, was die Vertrauensperson ihr gesagt hat. Eine solche Vernehmung eines „Zeugen vom Hörensagen“ ist grundsätzlich statthaft; insbesondere verstößt sie nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO.

Der EGMR hat die Einführung von Angaben für das Gericht nicht erreichbarer Verdeckter Ermittler und V-Leute über einen Führungsbeamten der Behörde als grundsätzlich statthaft erachtet.

Zum anderen können Vernehmungsprotokolle, die von der Polizei bei polizeilichen Vernehmungen der Vertrauensperson aufgenommen worden sind, bei einer Sperrung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen werden.

Auch eine solche Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen über die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle hat der EGMR grundsätzlich gebilligt.

In diesen Fällen wird indes die Vertrauensperson selbst nicht in der Hauptverhandlung vernommen. Damit haben weder das Gericht noch die Staatsanwaltschaft sowie der Angeklagte und dessen Verteidiger die Möglichkeit, eigene Fragen an die Vertrauensperson zu richten.

Dies widerspricht dem von Artikel 6 Abs. 2 d EMRK gewährleisteten Konfrontationsrecht, also dem Recht eines Angeklagten, einen Zeugen selbst oder durch seinen Verteidiger befragen zu können.

Das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK sieht vor, dass Zeugen - und dies gilt auch für Vertrauenspersonen - grundsätzlich in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten vernommen und dort

auch von dem Angeklagten - oder jedenfalls dem Verteidiger - befragt werden können.

Gewahrt ist das Konfrontationsrecht allerdings auch dann, wenn der Zeuge (lediglich) audiovisuell nach § 247a StPO vernommen wird. In Fällen, in denen eine Vertrauensperson zwar für eine unmittelbare Vernehmung in einer Hauptverhandlung in analoger Anwendung des § 96 StPO vom zuständigen Innenminister gesperrt wird, aber dessen audiovisuelle Vernehmung nach § 247a StPO möglich ist, ist das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK mithin nicht beeinträchtigt. Dies gilt auch dann, wenn die audiovisuelle Vernehmung unter optischer und/oder akustischer Verfremdung der Vertrauensperson erfolgt. Denn in diesen Fällen wird der Idee des Konfrontationsrechts, dass der Angeklagte zur Wahrung der Verfahrensfairness die Möglichkeit haben muss, einem (Belastungs-)Zeugen eigene Fragen zu stellen, um dessen Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit seiner Angaben ggf. prüfen und erschüttern zu können, hinreichend Rechnung getragen.

Wenn allerdings die Erkenntnisse einer Vertrauensperson allein durch Vernehmung der polizeilichen Führungsperson oder Verlesung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist das Konfrontationsrecht nicht gewahrt.

Jedoch stellt nach ständiger Rechtsprechung des EGMR nicht schon jede Nichtgewährleistung des Konfrontationsrechtes nach Artikel 6 Abs. 2 d EMRK einer Verletzung der EMRK dar. Denn nach der Rechtsprechung des EGMR ist auch das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 2 d EMRK eine konkrete Ausprägung des Gebotes des fairen Verfahrens. Damit komme es nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich darauf an, ob nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände das betreffende Verfahren insgesamt als fair betrachtet werden kann.

Die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen trotz der Nichtgewährung des Konfrontationsrechtes die Verfahrensfairness gewahrt ist und damit ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK zu verneinen ist, ist in der Rechtsprechung des EGMR deutlichen Schwankungen unterworfen.

Maßstab für die Beurteilung ist gegenwärtig die Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Schatschaschwili v. Deutschland* vom 15.12.2015 (EGMR, 15.12.2015, 9154/10, StV 2017, 213).

Danach verbietet Artikel 6 Abs. 2 d EMRK nicht grundsätzlich die Verwertung von Aussagen im polizeilichen oder gerichtlichen Ermittlungsverfahren als Beweismittel, sofern die Rechte der Verteidigung beachtet wurden. Diese Rechte verlangen in der Regel, dass dem Beschuldigten angemessene und ausreichende Möglichkeit eingeräumt wird, die belastenden Zeugenaussagen anzugreifen und die Zeugen entweder bei der Aussage oder später zu befragen. Selbst die Zulassung einer Aussage, die vor der Hauptverhandlung von einem Zeugen gemacht wurde, der in der Hauptverhandlung nicht gehört worden ist und die das einzige oder entscheidende belastende Beweismittel darstellt, führt nach Auffassung des EGMR nicht automatisch zu einer Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRG. Eine starre Anwendung der sog. Regel des einzigen oder entscheidenden Beweises, der zufolge ein Verfahren nicht fair ist, wenn eine Verurteilung des Angeklagten allein oder entscheidend auf den Aussagen von Zeugen beruht, die der Angeklagte zu keinem Stadium des Verfahrens befragen konnte, widerspreche der Art und Weise, in der der EGMR das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne des Artikel 6 Abs. 1 EMRK gewöhnlich bewerte, indem er nämlich prüfe, ob das Verfahren **insgesamt** fair war. Wegen der Gefahren, die mit Aussagen abwesender Zeugen verbunden sind, sei die Zulassung eines solchen Beweismittels aber ein wichtiger Gesichtspunkt, der bei der Beurteilung der Fairness des Verfahrens zu berücksichtigen sei.

Die erforderliche Gesamtbeurteilung, ob ein Verfahren trotz Verwertung der Aussage eines nicht konfrontativ befragten Zeugen noch fair und damit EMRK-konform sei, müsse anhand von drei Prüfungskriterien vorgenommen werden, die allerdings nicht in einem festen Stufenverhältnis zueinander stünden und deren jeweilige Bejahung oder Verneinung im konkreten Fall für sich genommen noch nicht ausreiche, um ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK bejahen oder verneinen zu können:

- Erstens sei zu fragen, ob es einen triftigen Grund gab, der das Nichterscheinen des Zeugen und folglich die Zulassung seiner nicht konfrontativ hinterfragten Aussage aus dem Ermittlungsverfahren rechtfertige.
- Zweitens sei zu prüfen, ob die Aussage des abwesenden Zeugen die einzige oder entscheidende Grundlage für die Verurteilung gewesen sei.
- Drittens sei zu fragen, ob es ausgleichende Faktoren gegeben habe, insbesondere strenge Verfahrensgarantien, die ausreichen, um die Schwierigkeiten auszugleichen, die der Verteidigung durch die Zulassung eines solchen Beweismittels verursacht wurden und um die Verfahrensfairness insgesamt sicherzustellen.

In mehreren Entscheidungen hat sich der EGMR konkret mit der Frage befasst, unter welcher Voraussetzung ein Verfahren noch als fair und damit im Einklang mit Artikel 6 EMRK stehend betrachtet werden kann, obwohl Erkenntnisse einer Vertrauensperson bzw. einer anonymen Beweisperson verwertet wurden, die nicht vom Angeklagten oder dessen Verteidiger in der Hauptverhandlung befragt werden konnte, sodass das Konfrontationsrecht des Artikels 6 Abs. 2 d EMRK nicht gewährt wurde.

Diese Rechtsprechung der EGMR lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Behörden müssen stichhaltige und ausreichende Gründe für die Geheimhaltung der Identität eines Zeugen vorbringen; insbesondere muss eine behördliche Sperrerklärung ausreichend begründet sein und vom nationalen Strafgericht überprüft und bestätigt werden. Die Behörden müssen die Interessen der Verteidigung und die des Zeugen - insbesondere hinsichtlich seines Rechtes auf Leben, auf Sicherheit und persönliche Freiheit - erkennbar gegeneinander abwägen. Dabei dürfen die Interessen schutzbedürftiger Zeugen nicht in unzulässiger Weise gefährdet werden. Die mittelbar - durch Vernehmung einer polizeilichen Verhörsperson oder Verlesung eines polizeilichen Vernehmungsprotokolls - in die Hauptverhandlung eingeführten Aussagen der Vertrauensperson müssen besonders sorgfältig und vorsichtig gewürdigt werden. Wenn möglich sind neben der besonders sorgfältigen und vorsichtigen Beweiswürdigung weitere Ausgleichsmaßnahmen zu ergreifen. In Betracht kommt insofern etwa die Gewährung der Möglichkeit, schriftlich Fragen an die Vertrauensperson zu stellen. Die Verurteilung eines Beschuldigten darf schließlich nicht ausschließlich oder im Wesentlichen auf die Aussage einer nicht konfrontativ hinterfragten Beweisperson gestützt werden.

Dem entspricht im Wesentlichen auch die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung.

## **5.2 Normative Grundlagen für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen nach deutschem Recht**

Die Tätigkeit von Vertrauenspersonen ist, soweit es den hier allein interessierenden Einsatz von Vertrauenspersonen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, also den repressiven Einsatz von Vertrauenspersonen anbelangt, gesetzlich bislang nicht geregelt. Dies unterscheidet den Einsatz von Vertrauenspersonen maßgeblich von dem Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter (Verdeckte Ermittler), deren Tätigkeit im Rahmen eines Strafverfahrens seit 1992 in der Strafprozessordnung (§ 110a ff. StPO) normiert ist.



Allerdings ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, namentlich der des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes, anerkannt, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich statthaft ist. Die Rechtsprechung verlangt insofern, entgegen der Kritik insbesondere des Schrifttums, keine spezialgesetzliche Grundlage, sondern geht davon aus, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen auf die Ermittlungsgeneralklausel der Strafprozessordnung (§§ 161, 162 StPO) gestützt werden kann. Maßgebliche Erwägung ist insofern, dass Vertrauenspersonen im Gegensatz zu Polizeibeamten über keine speziellen Eingriffsbefugnisse verfügen, sondern „lediglich“ gegenüber ihrer Kontaktperson den Umstand, dass sie für eine Strafverfolgungsbehörde tätig sind und ihre gewonnenen Ergebnisse an diese weitergeben, nicht offenbaren. Grundsätzlich bestehen jedoch kein rechtlicher Anspruch und kein schutzwürdiges Interesse der Bürgerinnen und Bürger dahingehend, dass deren Kontaktpersonen, die Vertrauenspersonen, erlangte Erkenntnisse nicht an staatliche Stellen weitergeben.

Allerdings sind die Voraussetzungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen in der Anlage D zur RiStBV (gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung) geregelt. Die Richtlinien sind im Wesentlichen wortgleich als gemeinsame Erlasse der Innen- und Justizministerien übernommen worden. Es handelt sich damit aber letztlich um eine Verwaltungsvorschrift, die zwar für die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden) verbindlich ist, jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe darstellt und auch für die unabhängigen Gerichte nicht bindend ist.

### **5.3 Rechtliche Vorgaben für den Einsatz von Vertrauenspersonen**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes billigt zwar grundsätzlich den Einsatz von Vertrauenspersonen (vgl. nur BVerfGE 57, 250; BVerfG NJW 1987, 1874; BVerfG NJW 1996, 448; BGHSt 32, 115; BGHSt 40, 211; BGHSt 41, 42), hat allerdings in den letzten Jahrzehnten umfangreiche und detaillierte Vorgaben für einen Einsatz von Vertrauenspersonen aufgestellt und diesem Grenzen gezogen. Die Bestimmungen in der Anlage D zur RiStBV spiegeln die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Vorgaben zu den Einsatzvoraussetzungen wieder. Dagegen beruht die

Rechtslage zur Wahrung einer zugesicherten Geheimhaltung gegenüber den Gerichten im Strafprozess und zur Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in strafrechtliche Hauptverhandlungen allein auf - allerdings mittlerweile gefestigtem und gesichertem - Richterrecht.

Nachfolgend werden die Vorgaben für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen, wie sie sich aus einer Gesamtschau der Regelungen in der Anlage D zur RiStBV sowie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ergeben, zusammenfassend skizziert. Dieses - im Hinblick darauf, dass die maßgeblichen Regelungen aus einer Einzelfallrechtsprechung der Gerichte resultieren, teilweise recht unübersichtliche - Konglomerat von Regeln stellt den rechtlichen Rahmen dar, in dem der Einsatz von Vertrauenspersonen in Deutschland derzeit de lege lata erfolgt.

### **5.3.1 Die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität als faktische Einsatzvoraussetzung und zugleich Gefahr für ein faires Strafverfahren**

In bestimmten Kriminalitätsbereichen, namentlich im Bereich der Rauschgiftkriminalität, der Bandenkriminalität und der sonstigen organisierten Kriminalität, sind Polizei und Staatsanwaltschaft wegen des typischerweise abgeschotteten und klandestinen Agierens der Täter darauf angewiesen, von Privatpersonen aus dem jeweiligen Milieu bzw. von Privatpersonen, die bereit sind, in Absprache mit der Polizei in Kontakt mit den betreffenden Personenkreisen zu treten, Informationen zu erlangen. Die für eine längerfristige Ermittlungshilfe in Betracht kommenden Personen sind allerdings aus naheliegenden Gründen regelmäßig nur dann zu einer Zusammenarbeit mit der Polizei bereit, wenn sie sichergehen können, dass ihre Identität und ihr Engagement für die Polizei von den Strafverfolgungsbehörden geheim gehalten werden, und zwar auch in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren, um nicht Repressionen aus dem Kriminalitätsumfeld ausgesetzt zu werden. Die Strafverfolgungsbehörden haben darüber hinaus auch deshalb ein Interesse an einer Geheimhaltung der Identität von Vertrauenspersonen, um deren Enttarnung zu verhindern und diese möglichst langfristig einsetzen zu können.

Die behördliche Zusicherung von Geheimhaltung konfliktiert allerdings mit den Regeln des strafprozessualen Zeugenbeweises. Diese sehen nämlich vor, dass Zeugen grundsätzlich unter Preisgabe ihrer Identität und Tätigkeit offen im Strafverfahren - und zwar auch in einer (öffentlichen) Hauptverhandlung - aussagen. Die Zusicherung von Geheimhaltung führt jedoch, wie noch näher darzulegen sein wird, regelmäßig dazu, dass die

Gerichte keine Auskunft über die Identität einer eingesetzten Vertrauensperson erhalten und daher eine offene und unmittelbare Vernehmung der Vertrauenspersonen über ihre Erkenntnisse in der Hauptverhandlung nicht möglich ist. Dieses ist allerdings vor dem Hintergrund des im deutschen Strafprozessrecht geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des gerade auch durch Artikel 6 EMRK geltenden Konfrontationsrechtes im Strafprozess problematisch. Schon deshalb hat die Rechtsprechung dem Einsatz von Vertrauenspersonen Grenzen gesetzt. Hinzu kommt, dass Vertrauenspersonen in staatlichem Auftrag ihre Kontaktpersonen über ihre Zusammenarbeit mit der Polizei täuschen oder zumindest bewusst im Unklaren lassen. Auch wegen dieses „staatlichen Täuschungselements“ und damit unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses eines insgesamt fairen Verfahrens wird der Einsatz von Vertrauenspersonen nicht uneingeschränkt für statthaft erachtet. Dies gilt insbesondere dann, wenn Vertrauenspersonen von der Polizei engmaschig geführt und angeleitet werden und damit faktisch als verlängerter Arm der Polizei tätig werden, sodass sich ihre Tätigkeit rein tatsächlich nicht wesentlich von der Verdeckter Ermittler unterscheidet.

### **5.3.2 Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Einsatz von Vertrauenspersonen**

Wie in Nummer 3.1 der Anlage D zur RiStBV festgelegt ist, kommt die Zusicherung von Geheimhaltung - und damit faktisch der Einsatz einer Vertrauensperson - vornehmlich im Bereich der Schwere Kriminalität, der organisierten Kriminalität, des illegalen Betäubungsmittel- und Waffenhandels, der Falschgeldkriminalität und der Staatsschutzdelikte in Betracht. Im Bereich der mittleren Kriminalität setzt die Zusicherung von Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson eine besonders sorgfältige Einzelfallprüfung voraus. Ein Einsatz im Bereich der mittleren Kriminalität kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn durch eine Massierung gleichartiger Straftaten ein die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Allgemeinheit ernsthaft gefährdender Schaden eintreten kann. Ausgeschlossen ist die Zusicherung von Geheimhaltung im Bereich der Bagatelldelinquenz.

Stets ist Voraussetzung für den Einsatz von Vertrauenspersonen, dass anderweitig eine Aufklärung aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Aufgrund dieser Subsidiarität darf der Einsatz von Vertrauenspersonen nicht schon erfolgen, wenn er erfolgversprechend ist, sondern er setzt darüber hinaus voraus, dass anderweitig ein Ermittlungserfolg gar nicht oder nur sehr schwer zu erzielen wäre (vgl. BGHSt 32, 115; BGHSt 42, 139).

Idealerweise soll der Einsatz einer Vertrauensperson dazu führen, dass andere Beweismittel erlangt werden, die ohne Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Konfrontationsrechts in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, sodass es unter Aufklärungsgesichtspunkten der Einführung der Erkenntnisse der Vertrauenspersonen im Wege des Zeugenbeweises nicht bedarf.

Detaillierte Vorgaben dahingehend, welche Personen als Vertrauenspersonen gewonnen und eingesetzt werden dürfen, kennt das geltende Recht nicht. Nummer 3.4 der Anlage D zur RiStBV sieht lediglich vor, dass Minderjährige nicht als Vertrauenspersonen eingesetzt werden dürfen. Dagegen sind z. B. Personen mit Vorstrafen bzw. einer eigenen Verstrickung in das betreffende kriminelle Milieu nicht per se ausgeschlossen. Allerdings liegt es schon im Interesse der Strafverfolgungsbehörden, nur zuverlässige Personen als Vertrauenspersonen einzusetzen.

### **5.3.3 Steuerung des Einsatzes von Vertrauenspersonen durch sog. VP-Führer und Abschöpfung der Erkenntnisse durch Quellenvernehmungen**

In tatsächlicher Hinsicht erfolgt der Einsatz von Vertrauenspersonen, sofern die skizzierten Einsatzvoraussetzungen erfüllt sind, durch eine spezielle VP-Dienststelle der mit den strafrechtlichen Ermittlungen befassten Polizei. Eingesetzten Vertrauenspersonen wird ein in aller Regel besonders geschulter Polizeibeamter als sog. VP-Führer zugeordnet, der in engem Kontakt zu der Vertrauensperson steht und sich von dieser regelmäßig berichten lässt. Zugleich hat der VP-Führer so die Möglichkeit, auf das Agieren der Vertrauensperson steuernd einzuwirken.

Um die Erkenntnisse einer Vertrauensperson zu sichern und deren Verwertung in einem etwaigen späteren Strafverfahren zu ermöglichen, werden Vertrauenspersonen von ihren VP-Führern regelmäßig zu ihren erlangten Informationen als Zeugen polizeilich vernommen. Es werden dabei - wie auch sonst bei Zeugenvernehmungen - Vernehmungsniederschriften gefertigt, die üblicherweise als Quellenvernehmung bezeichnet werden. Besonderheit dieser Quellenvernehmungen ist, dass sich aus ihr die Identität der Vertrauensperson nicht ergibt oder ableiten lässt. Üblicherweise wird die Vertrauensperson von der sie führenden Dienststelle unter einer Bezeichnung geführt und in den Vernehmungsprotokollen benannt, die Rückschlüsse auf ihre Identität nicht zulässt.

Die Einführung der im Laufe eines Einsatzes gewonnene Erkenntnisse von Vertrauenspersonen in Ermittlungsverfahren erfolgt primär durch die Quellenvernehmungen, die, weil sie keine Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson zulassen, zu den Ermittlungsakten gegeben werden. Zudem können die Erkenntnisse von Vertrauenspersonen in das Ermittlungsverfahren in Gestalt von Vermerken der VP-Führer einfließen, die diese über ihre Gespräche (sog. Abschöpfung) mit der Vertrauensperson anfertigen und zu den Ermittlungsakten reichen.

#### **5.3.4 Verfahren, Reichweite und Grenzen der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson**

Zentrales Charakteristikum des Einsatzes einer Vertrauensperson ist die Zusicherung der Geheimhaltung ihrer Identität. Da diese Geheimhaltung in aller Regel dauerhaft und damit auch in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren erfolgen muss, was regelmäßig dazu führt, dass die Vertrauensperson für ihre Vernehmung als Zeuge in einer Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht, ist die Zusicherung der Geheimhaltung zum einen beschränkt auf die oben genannten Deliktgruppen, zum anderen aber auch weiteren Grenzen unterworfen. Zudem gelten für Erklärung und Zusicherung nach Anlage D zur RiStBV bestimmte verfahrensrechtliche Bestimmungen.

Die Zusicherung der Geheimhaltung umfasst primär die Personalien der Vertrauensperson, geht aber darüber hinaus. Geheim zu halten sind nach erteilter Zusage auch der Umstand der Tätigkeit der betreffenden Person für die Strafverfolgungsbehörden sowie alle weiteren Informationen, aus denen Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson und ihre Tätigkeit als solche gezogen werden könnten.

Es besteht Einigkeit darüber und ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass schon aus Gründen des Vertrauensschutzes die Polizei und die Staatsanwaltschaft an eine einmal gegebene Geheimhaltungszusage grundsätzlich gebunden sind. Diese Verbindlichkeit von Geheimhaltungszusagen bedeutet zwar nicht, dass eine Vertrauensperson darauf vertrauen darf, dass sie nicht vor Gericht über ihre Erkenntnisse aussagen muss. Durch die Strafverfolgungsbehörden zu gewährleisten ist allerdings, dass die Vertrauensperson dauerhaft vor einer Enttarnung durch Offenbarung ihrer Identität und einer daraus resultierenden Gefährdung geschützt wird. Das kann aber - wie noch zu zeigen sein wird - unter Umständen auch durch andere Schutzmaßnahmen als eine vollständige Sperrung der Vertrauensperson für eine Vernehmung in einer Gerichtsverhandlung erfolgen. Die Zusicherung der Geheimhaltung ist

also nicht zwingend gleichzusetzen mit einer vollumfänglichen Sperrung für eine Vernehmung in einer strafrechtlichen Hauptverhandlung.

Die Bindung der Strafverfolgungsbehörden (Polizei und Staatsanwaltschaft) an eine einmal gegebene Geheimhaltungszusage entfällt jedoch, wenn sich die Vertrauensperson regelwidrig verhält, und zwar ohne dass es insofern einer konstitutiven Entscheidung der Polizei oder Staatsanwaltschaft, also einer ausdrücklichen Rücknahme der Geheimhaltungszusage, bedarf.

Nach Nummer 4 der Anlage D zur RiStBV entfällt die Bindung von Staatsanwaltschaft und Polizei an eine Geheimhaltungszusage,

- wenn die Vertrauensperson wissentlich oder zumindest leichtfertig falsche Informationen liefert,
- wenn die Vertrauensperson von einer Weisung der sie führenden Dienststelle abweicht oder sich sonst als unzuverlässig erweist, namentlich Absprachen nicht einhält,
- wenn sich herausstellt, dass sich die Vertrauenspersonen an den Taten, um deren Aufklärung es geht, beteiligt hat bzw. beteiligt oder
- wenn die Vertrauensperson sich im Zuge ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden (sonst wie) strafbar macht.

Auf diese Folgen strafbaren bzw. sonstigen Fehlverhaltens ist die Vertrauensperson vor jeder Zusicherung von Geheimhaltung hinzuweisen. Das Risiko, den Schutz einer Geheimhaltungszusage in den genannten Fällen zu verlieren, soll Fehlverhalten der Vertrauenspersonen entgegenwirken und insbesondere die Validität der von ihr gelieferten Informationen sichern.

Anlage D zur RiStBV stellt unter Nummer 5 verfahrensbezogene Vorgaben für die Geheimhaltungszusagen auf, die von der Praxis weiter konkretisiert worden sind:

Die Zusage wird vor dem ersten Einsatz einer Vertrauensperson durch die Polizeidienststelle erteilt, welche die Vertrauensperson einsetzt. Sie wird mit der oben erwähnten Belehrung über die Fälle ihres Entfallens verbunden. Wenn der Einsatz der Vertrauensperson - wie im strafprozessualen Bereich üblich - gezielt in einem konkreten Ermittlungsverfahren erfolgt, ist von der Polizeidienststelle vor Erteilung der Zusage die Einwilligung der Staatsanwaltschaft einzuholen, die die Ermittlungen führt (Nummer 5.3 der Anlage D zur RiStBV). Mithin erfolgt der strafprozessuale Einsatz von Vertrauenspersonen in der Rechtspraxis in aller Regel mit Einwilligung der zuständigen Staatsanwaltschaft. Lediglich in Eilfällen

kann die Zustimmung der Staatsanwaltschaft nachträglich eingeholt werden; wird die Geheimhaltung versagt, ist der VP-Einsatz zu beenden.

Um eine sachgerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen, also der Gewinnung einer Vertrauensperson zur Aufklärung gravierender Straftaten mittels Zusicherung der Geheimhaltung ihrer Identität einerseits und andererseits der durch die Zusicherung regelmäßig bedingten Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Konfrontationsrechts durch die Unmöglichkeit, die Vertrauensperson als Zeuge in einer Hauptverhandlung zu vernehmen, zu gewährleisten, sieht die Anlage D zur RiStBV unter Nummer 5 besondere Entscheidungszuständigkeiten vor.

Im Bereich der Staatsanwaltschaft obliegt die Entscheidung, in die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson einzuwilligen, der Behördenleiterin bzw. dem Behördenleiter der Staatsanwaltschaft, die bzw. der diese Zuständigkeit allerdings - auch generell - auf eine(n) von ihr/ihm gesondert bezeichnete(n) Staatsanwältin/Staatsanwalt übertragen kann. Die/der für das betreffende Ermittlungsverfahren zuständige Dezernent(in) der Staatsanwaltschaft ist nur bei Gefahr im Verzug befugt, für die Staatsanwaltschaft die Einwilligung zu erklären.

Im Polizeibereich ist dafür Sorge zu tragen, dass die Entscheidung über die Zusicherung der Geheimhaltung mindestens auf der Ebene der Leiterin/des Leiters der sachbearbeitenden Organisationseinheit anzusiedeln ist. Mithin sind die unmittelbar mit den polizeilichen Tätigkeiten in einem bestimmten Ermittlungsverfahren betrauten Polizeibeamten nicht befugt, selbst über die Zusicherung einer Geheimhaltung und damit letztlich den Einsatz von Vertrauenspersonen zu entscheiden.

Einer richterlichen Entscheidung bedarf es für einen Einsatz einer Vertrauensperson bzw. für die Zusicherung der Geheimhaltung der Identität jedenfalls nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht. Es gibt insofern keinen Richtervorbehalt (BGHSt 41, 42).

Die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson und der sonstigen von der Zusicherung umfassten Umstände erfolgt durch die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson einsetzt, und ist durch diese zu gewährleisten. In der polizeilichen Praxis wird der Einsatz einer Vertrauensperson in aller Regel von einer gesonderten Organisationseinheit der Polizei, die regelmäßig beim Landeskriminalamt angesiedelt ist, verantwortet, sodass mit der VP-Führung in diesem Bereich erfahrene Polizeibeamte betraut sind, die in der Lage sind, einzuschätzen, welche Informationen ohne Gefährdung der Zusage weitergegeben werden dürfen. Auch

bleibt der Kreis derer, die bei der Polizei die Identität einer Vertrauensperson kennen, hierdurch begrenzt. In aller Regel haben die Beamtinnen und Beamten der Polizeidienststelle, die in einem konkreten Ermittlungsverfahren die Ermittlungen führt, selber keine Kenntnis von der Identität einer eingesetzten Vertrauensperson.

Die ermittlungsführende Staatsanwaltschaft erhält in aller Regel ebenfalls keine Kenntnis von der Identität der Vertrauensperson. Gemäß Nummer 5.4 der Anlage D zur RiStBV unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft nur in begründeten Ausnahmefällen über die Identität der Vertrauensperson. Die Geheimhaltung bei der Staatsanwaltschaft wird zudem dadurch gesichert, dass der anzufertigende Vermerk über die Gespräche mit der Polizei betreffend die Mitwirkung einer Vertrauensperson und die getroffenen Einwilligungsentscheidungen zu den Generalakten der Staatsanwaltschaft - also nicht zu den Ermittlungsakten - gegeben werden, und zwar auch dort ohne Nennung des Namens der Vertrauensperson, sofern diese ausnahmsweise der Staatsanwaltschaft doch bekannt sein sollte.

Informationen zur Identität einer Vertrauensperson sowie Angaben, die Rückschlüsse auf ihre Identität zulassen, werden also der Ermittlungsakte ferngehalten.

### **5.3.5 Entlohnung von Vertrauenspersonen**

Naturgemäß hängt die Bereitschaft, als Vertrauensperson tätig zu werden, nicht nur von einer Geheimhaltungszusage, sondern auch davon ab, dass die - regelmäßig für die Vertrauensperson mit einem nicht unerheblichen Risiko verbundene - Tätigkeit für die Vertrauensperson von Vorteil ist. Notwendigerweise ist deshalb anerkannt, dass Vertrauenspersonen von den Polizeibehörden, die sie einsetzen, für ihre Tätigkeit ein Entgelt erhalten (dürfen). Neben der Erstattung anfallender Auslagen (etwa Treibstoffkosten für Fahrten mit dem eigenen Pkw) darf mithin auch eine Bezahlung erfolgen.

Das nicht von der Hand zu weisende Risiko, dass eine Vertrauensperson falsche Informationen liefert, um Geld von der Polizei zu erhalten, steht nicht generell dem Einsatz von Vertrauenspersonen entgegen, ist aber in einem Gerichtsverfahren, in dem die Erkenntnisse einer Vertrauensperson verwertet werden sollen, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Statthaft und üblich ist neben einer Bezahlung der Vertrauensperson für den geleisteten Zeitaufwand (Stundenlohn) auch eine Erfolgsprämie, insbesondere im Bereich der Rauschgiftkriminalität. So darf und wird in der



Praxis auch regelmäßig einer erfolgreich tätig gewordenen Vertrauensperson eine Belohnung in Abhängigkeit von der Menge und Art des aufgrund ihrer Tätigkeit sichergestellten Betäubungsmittels bzw. der durch ihren Einsatz sichergestellten Tatbeute gezahlt.

### **5.3.6 Befugnisse von Vertrauenspersonen**

Die Kompetenzen von Vertrauenspersonen während ihrer Einsatztätigkeit gehen nicht über die Befugnisse hinaus, die jeder Bürgerin und jedem Bürger zustehen. Vertrauenspersonen haben keine hoheitlichen Befugnisse. Insbesondere haben Vertrauenspersonen auch keine Befugnis, Straftaten zu begehen. Dies gilt selbst für szenetypische Straftaten im Bagatellbereich und auch dann, wenn der Einsatzerfolg dadurch gefährdet wird, dass die Vertrauensperson ohne jede Ausnahme von der Begehung von Straftaten Abstand zu nehmen hat. Eine Vertrauensperson darf weder in dem Umfeld, in dem sie tätig ist, zu Straftaten anstiften noch sich sonst wie an kriminellen Aktivitäten in strafbarer Art und Weise beteiligen. Sollte eine Vertrauensperson hiergegen verstoßen, entfällt nicht nur, wie dargelegt, die Bindung des Staates an eine Geheimhaltungszusage, sondern droht der Vertrauensperson auch eine Strafverfolgung wie jedem anderen.

Insbesondere kommt Vertrauenspersonen kein spezielles Recht zu, fremde Wohnungen zu betreten. Sie dürfen dies straffrei nur dann tun, wenn eine Einwilligung des Hausrechtsinhabers vorliegt, wobei eine solche Einwilligung nicht dadurch unwirksam wird, dass der Hausrechtsinhaber nicht weiß, dass die Vertrauensperson in staatlichem Auftrag agiert (BGH NJW 1997, 1516).

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Vertrauenspersonen nicht dazu eingesetzt werden dürfen, strafprozessuales Schweigerecht zu umgehen, etwa indem eine vernehmungähnliche Befragung einer mit Schweigerechten ausgestatteten Person ohne Offenlegung des Agierens im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden durchgeführt wird (BVerfG NStZ 2000, 489; vgl. aber auch BGHSt 40, 211).

### **5.4 Möglichkeiten und Grenzen der Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen in ein Strafverfahren**

Erkenntnisse von Privatpersonen, die für ein Strafverfahren relevant sind, werden normalerweise durch eine zeugenschaftliche Vernehmung der betreffenden Person in der Hauptverhandlung beweisverwertbar in diese

eingeführt, womit der Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht gewährt werden. Namen und ladungsfähige Anschrift der Zeugen sind üblicherweise in der Ermittlungsakte dokumentiert.

Eine solche Vorgehensweise kommt indes bei Vertrauenspersonen in aller Regel nicht in Betracht, weil dadurch zum einen gegen die Geheimhaltungszusage verstoßen würde und zum anderen die Vertrauensperson in der Regel erheblichen Gefahren ausgesetzt würde.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist deshalb als notwendige Folge der Zulässigkeit eines Einsatzes von Vertrauenspersonen anerkannt, dass die Strafverfolgungsbehörden, namentlich die Polizeibehörde, die eine Vertrauensperson einsetzt, grundsätzlich die Befugnis haben, die Geheimhaltung einer eingesetzten Vertrauensperson auch gegenüber einem Gericht durchzusetzen.

Das gilt selbst dann, wenn die Wahrung der Geheimhaltungszusage letztlich zur Folge hat, dass eine Vertrauensperson - mangels Kenntnis des Gerichts und der Verfahrensbeteiligten von der Identität der Vertrauensperson - in einer Hauptverhandlung nicht als Zeuge vernommen werden kann, sondern ihre Erkenntnisse anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt werden müssen, was sowohl den Unmittelbarkeitsgrundsatz als auch das Konfrontationsrecht tangiert.

#### **5.4.1 § 96 S. 1 StPO als normative Grundlage für die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht**

Normativer Ansatzpunkt für die Wahrung einer Geheimhaltungszusage gegenüber dem erkennenden Gericht und damit für den Schutz einer Vertrauensperson und ggf. auch die Sicherstellung ihrer weiteren Verwendbarkeit sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes § 96 S. 1 StPO und § 54 StPO (vgl. BGHSt 29, 390; BGHSt 30, 34; BGHSt 32, 115).

§ 96 S. 1 StPO lautet:

Die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden und öffentliche Beamte darf nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, dass das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke

dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ist § 96 S. 1 StPO in entsprechender Anwendung Entscheidungsmaßstab auch für die Frage der Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden, die Geheimhaltung der Identität einer Vertrauensperson gegenüber dem erkennenden Gericht durchzusetzen.

Danach gestattet es § 96 S. 1 StPO (in analoger Anwendung) nicht nur, Angaben zur Identität einer Vertrauensperson oder sonstige Informationen, die Rückschlüsse auf die Identität einer Vertrauensperson zulassen, den Ermittlungsakten fernzuhalten. Sondern § 96 S. 1 StPO gestattet es nach gefestigter Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen auch, ein Auskunftsverlangen eines Gerichtes über die Identität einer Vertrauensperson abschlägig zu bescheiden, also auf ein solches Auskunftersuchen mit einer sog. Sperrerklärung zu reagieren, oder aber - als qualitatives Minus - die erforderliche Unterstützung einer gerichtlichen Zeugenvernehmung der dem Gericht namentlich nicht bekannten Vertrauensperson davon abhängig zu machen, dass das Gericht nach der Strafprozessordnung statthafte Schutzmaßnahmen für gefährdete Zeuge ergreift.

#### **5.4.2 Beschränkung der Aussagegenehmigung für Polizeibeamte**

Zudem ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die zuständige Polizeibehörde die Identität einer Vertrauensperson dadurch wahren und eine Geheimhaltungszusage dadurch einhalten darf (und bei Verbindlichkeit der Geheimhaltungszusage auch muss), dass sie denjenigen Polizeibeamten, die - etwas als Führer der Vertrauensperson - Kenntnis über die Identität der Vertrauenspersonen besitzen, gemäß § 54 StPO in Verbindung mit den einschlägigen beamtenrechtlichen Regelungen nur eine eingeschränkte Aussagegenehmigung erteilt, die Bekundungen zur Identität der Vertrauensperson oder zu Umständen, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, nicht umfasst.

#### **5.4.3 Einzelheiten zur Abgabe einer Sperrerklärung und deren Beachtlichkeit für das erkennende Gericht**

Die durch eine Ablehnung eines Auskunftersuchens über die Identität einer Vertrauensperson oder die Einschränkung einer Aussagegenehmigung für Polizeibeamte polizeibehördlich „gesperrte“ Vertrauensperson ist

für das erkennende Gericht nicht erreichbar, sodass eine Vernehmung der Vertrauensperson als Zeuge in der Hauptverhandlung ausscheidet.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die auf § 96 S. 1 StPO und § 54 StPO gestützte Befugnis, Vertrauenspersonen für eine Vernehmung durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung zu sperren, allerdings eng begrenzt. Denn dem berechtigten Interesse der Strafverfolgungsbehörden, Vertrauenspersonen für eine Vernehmung in einer Hauptverhandlung zu sperren, stehen gewichtige Prinzipien des Strafverfahrens entgegen. So verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz prinzipiell, dass Personen, die relevante Wahrnehmungen gemacht haben, in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommen werden, wobei grundsätzlich auch die Identität des Zeugen den Verfahrensbeteiligten bekanntzugeben ist, damit diese ggf. die Glaubwürdigkeit der Beweisperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen hinterfragen können. Die unmittelbare Vernehmung von Beweispersonen über ihre Wahrnehmungen als Zeugen in der Hauptverhandlung ist zudem prinzipiell wegen des aus Artikel 6 EMRK abgeleiteten Konfrontationsrechts geboten. Dieses verlangt im Ausgangspunkt, dass alle Verfahrensbeteiligten, also auch Verteidiger und Angeklagte, die Möglichkeit erhalten, Zeugen eigene Fragen zu stellen und damit deren Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen kritisch zu hinterfragen. Mit einer polizeibehördlichen Sperrerklärung für eine Vertrauensperson werden diese Grundsätze des Strafprozesses indes zumindest tangiert.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat deshalb in den letzten Jahrzehnten in einer Vielzahl von Entscheidungen detaillierte Regelungen aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und in welchem Verfahren die Polizeibehörden Sperrklärungen abgeben dürfen. Die Rechtsprechung hat ferner Regeln dafür aufgestellt, welche Bemühungen die Gerichte entfalten müssen, um eine Vertrauensperson in der Hauptverhandlung vernehmen zu können, bevor ohne Verstoß gegen die richterliche Aufklärungspflicht auf die Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson verzichtet werden darf bzw. bevor ohne Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht die Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch Beweismittelsurrogate in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

#### **5.4.3.1 Auskunftersuchen über die Identität einer Vertrauensperson durch das erkennende Gericht als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes**

Üblicherweise finden sich in den Ermittlungsakten, die dem Gericht mit der Anklage vorgelegt werden, keine Angaben zur Identität einer im Verfahren eingesetzten Vertrauensperson, sondern lediglich anonyme Niederschriften der sog. Quellenvernehmungen bzw. Vermerke der VP-Führer über das, was sie von einer Vertrauensperson im Rahmen von Abschöpfungen mitgeteilt bekommen haben. Mithin ist es dem mit der Sache befassten Gericht rein tatsächlich nicht möglich, eine Vertrauensperson als Zeuge für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zu laden. Sofern unter Aufklärungsgesichtspunkten oder im Hinblick auf gestellte Beweisanträge das Gericht die Einführung von (aktenkundigen) Erkenntnissen einer eingesetzten Vertrauensperson für erforderlich hält, ist es deshalb nach der Rechtsprechung gehalten, von der ermittlungsführenden Polizeidienststelle Auskunft über die Identität der Vertrauensperson zu verlangen.

Sofern die Polizei ein solches Auskunftersuchen des Gerichts erhält, muss die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, nach der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 96 S. 1 StPO prüfen, ob die begehrte Auskunft erteilt werden kann oder gegenüber dem Gericht eine sog. Sperrerklärung abzugeben ist, also die Preisgabe der Identität der Vertrauensperson abzulehnen ist. Diese Entscheidung fällt in den Zuständigkeitsbereich der Polizei bzw. der Innenverwaltung, nicht in den der Staatsanwaltschaft, die insofern auch nicht gegenüber der Polizei weisungsbefugt ist.

#### **5.4.3.2 Zuständigkeit für die Abgabe einer Sperrerklärung**

Zuständig für die Entscheidung über eine Sperrerklärung und die Abgabe einer solchen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch in Bezug auf Vertrauenspersonen, die im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen eingesetzt werden, nicht die Staatsanwaltschaft, sondern die ermittlungsführende Polizeibehörde bzw. der Innenminister als oberster Dienstherr der Polizeibeamten.

Wenn es einer Wahrung der Geheimhaltung der Vertrauensperson nicht (mehr) bedarf, hat die Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, dem Gericht gegenüber die Identität der Vertrauensperson zu offenbaren. Einer Entscheidung der zuständigen Staatsanwaltschaft bedarf es insofern nicht. Eine solche Mitteilung von Informationen über die

Identität einer Vertrauensperson, die regelmäßig zu deren Enttarnung und zu ihrer Vernehmung als Zeuge in der Hauptverhandlung führt, ist dann statthaft und regelmäßig auch geboten, wenn die Bindung an eine Geheimhaltungszusage entfallen ist - etwa weil sich herausgestellt hat, dass die Vertrauensperson unrichtige Informationen geliefert hat oder sich im Kontext ihres Einsatzes strafbar gemacht hat - und wenn nicht anderweitige gewichtige Interessen, etwa die drohende Enttarnung anderer Vertrauenspersonen, eine fortdauernde Geheimhaltung der Identität der Vertrauensperson gebieten.

Wenn die Polizei dagegen die Identität der von ihr eingesetzten Vertrauensperson weiterhin auch gegenüber dem Gericht geheim halten will (und muss), gilt in entsprechender Anwendung des § 96 S. 1 StPO Folgendes:

Zuständig für die Abgabe einer Sperrklärung ist nach § 96 S. 1 StPO die oberste Dienstbehörde (BVerfGE 57, 250; BGHSt 36, 159). Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Vertrauenspersonen, die von der Polizei in einem Strafverfahren eingesetzt wurden, (allein) der für die betreffende Polizei verantwortliche Innenminister (und nicht (auch) der Justizminister als oberster Dienstherr der Staatsanwälte) (BGHSt 35, 82; BGHSt 41, 36). Der Innenminister darf die Entscheidung allerdings auf von ihm hierzu ermächtigte Beamte des Innenministeriums delegieren, muss also nicht unbedingt persönlich entscheiden. Es genügt, wenn die Entscheidung im Auftrag des Innenministers und im Rahmen einer von diesem erteilten Ermächtigung durch eine Beamtin bzw. einen Beamten des Innenministeriums ergeht (BGHSt 35, 82). Dagegen ist die dem Innenministerium nachgeordnete Polizeibehörde, die die Vertrauensperson eingesetzt hat, nicht befugt, eine Sperrklärung abzugeben.

#### **5.4.3.3 Legitime Gründe für die Abgabe einer Sperrklärung**

Im Hinblick auf die grundsätzliche Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden, dem Gericht möglichst gute Beweismittel bzw. alle relevanten Beweismittel zur Verfügung zu stellen, darf der zuständige Innenminister eine Sperrklärung nur abgeben, wenn ein Weigerungsgrund im Sinne des § 96 S. 1 StPO gegeben ist und die Auskunftsverweigerung unbedingt erforderlich ist. Eine Sperrklärung darf mithin nur abgegeben werden, wenn das Bekanntwerden der Identität der Vertrauensperson dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde (BGHSt 29, 390; BGHSt 30, 34; BGHSt 32, 115; BGHSt 35, 82).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass solche Nachteile insbesondere in Betracht kommen können, wenn die Auskunft die Vertrauenspersonen in Leibes- oder Lebensgefahr bringen würde (BVerfG 57, 250; BVerfG NJW 2010, 925; BGHSt 33, 83; BGHSt 36, 159; BGH NStZ-RR 2009, 4; VGH Kassel NJW 2014, 240). Namentlich dann, wenn zu befürchten steht, dass eine Vertrauensperson Repressionen durch Personen, in deren Umfeld sie tätig war, ausgesetzt werden würde, wenn ihre Identität in einer (öffentlichen) Hauptverhandlung bekannt würde, kommt eine Sperrerkklärung nach § 96 StPO in Betracht.

Die Rechtsprechung lässt aber auch noch in weiteren Fällen die Abgabe einer Sperrerkklärung zu. So darf eine Sperrerkklärung grundsätzlich auch damit begründet werden, dass bei einer Preisgabe der Identität einer Vertrauensperson das Vertrauen in Geheimhaltungszusagen der Strafverfolgungsbehörden insgesamt erschüttert würde (BVerfG NJW 2010, 925; BVerfG NVwZ 2017, 1364). Insofern darf bei der Entscheidung über eine Sperrerkklärung berücksichtigt werden, dass die Bereitschaft von Privatpersonen, als Vertrauensperson mit der Polizei zusammenzuarbeiten, erheblich zurückgehen würde, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden nicht konsequent an erteilte Geheimhaltungszusagen halten würden.

Anerkannt ist in der Rechtsprechung auch, dass ein legitimer Grund für die Abgabe einer Sperrerkklärung darin liegen kann, die Enttarnung einer Vertrauensperson zu verhindern, um diese auch zukünftig in dem betreffenden Milieu bzw. Deliktumfeld als solche einsetzen zu können (BGH NStZ-RR 2009, 4; VGH Kassel NJW 2014, 240).

#### **5.4.3.4 Erforderlicher Inhalt einer Sperrerkklärung**

Die Rechtsprechung verlangt bei der Entscheidung über eine Sperrerkklärung eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen. Sie verlangt zudem, dass sich diese Abwägung in der dementsprechend ausführlich zu begründenden schriftlichen Sperrerkklärung widerspiegelt.

Eine Sperrerkklärung des zuständigen Innenministers muss deshalb den Sachverhalt mit einzelfallbezogenen und nachvollziehbaren Darlegungen umfassend würdigen. Die Sperrerkklärung darf sich nicht auf floskelhafte Erwägungen beschränken, sondern muss auf den konkreten Fall bezogen anerkannte Gründe für eine Sperrung der Vertrauensperson benennen und erkennen lassen, dass die Belange der Strafrechtspflege sorgfältig gegen die für eine Sperrerkklärung sprechenden Belange abgewogen worden sind (BGH NJW 2000, 1661).

#### 5.4.3.5 **Erfordernis einer Prüfung der Möglichkeit einer Vernehmung unter Anwendung von Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung**

Nach der gefertigten höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der zuständige Innenminister bei der Entscheidung über eine Sperrung einer Vertrauensperson stets auch zu erwägen, ob eine Vernehmung der Vertrauensperson durch das erkennende Gericht in Betracht kommt, wenn das Gericht von den Möglichkeiten Gebrauch macht, die die Strafprozessordnung zum Schutz gefährdeter oder ansonsten schutzwürdiger Zeugen vorsieht. Mithin hat es bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung nicht nur darum zu gehen, ob dem Gericht gegenüber die Identität einer Vertrauensperson offenbart wird oder jegliche diesbzgl. Informationen abgelehnt oder jede Unterstützung für eine Vernehmung des Zeugen durch das erkennende Gericht versagt wird, also eine generelle Sperrung des Zeugen verfügt wird.

Die Rechtsprechung verlangt, dass bei der Entscheidung über eine Sperrerklärung einzelfallbezogen geprüft wird, ob - ggf. in kumulativer Anwendung - nach der Strafprozessordnung statthafte Zeugenschutzmaßnahmen ausreichen, um bei einer Vernehmung der Vertrauensperson Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes im Sinne des § 96 S. 1 StPO zu vermeiden (BVerfGE 57, 250; BVerfG NJW 2010, 925; VGH Kassel NJW 2014, 240; OVG Lüneburg NJW 2012, 2372). Letzteres ist - mit der Folge, dass eine vollumfängliche Sperrerklärung nicht abgegeben werden darf - insbesondere der Fall, wenn solche Zeugenschutzmaßnahmen ausreichen, um ein Offenbarwerden der Identität der Vertrauensperson zu verhindern. Sofern solche Zeugenschutzmaßnahmen die Geheimhaltung der Identität hinreichend gewährleisten, verstößt die Polizei bzw. das Innenministerium nicht gegen eine erteilte Geheimhaltungszusage, wenn dem Gericht die Möglichkeit zu einer Vernehmung der Vertrauensperson unter Anwendung von Zeugenschutzmaßnahmen der Strafprozessordnung verschafft wird. Denn eine Geheimhaltungszusage soll nicht vor einer Vernehmung durch das Gericht schützen, sondern allein vor einem Bekanntwerden der Identität der Vertrauensperson bzw. ihrer Arbeit für die Polizei.

Folgende Schutzmaßnahmen sind nach der Rechtsprechung in Erwägung zu ziehen und in der Entscheidung des Innenministers - der Sperrerklärung - einzelfallbezogen schriftlich zu erörtern:

- Der Verzicht auf Angaben zur Person und Identität eines Zeugen bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung gemäß § 68 Abs. 3 StPO.



Insofern darf allerdings berücksichtigt werden, dass regelmäßig bereits das persönliche Auftreten einer Vertrauensperson in der Hauptverhandlung, zumal wenn die Zeugenvernehmung in öffentlicher Hauptverhandlung und im Beisein des Angeklagten stattfindet, genügt, um die Vertrauensperson zu enttarnen.

- Der Ausschluss der Öffentlichkeit gemäß § 172 Nr. 1 a GVG.

Insofern aber darf Berücksichtigung finden, dass häufig bereits eine Kenntniserlangung durch die Angeklagten ausreicht, um eine Vertrauensperson zu enttarnen und damit zu gefährden.

- Der Ausschluss des Angeklagten gemäß § 247 StPO.

Insofern jedoch darf in der Entscheidung berücksichtigt werden, dass Angeklagte selbst dann, wenn sie während der Zeugenvernehmung nicht anwesend sein durften, über den Inhalt einer Zeugenaussage und auch über die in der Hauptverhandlung erfolgten Erörterungen zur Person eines Zeugen zu informieren sind und der anwesende Verteidiger eines Angeklagten die Befugnis hat, diesen vollumfänglich zu unterrichten.

- Eine audiovisuelle Vernehmung der Vertrauensperson gemäß § 247 a StPO, erforderlichenfalls unter optisch-akustischer Verfremdung.

Zwar wird eine bloße audiovisuelle Vernehmung einer Vertrauensperson für sich genommen kaum jemals geeignet sein, eine Gefährdung ihrer Person bzw. ihrer Einsatzfähigkeit infolge ihrer Enttarnung zu verhindern. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes ist es indes statthaft, Maßnahmen zur optisch-akustischen Verfremdung der Vertrauensperson zu ergreifen (BVerfG NStZ 2007, 534; BGHSt 51, 232; BGH NJW 2003, 74; BGH NStZ 2004, 345; BGH NStZ 2005, 43; BGH NStZ 2006, 648; VGH Kassel NJW 2014, 240). Konkret wird es für statthaft erachtet, das äußere Erscheinungsbild der Vertrauensperson so zu verändern oder ihre Gestalt und insbesondere ihr Gesicht nur so eingeschränkt zu übertragen, dass eine optische Identifizierung ausscheidet. Ebenso wird es von der höchstrichterlichen Rechtsprechung für statthaft erachtet, wenn mittels technischer Mittel die Stimme der audiovisuell ver-

nommenen Vertrauensperson so verfremdet wird, dass die Vertrauensperson auch nicht anhand ihrer Stimme identifiziert werden kann. In der Praxis wird allerdings auch einer solchen audiovisuellen Vernehmung häufig mit dem - grundsätzlich legitimen und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligten - Argument entgegengetreten, dass bei einer Vertrauensperson, die mit dem Angeklagten oder Personen aus dessen Umfeld über längere Zeit in einer engeren Beziehung stand, eine Enttarnung bereits anhand ihrer Bewegungen, ihrer Gestik und Mimik, ihres Sprachduktus und ihrer Wortwahl nicht ausgeschlossen werden könne.

Sofern solche Maßnahmen, ggf. in kumulativer Anwendung, ausreichen, um die Identität einer Vertrauensperson geheim zu halten, darf nach der Rechtsprechung nur eine eingeschränkte Sperrerklärung dahingehend abgegeben werden, dass eine Vernehmung der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung bei Ergreifen solcher Maßnahmen gebilligt und polizeilicherseits unterstützt wird.

Die Sperrerklärung hat dann zwar eine Mitteilung der Personalien der Vertrauensperson an das erkennende Gericht abzulehnen. Indes ist die Polizeibehörde in einem solchen Fall verpflichtet, das Gericht dabei zu unterstützen, eine Vernehmung mit solchen Maßgaben durchzuführen.

Denkbar ist beispielsweise, dass die Vertrauensperson unter optischer und akustischer Verfremdung audiovisuell vernommen wird, wobei auch das Gericht die Personalien der Vertrauensperson nicht erfährt, sondern die Ladung vermittelt durch die Polizeibehörde erfolgt, die Vertrauensperson sich nicht im Gerichtsgebäude, sondern in Räumlichkeiten der Polizei aufhält, Bild und Ton mit Unterstützung der Polizei optisch und akustisch verfremdet in den Gerichtssaal übertragen werden und die Vertrauensperson bei ihrer audiovisuellen Vernehmung keinerlei Angaben zu ihrer Identität macht.

Nur wenn solche Maßnahmen - auch in kumulativer Anwendung - nicht ausreichen, um die Geheimhaltung der Identität der Vertrauensperson sicherzustellen, darf eine vollumfängliche Sperrerklärung abgegeben werden.

#### **5.4.3.6 Grundsätzliche Verbindlichkeit einer Sperrklärung des Innenministers für das erkennende Gericht**

Eine Sperrklärung des zuständigen Innenministers ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für das mit der Sache befasste

Gericht grundsätzlich bindend (BGHSt 33, 178). Denn § 96 S. 1 StPO zeigt, dass die Exekutive Geheimhaltungskompetenzen auch gegenüber den Gerichten hat, also - umgekehrt formuliert - die Gerichte keinen Anspruch auf unbeschränkte Auskunftserteilung durch die Exekutive haben.

Allerdings ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso anerkannt, dass sich das Gericht nicht mit jedweder Sperrerklärung ohne weiteres zufriedengeben darf. Vielmehr sind die Gerichte gehalten, Sperrerklärungen daraufhin zu prüfen, ob diese den oben skizzierten Anforderungen an eine wirksame Sperrung einer Vertrauensperson genügen.

Das Gericht hat zu prüfen, ob die Sperrerklärung eine einzelfallbezogene Begründung enthält, in der die Gründe für die Sperrung in verständlicher Weise und argumentativ nachvollziehbar dargelegt werden und in der diese Gründe mit den zutreffend erkannten Belangen der Strafrechtspflege in eine tragfähige Abwägung gebracht worden sind. Das Gericht hat die Sperrerklärung insbesondere daraufhin zu überprüfen, ob ihr zutreffende rechtliche Erwägungen zugrunde liegen, ob die Belange der Strafrechtspflege erkannt und hinreichend gewichtet wurden und ob die oben skizzierten weniger einschneidenden Maßnahmen zum Schutze von Zeugen in Erwägung gezogen und mit tragfähigen Argumenten verworfen worden sind.

Allerdings steht dem Innenminister ein Beurteilungsspielraum zu, sodass das Gericht die Sperrerklärung nur auf eine rechtliche Fehlerhaftigkeit hin überprüfen darf, nicht allerdings seine eigene Auffassung über das richtige Abwägungsergebnis an die Stelle der behördlichen Entscheidung setzen darf (OVG Lüneburg NJW 2012, 2372).

Sofern die Sperrerklärung diesen Anforderungen nicht genügt, insbesondere, wenn sie keine, eine offensichtlich rechtsfehlerhafte oder eine sich in formelhaften Wendungen erschöpfende Begründung enthält, ist das Gericht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehalten, Gegenvorstellung zu erheben (BGHSt 32, 115; BGHSt 33, 178; BGHSt 36, 159). In einem solchen Fall hat das Gericht den zuständigen Innenminister unter Darlegung der gerichtlich erkannten Defizite aufzufordern, die getroffene Entscheidung zu überdenken und ggf. zu revidieren.

Eine Gegenvorstellung ist aber nicht immer geboten, sondern nur, wenn die Sperrerklärung rechtlich defizitär ist und ihre Abänderung möglich erscheint (BGHSt 33, 178; BGHSt 36, 159).

Wenn die Sperrerklärung den hier skizzierten Anforderungen genügt oder aber der zuständige Innenminister auch nach einer Gegenvorstellung des Gerichts an ihr festhält, muss das Gericht die daraus resultierende Einschränkung seiner Beweiserhebungsmöglichkeiten akzeptieren (BGHSt 32, 115; BGHSt 36, 159).

Sofern das Gericht eine Sperrerklärung für rechtsfehlerhaft hält, indes die dann veranlasste Gegenvorstellung keinen Erfolg hat, darf das Gericht nach zwar umstrittener, indes vorherrschender Auffassung keine strafprozessualen Zwangsmaßnahmen - etwa eine Beschlagnahme bei der Polizei verwahrter Unterlagen zur Identität der Vertrauensperson - anordnen. Dagegen ist in einer älteren ermittelungsrichterlichen BGH-Entscheidung (BGHSt 38, 237) eine Beschlagnahme von Akten für statthaft erachtet worden, wenn die Sperrerklärung offensichtlich willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erteilt wurde.

Für das Gericht besteht auch keine Möglichkeit, eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Sperrerklärung herbeizuführen.

Für das Gericht ist die Vertrauensperson dann - auch im Rechtssinne - unerreichbar. Das Gericht darf dann - jedenfalls solange, wie die Sperrerklärung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich oder willkürlich ist (vgl. BGHSt 29, 109: dann Beweisverwertungsverbot) - auf Beweismittelsurrogate zurückgreifen und ist hierzu in der Regel unter Aufklärungsgesichtspunkten auch gehalten.

Für die Staatsanwaltschaft ist eine Sperrerklärung ebenso wie für das Gericht bindend; auch die ermittelungsführende Staatsanwaltschaft hat keine rechtlichen Befugnisse, eine wirksame Sperrerklärung zu überwinden.

Andere Verfahrensbeteiligte indes können nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Sperrerklärung des Innenministers auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten, also eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Auskunftserteilung über die Identität der Vertrauensperson erheben (BGHSt 44, 107; VGH Kassel NJW 2014, 240; OVG Lüneburg NJW 2012, 2372).

Einen Anspruch darauf, dass das mit der Sache befasste Strafgericht mit der Durchführung einer Hauptverhandlung zuwartet, bis eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergangen ist, oder gar eine begonnene

Hauptverhandlung aussetzt, um beispielsweise dem Angeklagten eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Sperrerklärung zu ermöglichen, hat indes kein Verfahrensbeteiligter (BGH NJW 2007, 3010; BGH NSTZ-RR 2009, 4). Das Gericht hat zwar - insbesondere auf einen Aussetzungsantrag des Angeklagten hin - zu prüfen, ob so verfahren wird (und einen Aussetzungsantrag zu bescheiden). Jedoch hat das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung auch Belange der Strafrechtspflege, namentlich den Beschleunigungsgrundsatz, in den Blick zu nehmen und die voraussichtlichen Erfolgchancen einer verwaltungsgerichtlichen Klage zu würdigen.

Anders als im Verwaltungsprozess ist im Strafprozess kein Inzidentverfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Sperrerklärung vorgesehen; eine dem § 99 Abs. 2 VwGO vergleichbare Regelung fehlt in der Strafprozessordnung. Während im Verwaltungsprozess die Beteiligten bei einer verweigten Aktenvorlage, also in einer der Abgabe einer Sperrerklärung vergleichbaren Situation, eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Vorlageverweigerung durch ein Obergericht bzw. das Bundesverwaltungsgericht in einem gesonderten Verfahren unter Wahrung besonderer Geheimhaltung („in-camera-Verfahren“) veranlassen können, gibt es ein vergleichbares gesondertes und inzidentes strafgerichtliches Überprüfungsverfahren nicht. Ein Rechtsschutzdefizit dürfte insofern aber nicht vorliegen, weil ein Angeklagter – wie ausgeführt – die Sperrerklärung eines Innenministers betreffend eine Vertrauensperson auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten kann und dann in diesem gesonderten verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegebenenfalls nach § 99 Abs. 2 VwGO verfahren werden kann.

#### **5.4.4 Rechtliche Unerreichbarkeit der Vertrauensperson für das erkennende Gericht bei Vorliegen einer Sperrerklärung**

Wenn eine beachtliche Sperrerklärung vorliegt, können Beweisbegehren (namentlich Beweisermittlungsanträge) der Verfahrensbeteiligten auf Vernehmung der Vertrauensperson wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels - bei Beweisanträgen gemäß § 244 Abs. 3 S. 2 StPO - abgelehnt werden.

#### **5.4.5 Kein Beweiserhebungsverbot bei Vorliegen einer Sperrerklärung**

Dagegen ist es nicht statthaft, einen Beweisantrag, der auf die Vernehmung einer individuell benannten Person abzielt und zur Begründung anführt, bei dieser Person handele es sich um die Vertrauensperson, unter Hinweis auf die behördliche Sperrung der Vertrauensperson abzulehnen.

Denn eine behördliche Sperrerklärung führt lediglich dazu, dass die Polizeibehörde befugt eine Auskunft über die Identität der Vertrauensperson verweigert. Sie führt aber nicht dazu, dass das Gericht daran gehindert wäre, die Vertrauensperson zu vernehmen, wenn es anderweitig, etwa durch einen Angeklagten, den die Enttarnung der Vertrauensperson gelungen ist, von deren Identität erfährt. Dementsprechend gibt eine Sperrerklärung dem Gericht keine Handhabe, die Vernehmung einer Person abzulehnen, die von einem Verfahrensbeteiligten mit dem Ziel erstrebt wird, die Person zu befragen, ob sie die betreffende Vertrauensperson sei (BGHSt 39, 141; BGH NJW 1988, 2187; BGH NJW 1993, 1214; BGH NStZ 2003, 610).

Sofern es ungeachtet einer Sperrerklärung zu einer Identifizierung der Vertrauensperson und deren Ladung zur Zeugenvernehmung durch das Gericht kommt, ist die Vertrauensperson grundsätzlich ebenso wie jeder andere private Zeuge verpflichtet, der Ladung nachzukommen und den übrigen Zeugenpflichten zu genügen, namentlich auszusagen. Der Vertrauensperson stehen grundsätzlich nur die für alle Privatpersonen geltenden Zeugenschutzvorschriften der Strafprozessordnung zur Seite.

Anderes gilt nur, wenn die Vertrauensperson nach dem Verpflichtungsgesetz von der sie einsetzenden Behörde zur Verschwiegenheit verpflichtet wurde; dann bedarf sie, ebenso wie Beamte, für eine Aussage vor Gericht eine Aussagegenehmigung, die ggf. von der Polizeibehörde versagt werden kann (BGHSt 31, 148; BGH NStZ 1984, 31). Eine Enttarnung eines Zeugen als Vertrauensperson kann mit einem solchen Vorgehen aber selbstredend nicht verhindert werden, da der Zeuge in einem solchen Fall offenbaren müsste, wegen seiner Tätigkeit als Vertrauensperson förmlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden zu sein. Sinn ergibt in einem solchen Fall eine Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz und eine Beschränkung der Aussagegenehmigung für eine enttarnete Vertrauensperson nur, sofern die Vertrauensperson über Erkenntnisse verfügt, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Polizei erhalten hat und die ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftig sind, etwa Kenntnisse über Identitäten anderer - noch nicht enttarneter - Vertrauenspersonen oder Verdeckter Ermittler bzw. über sonstige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen der Polizei, etwa technische Observationsmaßnahmen.

## **5.4.6 Einführung von Erkenntnissen einer Vertrauensperson über Beweismittelsurrogate - Urkundenbeweis und Zeuge vom Hörensagen**

Wenn das Gericht aufgrund einer Sperrerklärung nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch daran gehindert ist, eine Vertrauensperson in der Hauptverhandlung als Zeuge zu vernehmen, sind die Erkenntnisse der Vertrauensperson nach Maßgabe der richterlichen Aufklärungspflicht bzw. des Beweisantragsrechtes anderweitig in die Hauptverhandlung einzuführen.

Lediglich dann, wenn die Sperrerklärung offensichtlich rechtsmissbräuchlich oder willkürlich ist, besteht ein Beweisverwertungsverbot, das den Rückgriff auf Beweismittelsurrogate verbietet (vgl. BGHSt 29, 109; BGHSt 31, 323). Ein Beweisverwertungsverbot besteht indes nicht schon dann, wenn die Sperrerklärung nach Auffassung des erkennenden Gerichts lediglich rechtsfehlerhaft ist (BGHSt 36, 159).

Für die Einführung der Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch Beweismittelsurrogate kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

### **5.4.6.1 Urkundenbeweis**

Zum einen können Protokolle über polizeiliche Vernehmungen der Vertrauensperson durch ihren polizeilichen VP-Führer, also die Niederschriften über sog. Quellenvernehmungen, in der Hauptverhandlung gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Urkundenbeweis verlesen werden. Aufgrund der für das Gericht beachtlichen Sperrerklärung kann die Vertrauensperson im Sinne des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden. Unerheblich ist, dass die Niederschriften von Quellenvernehmungen keine Angaben zur Identität der Vertrauensperson enthalten. Denn § 251 StPO lässt auch die Verlesung von Vernehmungsniederschriften von anonymen Zeugen zu.

Statthaft und unter Aufklärungsgesichtspunkten unter Umständen auch geboten ist es, dass das Gericht eine Quellenvernehmung der betreffenden Vertrauensperson durch den jeweiligen VP-Führer in Auftrag gibt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine solche Vernehmungsniederschrift verlesbar ist, selbst wenn ihr eine Vernehmung zugrunde liegt, die speziell zur Schaffung einer in der Hauptverhandlung zu verlesenden Vernehmungsniederschrift durchgeführt wurde. Auf diese Weise ist es grundsätzlich möglich, einer Vertrauensperson indirekt Fragen zu stellen, auf die es dem Gericht oder der anderen Verfahrensbeteiligten ankommt. In der Praxis werden der Vertrauensperson bei Bedarf durch den VP-

Führer Fragenkataloge des Gerichts oder auch der Verteidigung vorgelegt. Die Vertrauensperson beantwortet diese Fragen im Rahmen der Vernehmung durch den VP-Führer. Auf eine solche Vorgehensweise haben der Angeklagte und sein Verteidiger grundsätzlich einen Anspruch. Die so hergestellte Niederschrift über die Quellenvernehmung kann dann gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden - alternativ kann der VP-Führer über die Angaben der Vertrauensperson zu den ihr vorgelegten Fragen zeugenschaftlich vernommen werden.

#### **5.4.6.2 Die Vernehmung des VP-Führers als Zeugen vom Hörensagen**

Rechtlich möglich und in der gerichtlichen Praxis durchaus üblich ist es auch, den jeweiligen VP-Führer als Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Dieser wird dann in der Hauptverhandlung darüber vernommen, was die von ihm geführte Vertrauensperson ihm im Rahmen von polizeilichen Quellenvernehmungen oder auf anderem Wege über ihre Erkenntnisse zum Verfahrensgegenstand mitgeteilt hat. Der als Zeuge in der Hauptverhandlung vernommene VP-Führer ist ein sog. Zeuge vom Hörensagen.

Eine Einführung der Erkenntnisse der Vertrauensperson auf diesem Wege verstößt nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO, da dieser lediglich den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundsbeweis regelt. Und da bei Vorliegen einer beachtlichen Sperrerklärung eine Vernehmung der Vertrauensperson selbst durch das Gericht nicht möglich ist, verstößt die Vernehmung des VP-Führers als Zeuge vom Hörensagen auch nicht gegen den Aufklärungsgrundsatz, der generell - wenngleich nicht ausnahmslos - die Vernehmung bloß eines mittelbaren Zeugen anstelle des unmittelbaren Zeugen nicht ausreichen lässt.

Zu bedenken ist allerdings, dass auch bei einer Vernehmung der polizeilichen Führungsbeamten einer Vertrauensperson die gerichtlichen Erkenntnismöglichkeiten beschränkt sind. Denn wie jeder Polizeibeamte benötigt auch der VP-Führer gemäß § 54 StPO in Verbindung mit den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften eine Aussagegenehmigung seines Dienstvorgesetzten. Diese vom Gericht einzuholende Aussagegenehmigung wird - was statthaft ist - regelmäßig dahingehend beschränkt, dass dem VP-Führer Angaben zur Identität der Vertrauensperson sowie generell zu Umständen, die Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson zulassen, nicht gestattet werden. Eine solche Beschränkung der Aussagegenehmigung ist für das Gericht grundsätzlich bindend. Sie muss allerdings von der obersten Dienstbehörde (in aller



Regel dem Innenministerium) verfügt werden. Insofern gilt das zur Sperrerklärung oben Gesagte entsprechend. Das Gericht hat lediglich die Möglichkeit, gegen eine Beschränkung der Aussagegenehmigung Gegenvorstellung zu erheben, sofern die Aussagegenehmigung keine einzelfallbezogene und nachvollziehbare Abwägung aller relevanten Umstände enthält. Wenn eine solche Gegenvorstellung gegen die Beschränkung der Aussagegenehmigung erfolglos geblieben ist oder, weil die Beschränkung der Aussagegenehmigung hinreichend begründet worden ist, nicht angezeigt ist, hat das Gericht die Beschränkung der Aussagegenehmigung ebenso zu akzeptieren wie eine Sperrerklärung. Insbesondere hat das Gericht Fragen der Verfahrensbeteiligten, auf die sich die Aussagegenehmigung nicht erstreckt, etwa Fragen, welche die Identität der Vertrauensperson betreffen, gemäß § 241 Abs. 2 StPO als ungeeignet zurückzuweisen bzw. bei einer Ablehnung der Beantwortung einer solchen Frage durch den VP-Führer Anträge der Verfahrensbeteiligten, den Zeugen zur Beantwortung der Frage - notfalls unter Androhung oder Anwendung von Zwangsmitteln - zu veranlassen, abzulehnen.

#### **5.4.6.3 Berücksichtigung der nur mittelbaren Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen im Rahmen der Beweiswürdigung**

Wenn das Gericht eine Vertrauensperson nicht in der Hauptverhandlung vernehmen kann, sondern darauf beschränkt ist, Niederschriften über polizeiliche Quellenvernehmungen zu verlesen oder den jeweiligen VP-Führer als Zeugen vom Hörensagen zu vernehmen, verlangt die Rechtsprechung, dass das Gericht diese Defizite bei der Beweiserhebung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt.

Da es dem Gericht in solchen Fällen nicht möglich ist, sich einen eigenen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson zu verschaffen, und das Gericht und die Verfahrensbeteiligten daran gehindert sind, die Glaubhaftigkeit der Angaben einer Vertrauensperson durch eigene Nachfragen an diesen kritisch zu hinterfragen, kann den lediglich mittelbar in der Hauptverhandlung eingeführten Angaben einer Vertrauensperson nur ein reduzierter Beweiswert beigemessen werden. Dessen muss sich das Gericht bewusst sein und das muss auch in den Urteilsgründen erkennbar zum Ausdruck kommen. Praktisch bedeutet dies, dass die mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben einer Vertrauensperson besonders vorsichtig zu würdigen sind und in aller Regel auf sie allein eine Verurteilung eines Angeklagten nicht gestützt werden kann. Regelmäßig bedarf es gewichtiger anderer Beweisanzeichen, welche die Angaben einer Vertrauensperson bestätigen, um auf deren Bekundungen eine Verurteilung stützen zu können. Allerdings hat der Bundesgerichtshof

jüngst seine Rechtsprechung zum Ausmaß und zur Art der Beschränkung der Beweiskraft von Angaben nicht konfrontativ befragter Zeugen im Anschluss an die jüngere Rechtsprechung des EGMR zum Konfrontationsrecht etwas relativiert (vgl. BGH NStZ 2017, 602).

Diese Erfordernisse bei der Beweiswürdigung gelten insbesondere auch deshalb, weil bei der nur mittelbaren Einführung der Erkenntnisse einer Vertrauensperson durch die Verlesung von Vernehmungsniederschriften oder die Vernehmung eines VP-Führers das sog. Konfrontationsrecht nicht gewahrt ist. Hinsichtlich der Garantien des Konfrontationsrechtes wird auf die Ausführung zur Vereinbarkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen mit der EMRK Bezug genommen. Wie im dortigen Zusammenhang ausgeführt, gebietet es das Konfrontationsrecht des Artikel 6 Abs. 3 d EMRK, dass dem Angeklagten bzw. zumindest seinem Verteidiger die Gelegenheit gegeben wird, selbst Fragen an Beweispersonen zu stellen, und zwar in Gestalt einer unmittelbaren Konfrontation mit dem Zeugen in der Hauptverhandlung oder zumindest einem anderen Stadium des Strafverfahrens, wobei eine audiovisuelle Konfrontation im Rahmen einer Videovernehmung genügt. Dieses eigene Fragerecht des Angeklagten und seines Verteidigers, dem nicht durch die Möglichkeit Genüge getan wird, der Vertrauensperson über den VP-Führer einen schriftlichen Fragenkatalog vorzulegen, wird nicht gewahrt, wenn der Zeuge aufgrund einer umfassenden Sperrerklärung für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht.

Wie bei der Erörterung der Vorgaben der EMRK ausgeführt, gilt das Konfrontationsrecht aber nicht uneingeschränkt. Vielmehr sind Abweichungen vom Konfrontationsrecht statthaft, wenn es hierfür legitime Gründe gibt, die Verfahrensfairness insgesamt gewahrt bleibt, die Aussage des nicht konfrontativ befragten Zeugen nicht das einzig relevante Beweismittel darstellt und bei der Beweiswürdigung Berücksichtigung findet, dass dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger eine eigene Befragung des Zeugen nicht möglich war. Letztlich stellt damit das Konfrontationsrecht, das in Deutschland ungeachtet seiner expliziten normativen Verankerung ausschließlich in der EMRK als einfaches Bundesrecht gilt, die Zulässigkeit eines strafprozessualen Einsatzes von Vertrauenspersonen und die Einführung ihrer Erkenntnisse infolge einer Sperrerklärung über mittelbare Beweismittelsurrogate nicht in Frage.

In der Praxis wird versucht, dieser Rechtslage dadurch Rechnung zu tragen, mit Hilfe der Informationen der Vertrauenspersonen so viele sonstige Beweismittel zu beschaffen, dass diese zur Verurteilung des

Beschuldigten genügen und es eines Rückgriffes auf die Vertrauensperson in der Hauptverhandlung nicht mehr bedarf, diese zumindest aber nicht mehr tragendes Beweismittel ist (vgl. auch Nr. 3.2 der Anlage D zur RiStBV). Häufig werden die Angaben der Vertrauenspersonen genutzt, um mit ihrer Hilfe gerichtliche Anordnungen für weitere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie eine Telekommunikationsüberwachung oder eine Observation zu erlangen.

## **5.5 Gesetzliche Regelungen des präventiv-polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen**

Gesetzliche Regelungen für den Einsatz von Vertrauenspersonen finden sich insbesondere in den verschiedenen Polizeigesetzen des Bundes und der Länder. Im Grundsatz liegt ein ähnlicher Grundrechtseingriff durch den Einsatz einer Vertrauensperson vor unabhängig davon, ob die Vertrauensperson im präventiven oder im repressiven Bereich tätig ist. Der wesentliche Unterschied liegt im Anlass für den Einsatz, da nach den Polizeigesetzen bereits eine Gefahr genügt, während für Ermittlungen im Sinne der Strafprozessordnung ein Anfangsverdacht wegen einer begangenen Straftat vorliegen muss. Dieser Umstand mag unterschiedliche Wertungen der Regelungen zwischen Ordnungsrecht und der Strafprozessordnung begründen. Dennoch hält es die Kommission für nützlich zu untersuchen, welche Regelungen für Vertrauenspersonen in den Polizeigesetzen getroffen worden sind.

Überwiegend ist der Einsatz einer Vertrauensperson als „besonderes Mittel der Datenerhebung“ geregelt worden.

In allen Gesetzen ist Vertrauensperson definiert worden als eine Privatperson, deren Zusammenarbeit mit der Polizei nicht bekannt ist.

Ansonsten weicht die Regelungsdichte erheblich voneinander ab, wobei im bayerischen Polizeiaufgabengesetz und im niedersächsischen POG die umfassendsten Regelungen getroffen worden sind

### **Richtervorbehalt**

Einige Bundesländer stellen den Einsatz von Vertrauenspersonen unter einen Richtervorbehalt, der teilweise umfassend ist (§ 36 Abs. 4 NPOG, Art. 28 Abs. 4 des Rheinland-Pfälzischen POG, § 34 Abs. 2 BbgPolG). Teilweise wird ein Richtervorbehalt analog der Regelung für Verdeckte Ermittler in der Strafprozessordnung lediglich dann für erforderlich erachtet, wenn sich der Einsatz gegen bestimmte Personen richtet oder

nicht allgemein zugängliche Wohnungen betreten werden sollen (Art. 38 Bay PAG, § 45 Abs. 3 BKAG).

### **Befristung**

In vielen Polizeigesetzen ist ferner die Regelung getroffen worden, dass der Einsatz einer Vertrauensperson lediglich zeitlich befristet angeordnet werden darf, wobei eine Verlängerung im Einzelfall möglich ist (vgl. z. B. § 45 Abs. 3 BKAG, § 28 Abs. 4 Rheinland-Pfälzischen POG, § 34 BremPolG).

### **Unterrichtungspflicht**

In fast allen Gesetzen finden sich Regelungen zur Verpflichtung der Behörden, den Betroffenen über den Einsatz der Vertrauensperson nach Abschluss der Maßnahmen zu unterrichten. Diese wird überwiegend davon abhängig gemacht, ob die Benachrichtigung ohne Gefährdung weiterer Einsätze der Vertrauensperson oder Gefährdung für Leib und Leben einer Person erfolgen kann (vgl. z. B. Art. 50 BayPAG, § 22 Abs. 8 PAG Baden-Württemberg, § 28 Abs. 5 SPOG, § 18 SOG LSA, § 36 Abs. 3 Nr. 2 PAG Thüringen, § 34 Abs. 3 BbgPolG, § 33 Abs. 6 SOG M-V, § 30 NPOG, § 74 BKAG).

### **Recht, Wohnungen zu betreten**

Das Recht der Vertrauensperson, fremde Wohnungen zu betreten, ist ausdrücklich z. B. in den Gesetzen der Länder Bayern (Art. 38 BayPAG), Rheinland-Pfalz (§ 28 POG) oder in 45 Abs. 3 BKA-G geregelt. In den Gesetzen anderer Länder ist zwar für Verdeckte Ermittler eine Regelung getroffen worden, nicht aber für Vertrauenspersonen. In der Mehrzahl der Polizeigesetze findet sich keine Regelung.

### **Ausschlussgründe**

Bayern (Art. 38 Abs. 5 BayPAG) und Niedersachsen (§ 36 Abs. 2 NPOG) haben fast gleichlautende Regelungen dazu getroffen, dass als Vertrauensperson nicht eingesetzt werden darf, wer

- nicht voll geschäftsfähig ist (insbesondere Minderjährige),
- an einem Aussteigerprogramm teilnimmt,
- Mitglied oder Mitarbeiter eines Mitglieds eines Landesparlamentes, des Deutschen Bundestages oder des Europaparlamentes ist.

Die Regelungen hinsichtlich der Mandatsträgerschaft dürften Folge des NPD-Verbotsverfahrens gewesen sein.

In § 34 BremPolG ist geregelt worden, dass jedenfalls Personen, die aus beruflichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, als Vertrauenspersonen nicht in Anspruch genommen werden dürfen.

### **Verbot der Tatprovokation**

Auch insoweit haben ausschließlich die Länder Niedersachsen (§ 36 Abs. 3 NPOG) und Bayern (Art. 38 Abs. 4 BayPAG) Regelungen zu tatprovokativem Verhalten getroffen und es Vertrauenspersonen verboten,

- in einer Person, die nicht zu Begehung von Straftaten bereit ist, den Entschluss zu wecken, solche zu begehen,
- eine Person zur Begehung einer über ihre erkennbare Bereitschaft hinausgehenden Straftat zu bestimmen oder
- Daten mit Mitteln oder Methoden zu erheben, die die Polizei nicht einsetzen dürfte.

### **Zuverlässigkeitsprüfung**

Soweit ersichtlich hat ausschließlich der bayerische Landesgesetzgeber in Artikel 38 Abs. 6 BayPAG festgelegt, dass die Vertrauensperson und die von ihr erhaltenen Informationen fortlaufend auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen sind. Die Prüfung solle insbesondere anhand der Untersuchung der finanziellen Verhältnisse der Vertrauensperson (Abhängigkeit von den Geld- und Sachzuwendungen für den Lebensunterhalt) und etwaiger Vorstrafen erfolgen.

## 6. Vertrauenspersonen de lege ferenda

### 6.1 Bedarf es einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren?

Der Gesetzgeber hat den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren bislang nicht gesetzlich geregelt, sondern die Auffassung vertreten, die Ermittlungsgeneralklausel des § 163 StPO genüge, um den Einsatz gesetzlich zu legitimieren. Zuletzt hat er sich bei der Einführung der Regelungen über den Einsatz von Verdeckten Ermittlern (§§ 110a ff. StPO) durch das OrgKG vom 15.07.1992 bewusst gegen eine spezielle gesetzliche Regelung für Vertrauenspersonen entschieden.

Wie dargestellt, ist eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage des Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren auch weder nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes noch nach der des EGMR zwingend geboten.

Dem ist auch die Kommission mehrheitlich gefolgt, indem sie festgestellt hat:

**Die Kommission hält die augenblickliche Regelung für den Einsatz von V-Personen 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.**

**Dafür: 5 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 3**

Allerdings wird von der wohl überwiegenden Ansicht in der juristischen Literatur und auch von der von dem früheren Bundesjustizminister einberufenen Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens gefordert, den Einsatz von Vertrauenspersonen gesetzlich zu regeln; auch die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes hatte sich bereits im Jahr 2001 für eine spezielle gesetzliche Regelung ausgesprochen.

Wenn es also auch nicht zwingend geboten sein mag, eine spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage zu schaffen, so hat die Kommission dennoch erörtert, ob dies nicht trotzdem sinnvoll ist und hat diese Frage, wie schon im Jahr 2001, bejaht:

**Die Kommission empfiehlt, den Einsatz von V-Personen und Informanten bereichsspezifisch gesetzlich zu regeln.**

**Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0**

Obwohl der Einsatz von Vertrauenspersonen seit Jahrzehnten ein gängiges Ermittlungsinstrument ist, ist er nach wie vor auch in der Praxis nicht unumstritten. Dass sich der Staat Personen aus dem kriminellen Milieu für Ermittlungen bedient, die für diese Tätigkeit regelmäßig auch entlohnt werden, lässt 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 diesen 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 setzte der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Regelung auch ein Zeichen, 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 bei dem Bundeskriminalamt - den Eindruck gewonnen, dass die VP-Führung auch in den Ländern in letzter Zeit 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. Sie ist daher der Auffassung:

**Eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung sollte sich an den nachfolgenden Thesen der Kommission orientieren.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Ferner ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass die Verfahrensregelungen der gemeinsamen Richtlinien in der Anlage D zur RiStBV, die nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung werden, weiterhin in einer zusammenfassenden Richtlinie geregelt werden sollten.

**Die Kommission stellt fest, dass die in den bisherigen RiStBV dargestellten Verfahrensregelungen, sofern sie nicht in eine gesetzliche Regelung übertragen werden, dort inhaltlich verbleiben sollten.**

**Dafür: 8<sup>2</sup> / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

---

<sup>2</sup> Bei einzelnen Abstimmungen sind nicht alle Mitglieder der Kommission anwesend gewesen.



Auch wenn dies aus föderativen Gesichtspunkten schwierig umzusetzen sein dürfte, hält es die Kommission aus Sicht der Praxis für wünschenswert, wenn bundesweit einheitliche Richtlinien gelten würden. In der Praxis ist jederzeit möglich, dass regionale Staatsanwaltschaften mit VP-Stellen der Bundesbehörden (Zoll, Bundeskriminalamt, Bundespolizei) zusammenarbeiten. Auch sind Verfahrensabgaben über Bundesländergrenzen hinaus gerade im Bereich der Serien- und Bandenkriminalität nicht unüblich.

**Die Kommission regt an, die Bestimmungen der RiStBV zu V-Personen und Informanten in den Bundesländern einheitlich zu regeln und sie auch für den Bund in Kraft zu setzen.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

## **6.2 Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen**

Über den eigentlichen Gutachtenauftrag hinausgehend hat die Kommission wegen des sachlichen Zusammenhangs Vorschläge zum Inhalt gesetzlicher Regelungen sowohl für Vertrauenspersonen als auch für Informanten erwogen.

### **6.2.1 Definitionen**

Die Kommission schlägt vor, zunächst Legaldefinitionen für Vertrauenspersonen und Informanten zu schaffen, um diese voneinander und von anderen Formen verdeckter Ermittlungen abgrenzen zu können. Dies erscheint auch deshalb angebracht, weil die Regelungen für Vertrauenspersonen und Informanten sich häufig überschneiden dürften, teilweise aber auch je nach Einstufung unterschiedliche Regelungen sachdienlich sein dürften.

**Eine V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten, in der Regel auf längere Zeit, vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

**Ein Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.**

## **Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0**

Die Definitionen entsprechen im Wesentlichen der Richtlinie Abschnitt I Nr. 2.2 der Anlage D zur RiStBV.

Allerdings hat sich die Kommission entschieden, die Definition dahingehend zu ergänzen, dass Vertrauenspersonen „in der Regel“ - und damit nicht unbedingt in jedem Fall - auf längere Zeit vertraulich mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeiten. Wie oben (2.1) dargestellt, ist es kennzeichnend für die Arbeit mit Vertrauenspersonen, dass sie nicht nur einmalig, sondern für einen längeren Zeitraum die Polizei unterstützen sollen. Dies entweder, weil sie sich regelmäßig in einer Szene aufhalten, aus der sie von Fall zu Fall Informationen an die Polizei geben oder in Erfahrung bringen können; oder es handelt sich um Vertrauenspersonen, die im Auftrag der Ermittlungsbehörden den Kontakt zu einem Beschuldigten oder einer Gruppierung aufbauen sollen, um deren Vertrauen zu erlangen und sodann Informationen zu sammeln oder z. B. den Kontakt zu einem Verdeckten Ermittler zu ermöglichen. Es kann aber nach Auffassung der Kommission auch Fallgestaltungen geben, in denen die Vertrauensperson nur in einem Fall und nur für kurze Zeit eingesetzt werden soll. Zu denken wäre zum Beispiel an einen Angestellten aus einem Unternehmen, der Hinweise zu Wirtschaftsstraftaten geben kann und sich deswegen an die Polizei wendet. Dieser soll im Auftrag der Polizei für einen kurzen Zeitraum weitere Informationen beschaffen. Im Anschluss an diesen Auftrag ist nicht beabsichtigt, die Person weiter als Vertrauensperson einzusetzen. In diesem Fall dürfte es sich nicht um einen Informanten handeln, da die Polizei nicht lediglich eine Aussage des Angestellten entgegennimmt, sondern diesen aktiv beauftragt, weitere Informationen zu sammeln und mitzuteilen.

Kennzeichnend für den Informanten ist es nach Auffassung der Kommission, dass dieser eine Aussage bei der Polizei macht, ohne von den Ermittlungsbehörden mit weiteren Aufträgen versehen zu werden. Dieser wird tatsächlich lediglich in einem Einzelfall tätig. Er ist lediglich ein Zeuge mit der Besonderheit, dass ihm vor der Vernehmung zugesichert wird, seine Identität vertraulich zu behandeln, obwohl sie den Ermittlungsbehörden bekannt ist.

## 6.2.2 Anfangsverdacht wegen bestimmter Anlasstaten?

Durch eine zu schaffende gesetzliche Regelung sollte sichergestellt werden, dass der Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten nur auf bestimmte Kriminalitätsbereiche beschränkt wird. Der Eingriff durch den Einsatz einer Vertrauensperson oder eines Informanten muss in einem angemessenen Verhältnis zum Anlass der Ermittlungen stehen.

Dies ließe sich durch einen abschließenden Straftatenkatalog gewährleisten, indem etwa wie bei der Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) oder Verkehrsdatenerhebung (§ 100g StPO) die Straftatbestände enumerativ aufgeführt werden, die als Anlasstaten Voraussetzung für den Einsatz von Vertrauenspersonen sind.

Möglich erscheint auch die Übernahme der Regelung für den Einsatz Verdeckter Ermittler in § 110a StPO, die einen generalisierten Katalog enthält, in dem auf einzelne Deliktsbereiche (Betäubungsmittel- oder Waffenverkehr, Geld- oder Wertzeichenfälschung, Straftaten auf dem Gebiet des Staatsschutzes), bandenmäßige oder gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehungsweisen abgestellt wird.

Letztlich stellen die Richtlinien in Nr. 3.1 der Anlage D zur RiStBV neben einem generalisierten Katalog auch auf die eher unbestimmten Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität ab.

Die Kommission spricht sich im Ergebnis gegen einen abschließenden Straftatenkatalog, wie er zum Beispiel in § 100a StPO für die Telekommunikationsüberwachung geregelt ist, aus:

**Die Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung sollten in einem abschließenden Straftatenkatalog geregelt werden.**

**Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0**

Zwar hätte ein solcher Katalog den Vorteil, dass eine gewisse Rechtsicherheit geschaffen würde, da die Anlasstaten abschließend aufgezählt wären. Entsprechende Kataloge hat der Gesetzgeber gewählt, um - verdeckte - Eingriffe, denen er einen besonders hohen Grundrechtseingriff zuschreibt, zu begrenzen. Mit den Grundrechtseingriffen von Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachungen sind der Einsatz einer Vertrauensperson geschweige denn die Zusicherung der Vertraulichkeit an einen Informanten indes nicht zu vergleichen. Die Grundrechtsrelevanz

liegt nach Auffassung der Kommission auch niedriger als bei einem Verdeckten Ermittler, da dieser als Polizeibeamter mit den entsprechenden Befugnissen nach der Strafprozessordnung und den Polizeigesetzen der Länder oder des Bundes ausgestattet ist. Diese stehen einer Vertrauensperson unstreitig nicht zu, sodass selbst bei einem operativen Einsatz einer Vertrauensperson von einem weniger schweren Eingriff als bei einem Verdeckten Ermittler auszugehen ist.

Es stellt sich auch die Frage, ob mit einem abschließenden Straftatenkatalog die Kriminalitätsbereiche vollständig abgedeckt werden können, die den Einsatz von Vertrauenspersonen erfordern. Dabei handelt es sich regelmäßig um Bereiche der bandenmäßigen und Organisierten Kriminalität, die durch andere Ermittlungsmaßnahmen allein kaum noch aufgeklärt werden können. Zwar liegt ein Schwerpunkt der Organisierten Kriminalität sicherlich auf der Verwirklichung bestimmter Straftatbestände, etwa nach dem Betäubungsmittelgesetz, die in einem Katalog aufgenommen werden könnten. Allerdings folgt schon aus der Definition der Organisierten Kriminalität, dass diese wesentlich weiter reicht (vgl. Ziff. 2 der Anlage E zur RiStBV) und diverse unterschiedliche Kriminalitätsformen beinhalten kann. Nach Auffassung der Kommission besteht die Gefahr, dass ein abschließender Straftatenkatalog eine zu enge Regelung enthalten würde.

Ein weiterer Nachteil eines abschließenden Straftatenkataloges liegt darin, dass dieser unflexibel ist. Bei neuen Kriminalitätsformen besteht die Gefahr, dass Kataloge veralten und regelmäßig überarbeitet werden müssen. Zu denken ist insofern gerade an Kriminalität aus dem Bereich „Cybercrimes“.

Flexibler und praxistauglicher ist der generalisierte Katalog in § 110a Abs. 1 Sätze 1-3 StPO (Verdeckte Ermittler) gefasst, der inhaltlich teilweise auch mit den Regelungen der Nr. 3 der Anlage D zur RiStBV übereinstimmt.

Allerdings enthält § 110a StPO die Einschränkung, dass es sich bei den Anlasstaten immer um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handeln muss. Diese Einschränkung geht auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu anderen - nach Auffassung der Kommission wesentlich eingriffsintensiveren - verdeckten Ermittlungsmaßnahmen zurück. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht angemahnt, dass der Straftatenkatalog allein nicht ausreichend sei, sondern die konkrete Tat, wegen der die Maßnahme angeordnet wird, von erheblicher Bedeutung sein muss. Eine entsprechende Einschränkung ist nach Auffassung der Kommission für den Einsatz von Vertrauenspersonen nicht erforderlich.

Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung führt auch wegen seiner Unbestimmtheit zu Unsicherheiten in der Praxis. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Hinweise von Vertrauenspersonen häufig genutzt werden sollen, um einen Anfangsverdacht wegen Straftaten untermauern und weitere Ermittlungsmaßnahmen beantragen zu können. Deswegen hat die Kommission beschlossen:

**Als Voraussetzung für die Zusicherung sollte auf den gesetzlich eingeführten Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung (vgl. §§ 110a, 100g StPO) zurückgegriffen werden.**

**Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0**

Die Kommission ist der Auffassung, dass die bestehende Regelung in Abschnitt I Nr. 3.1 der Anlage D zu RiStBV sich in der Praxis bewährt hat. Ihr ist zwar entgegen zu halten, dass die Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität eher unbestimmt sind. Dennoch ist in Abgrenzung zur Bagatellkriminalität hinreichend klar, was gemeint ist. Der Kommission sind jedenfalls Fälle nicht bekannt geworden, bei denen Vertrauenspersonen zur Verfolgung von Straftaten eingesetzt worden sind, bei denen im Nachhinein festgestellt wurde, dass der Eingriff in keinem Verhältnis zum Anlass stand.

Umgekehrt sieht die Kommission die Gefahr, dass auch durch generalisierte Kataloge für Anlasstaten der Anwendungsbereich eines Einsatzes von Vertrauenspersonen zu sehr eingeschränkt würde. So wäre zum Beispiel bei einer Regelung entsprechend § 110a StPO die Zusicherung der Geheimhaltung für eine Vertrauensperson, die Hinweise auf Täter eines Banküberfalls geben könnte, nicht möglich, wenn die Tat durch lediglich zwei Täter begangen worden wäre. Dies gälte selbst dann, wenn die Täter die Angestellten über längere Zeit als Geiseln in ihrer Gewalt gehalten, mit Schusswaffen bedroht und letztlich mit einer Beute von mehreren hunderttausend Euro geflohen wären. Es bestünde kein Tatverdacht wegen einer Katalogtat und die Wiederholungsgefahr, die bei bloßen Verbrechen anhand konkreter Tatsachen zu belegen ist (§ 110a Abs. 1 S. 2 StPO), ließe sich bei der ersten Tat nicht begründen. Auch wäre es nicht möglich, den Mitarbeiter eines Unternehmens als Vertrauensperson einzusetzen, bei dem ein Geschäftsführer durch Betrugsstraf-taten zum Nachteil der Allgemeinheit einen Millionenschaden verursacht hat. Es ließen sich unschwer weitere Beispiele finden, die belegen, dass eine möglichst flexible Regelung durch die unbestimmten Begriffe der schweren und mittleren Kriminalität am ehesten den praktischen Bedürfnissen einer effektiven Strafverfolgung gerecht wird.

Daher ist die Kommission mehrheitlich zu der Auffassung gelangt:

**Als Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung sollte auf eine Beschreibung zurückgegriffen werden, die sich an Ziff. 3.1 des Abschnittes I der Anlage D zur RiStBV orientiert.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0**

### **6.2.3 Subsidiaritätsklausel**

Die Kommission hat sich mit der Frage beschäftigt, ob die Zulässigkeit des Einsatzes einer Vertrauensperson allein an die Einhaltung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geknüpft werden sollte oder ob eine Subsidiaritätsklausel in eine gesetzliche Regelung aufgenommen werden sollte.

Derzeit sieht § 110a Abs. 1 S. 3 StPO für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern bei der Verfolgung der Katalogtaten vor, dass dieser davon abhängig ist, dass die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Für die Aufklärung sonstiger Verbrechen fordert § 110a Abs. 1 S. 4 StPO, dass die Aufklärung ohne den Einsatz Verdeckter Ermittler aussichtslos wäre, schränkt den Einsatz Verdeckter Ermittler also weiter ein.

Demgegenüber stellt die bislang für Vertrauenspersonen und Informanten geltende Richtlinie in Abschnitt I Nr. 3.2 der Anlage D zur RiStBV in sämtlichen Fällen darauf ab, dass die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Aus Sicht der Praktiker ist die Subsidiaritätsklausel eine Einschränkung für den Einsatz, die im Alltag zu Schwierigkeiten führen kann, weil Vertrauenspersonen unterschiedlich eingesetzt werden. In der Praxis werden operative Vertrauenspersonen, die ähnlich einem Verdeckten Ermittlers eingesetzt werden, regelmäßig erst dann beauftragt, wenn es keine weiteren erfolgversprechenden Ermittlungsansätze mehr gibt. Vertrauenspersonen sind in solchen Fällen in der Praxis das letzte Mittel im Sinne der Subsidiaritätsklausel. Der Aufwand für einen entsprechenden Einsatz ist so groß, dass schon aus diesem Grunde alle anderen Ermittlungsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden. Dies umso mehr, wenn man die folgenden Schwierigkeiten berücksichtigt, die Erkenntnisse der Vertrauensperson als verwertbare aussagekräftige Beweismittel in

eine Hauptverhandlung einzuführen. In diesen Fällen bereitet die Begründung für die Subsidiaritätsklausel daher regelmäßig keine besonderen Schwierigkeiten, weil durch den Verlauf des bislang geführten Ermittlungsverfahrens dargestellt werden kann, dass sonstige Ermittlungsmaßnahmen (allein) nicht ausreichen.

Anders liegt der Fall bei Vertrauenspersonen aus dem Nahbereich der Täter oder Informanten, die (teils eigeninitiativ) Angaben machen können, die erst einen Anfangsverdacht begründen, durch die also überhaupt erst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Je früher die Angaben erforderlich sind, desto eher muss eine Prognose zur Subsidiarität abgegeben werden. Hier können Erkenntnisse der Auswerte- und Ermittlungsdienststellen zu bestimmten Tätergruppen helfen. Herangezogen kann beispielsweise der Verlauf früherer Ermittlungsverfahren, bei denen zum Beispiel Telekommunikationsüberwachungen erfolglos blieben. Auch könnte darauf abgestellt werden, dass es sich bei den Beschuldigten um Angehörige eines abgeschottet agierenden Familienclans oder einer bestimmten Volksgruppe handelt. Letztlich handelt es sich aber um eine Prognose, die zu einem frühen Zeitpunkt der Ermittlungen meist vager ist als nach (erfolgloser) Durchführung diverser Ermittlungsmaßnahmen.

Für die VP-Führung ergibt sich ferner die Schwierigkeit, dass sie von dem Informanten oder der Vertrauensperson einerseits frühzeitig - schon vor Zusicherung der Vertraulichkeit oder der Geheimhaltung - Informationen erlangen muss, die es ihr ermöglichen, eine Subsidiaritätsprüfung vorzunehmen. Andererseits müssen diese Angaben zunächst so vage bleiben, dass der an das Legalitätsprinzip gebundene Polizeibeamte nicht verpflichtet wäre, aufgrund der Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson ein Ermittlungsverfahren einzuleiten und den Hinweisgeber als Zeugen - ggf. unter Anwendung von Zwangsmitteln - zu vernehmen.

Davon ausgehend, dass die Eingriffsintensität zwischen den Angaben eines Informanten, einer allgemein eingesetzten Vertrauensperson (Nahbereichs-VP) und einer operativ eingesetzten Vertrauensperson sich erheblich unterscheidet, hält es die Mehrheit der Kommission für wichtig zu differenzieren:

**Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.**

**Dafür: 3 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 0**

**Jedenfalls V-Personen dürfen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.**

**Dafür: 6 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 1**

**Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Informationen der Anfangsverdacht erst begründet würde.**

**Dafür: 6 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 2**

Zusammengefasst ist die Kommission mehrheitlich der Auffassung, dass eine Subsidiaritätsklausel sowohl für die Zusicherung der Geheimhaltung bei einer Vertrauensperson als auch für die Zusicherung der Vertraulichkeit bei einem Informanten angemessen ist. Zwar liegen unterschiedlich eingriffsintensive Maßnahmen vor, wenn man eine bloße Mitteilung eines Informanten oder einer Nahbereichs-VP verwertet oder wenn eine operative Vertrauensperson bewusst für einen längeren Zeitraum beauftragt wird, Informationen über einen bestimmten Beschuldigten zu sammeln und weiterzugeben. Allerdings führen alle Maßnahmen zu Einschränkungen für Beschuldigte, Verteidiger, Gerichte und die ermittelnden Staatsanwälte, da diese die Identität des Informanten oder der Vertrauensperson nicht erfahren und daher deren Glaubwürdigkeit allenfalls erheblich erschwert beurteilen können. Auch die Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben ist nur sehr eingeschränkt möglich, da in der Regel lediglich der VP-Führer oder die Vertrauensperson nur audiovisuell und verfremdet vernommen werden kann. Vor dem Hintergrund dieser Einschränkungen erscheint es der Kommission sachgerecht, die Maßnahmen über den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinaus zu beschränken. Dies gilt jedenfalls dann, wenn anerkannt wird, dass durch die Angaben des Informanten oder der Vertrauenspersonen auch erst ein Anfangsverdacht wegen Straftaten begründet werden kann und die Prognose für die Subsidiaritätsprüfung auf der Grundlage der zu diesem Zeitpunkt bekannten Tatsachen und entsprechenden kriminalistischen Erfahrungen gestützt wird.

Nach Auffassung der Kommission genügt insoweit allerdings die Einschränkung, dass die Ermittlungen unabhängig von der Anlasstat ohne die Maßnahme aussichtslos oder wesentlich erschwert sein müssen.



#### **6.2.4 Erhebliche Gefährdung oder unzumutbare Nachteile für den Informanten**

Die Kommission hat erörtert, ob die erhebliche Gefährdung oder sonstige unzumutbare Nachteile eine Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung oder Vertraulichkeit sein sollen. Eine entsprechende Regelung findet sich in Abschnitt I Nr. 3.3 der Richtlinien in Anlage D zur RiStBV für die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten.

Die Kommission ist zunächst der Auffassung, dass eine entsprechende Regelung nicht für Vertrauenspersonen geschaffen werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Vertrauenspersonen - anders als Informanten oder Zeugen - in der Regel für einen längeren Zeitraum mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeiten sollen und die Gewinnung und Führung von Vertrauenspersonen einen erheblichen Aufwand mit sich bringt. Vor diesem Hintergrund ist die Vertrauensperson schon deshalb geheim zu halten, weil sie andernfalls nicht mehr eingesetzt werden könnte und weil es ohne eine Geheimhaltungszusage praktisch unmöglich sein dürfte, neue Vertrauenspersonen zu gewinnen, deren mögliche Gefährdung sich zudem häufig nicht zu Beginn ihres Einsatzes beurteilen lässt.

Grundsätzlich ist es nach Auffassung der Kommission erforderlich, die Zusicherung der Vertraulichkeit jedenfalls von ansonsten drohenden erheblichen Nachteilen abhängig zu machen. Dies folgt bereits daraus, dass durch die Zusicherung der Vertraulichkeit das Konfrontationsrecht erheblich eingeschränkt und die Prüfung der Angaben des Informanten für das Gericht und die weiteren Prozessbeteiligten jedenfalls erheblich erschwert wird. Schon deshalb ist es angemessen, so strenge Voraussetzungen an die Zusicherung der Vertraulichkeit zu schaffen, dass sichergestellt bleibt, dass es sich dabei grundsätzlich um eine Ausnahme handelt.

Hinsichtlich des Informanten hat die Kommission erwogen, ob bereits die Regelung des § 68 StPO zum Schutz des Zeugen ausreichen könnte. Danach darf einem Zeugen bei Gefährdung von Leben, Leib oder Freiheit (auch einer anderen Person) gestattet werden, keine Angaben zur Person zu machen. In diesem Fall würden auch Unterlagen des Zeugen zur Feststellung der Identität oder des Wohnortes nicht zur Akte genommen, sondern bei der Staatsanwaltschaft gesondert verwahrt. Im Unterschied zur Regelung für Informanten wird der Zeuge allerdings - ggf. im Rahmen einer audiovisuellen Vernehmung gemäß § 247a StPO (Meyer-Goßner/Schmitt, Kommentar zur StPO, 62. Aufl., § 68 Rd.Nr. 17) - unmittelbar

durch das Gericht vernommen. Dies ist bei Informanten nicht selbstverständlich, da in der Regel nur Vernehmungsprotokolle oder der Vernehmungsbeamte zur Verfügung stehen, weil die Identität des Informanten bereits durch die Polizei geheim gehalten und dem Gericht nicht offenbart wird.

Die Regelung für Informanten in Abschnitt I Nr. 3.3 der Anlage D zur RiStBV geht weiter als die des § 68 StPO, da neben einer erheblichen Gefährdung auch unzumutbare Nachteile für den Informanten genügen, um die Vertraulichkeit zusichern zu können. Diese weitergehende Regelung ist nach Auffassung der Kommission auch angemessen, da Informanten sich in der Regel freiwillig an die Ermittlungsbehörden wenden und Angaben machen, die weitere Ermittlungen überhaupt erst ermöglichen oder sogar einen Anfangsverdacht wegen Straftaten erst begründen. Um die Bereitschaft solcher Personen, sich an die Ermittlungsbehörden zu wenden, zu erhalten, ist es sachgerecht, auch unzumutbare Nachteile genügen zu lassen, um die Vertraulichkeit zusichern zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Angaben Fälle erheblicher Kriminalität betreffen und von Seiten des Staates ein erhebliches Interesse an der Aufklärung besteht.

**Einem Informanten darf Vertraulichkeit nur zugesichert werden, wenn dieser bei Bekanntwerden seiner Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte; die Maßgaben des § 68 StPO allein erweisen sich als nicht ausreichend.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1**

#### **6.2.5 Kein Einsatz von Minderjährigen als Vertrauenspersonen**

Schon aus Fürsorgegesichtspunkten hält es die Kommission für ausgeschlossen, dass Minderjährige als Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Dies entspricht auch der bisherigen Regelung in Abschnitt I Nr. 3.4 der Anlage D zur RiStBV.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass dies in einigen - wohl eher wenigen - Fällen dazu führen kann, dass erhebliche Straftaten nicht ermittelt werden können. Daher könnte man auch erwägen, den Einsatz minderjähriger Vertrauenspersonen davon abhängig zu machen, dass erhebliche Gefahren oder nachteilige Folgen für die Vertrauensperson ausgeschlossen werden können. Allerdings erscheint dieses Ausschlusskrite-

rium für die Praxis zu vage, da sich auch bei einer sorgfältigen Einsatzplanung kaum mit Sicherheit ausschließen lässt, dass die Vertrauensperson im Verlauf des Einsatzes in Gefahr gerät. Möglicherweise weicht die Vertrauensperson im Einsatz auch von den Planungen und Vorgaben ab und gerät dadurch in Gefahr. Dies erscheint gerade auch bei Minderjährigen nicht unwahrscheinlich. Fraglich ist auch, wer für den - nicht uneingeschränkt geschäftsfähigen - Minderjährigen entsprechende rechtsverbindliche Vereinbarungen mit der Polizei treffen sollte, ohne dass die Gefahr besteht, dass der Einsatz der Vertrauensperson zu vielen Personen bekannt wird. Daher hat die Kommission beschlossen:

**Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

#### **6.2.6 Voraussetzungen für das Entfallen der Bindung an die Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit**

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. Die Bindungswirkung muss auch solche Umstände umfassen, aus denen sich Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson bzw. des Informanten oder die Tatsache, dass die Person als Vertrauensperson oder Informant tätig gewesen ist, ziehen lassen (vgl. Abschnitt I Nr. 5.5 Anlage D zur RiStBV).

Hier stellt sich ein Problem, wenn die Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson einerseits prozessual verwertet werden müssen, weil zum Beispiel aufgrund der Angaben nach dem Legalitätsprinzip ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist oder weil sich aufgrund der Informationen für einen Tatverdächtigen, der sich in Untersuchungshaft befindet, ein Alibi herausstellt. Andererseits können solche Informationen so exklusiv sein, dass der Beschuldigte den Rückschluss auf die Identität des Informanten oder der Vertrauensperson ziehen kann, weil außer ihm nur noch eine Person Kenntnis von den betreffenden Umständen gehabt haben kann. Hier behilft sich die Praxis damit, dass sie vor der Vernehmung der Vertrauensperson oder des Informanten versucht abzuklären, ob die Gefahr besteht, dass allein aufgrund des Inhalts der Angaben eine

Identifizierung möglich wird. Allerdings erscheint es rechtsstaatlich sehr problematisch, entlastende Angaben des Informanten oder der Vertrauensperson nicht zur Kenntnis zu nehmen oder nicht weiterzugeben, um die Hinweisgeber weiter zu schützen. Auch der Grundsatz der Aktenklarheit und Aktenwahrheit kann zu Konflikten mit der Bindungswirkung führen, wenn Angaben zur Enttarnung der Vertrauensperson oder des Informanten führen würden. Für diesen Problembereich hat sich die Kommission nicht in der Lage gesehen, hinreichend fundierte Regelungsvorschläge zu machen, und regt an, den Problembereich der Konflikte der Bindungswirkung mit anderen strafprozessualen Prinzipien noch einmal gesondert mit VP-Führern und Strafjuristen zu beraten.

Dass die Bindungswirkung unter bestimmten Voraussetzungen entfallen muss, ist anerkannt. Dies betrifft die Fälle, in denen 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. Nicht ganz unproblematisch erscheint die Beteiligung von Straftaten durch die Vertrauensperson. Es ist schwierig, Vertrauenspersonen in kriminelle oder terroristische Vereinigungen einzuführen, ohne dass diese im Verlauf des Einsatzes Gefahr laufen, sich nicht jedenfalls wegen einer Unterstützung der Vereinigung strafbar zu machen, da die Strafbarkeit gerade dieser Taten sehr weit gefasst ist. In vielen anderen Fällen wird eine professionelle Planung des Einsatzes verhindern können, dass die Vertrauensperson sich an Straftaten beteiligen muss, ohne den Einsatz zu gefährden. Insgesamt liegt hier eine Gemengelage zwischen dem Rechtsstaatsprinzip einerseits und einer funktionsfähigen Strafrechtspflege andererseits vor. Die Kommission ist insoweit allerdings der Auffassung, dass es Vertrauenspersonen, die im staatlichen Auftrag tätig sind, grundsätzlich verboten bleiben muss, Straftaten zu begehen.

**Betreffend die Geheimhaltung der Identität der V-Person ist die Kommission der Ansicht:**

**Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.**

**Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn**

- **die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird,**
- **die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht,**
- **sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt,**

- die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht oder
- die V-Person sich als sonst unzuverlässig erweist.

**Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0**

**Betreffend die Zusicherung der Vertraulichkeit des Informanten ist die Kommission der Ansicht:**

**Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.**

**Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn**

- die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird oder
- sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt.

**Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0**

Die Kommission ist der Auffassung, dass - schon um dem Informanten oder der Vertrauensperson das erhebliche eigene Risiko zu verdeutlichen - auf den möglichen Wegfall der Bindungswirkung hinzuweisen ist.

**Auf den möglichen Wegfall der Bindung an die Zusicherung ist die V-Person/der Informant vor jeder Zusicherung hinzuweisen.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

### **6.2.7 Betretungsrecht der Vertrauensperson für Wohnungen**

Dass eine Vertrauensperson fremde Wohnungen grundsätzlich betreten können muss, steht außer Frage. Andernfalls ließe sich eine Vertrauensperson ohne weiteres enttarnen, weil sich auch trotz einer sorgfältigen Einsatzplanung kaum glaubhafte Gründe finden ließen, aus denen eine Vertrauensperson sich mehrfach weigert, fremde Wohnungen zu betreten, ohne dass dies auffällig wirkt.

So ist auch für den Verdeckten Ermittler gesetzlich geregelt worden, dass dieser fremde Wohnungen mit Einverständnis des Berechtigten betreten darf, sofern nicht über ein Zutrittsrecht getäuscht wird (§ 110c StPO). Allerdings ist das Betretungsrecht von einer Zustimmung des Gerichts abhängig (§ 110b Abs. 2 Nr. 2 StPO).

Ob es insoweit einer gesetzlichen Regelung für die Vertrauensperson bedarf, ist eher fraglich, da nach Auffassung der Kommission bei Betreten der Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten eine Verletzung von Art. 13 GG nicht ersichtlich ist. Wesentlich ist, dass auch die Vertrauensperson nicht über ein Zutrittsrecht täuschen darf, indem sie sich beispielsweise als Schornsteinfeger o. Ä. ausgibt. Die Täuschung darf lediglich die Legende betreffen.

Eine gesetzliche Regelung bietet sich dennoch jedenfalls zur Klarstellung an, zumal eine vergleichbare Regelung auch für Verdeckte Ermittler getroffen worden ist.

**Betreffend die Frage des Betretens von Wohnungen durch die V-Person vertritt die Kommission die Ansicht:**

**Die V-Person darf eine Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

**Das Einverständnis darf nicht durch Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Einer Regelung für weitere Befugnisse, wie sie § 110c S. 3 StPO für den Verdeckten Ermittler vorsieht, bedarf es für Vertrauenspersonen nicht, da diesen als Privatpersonen keine besonderen Befugnisse zustehen.

## **6.2.8 Anordnungscompetenz**

Nach § 110b Abs. 1 StPO ist der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers grundsätzlich erst nach Zustimmung der Staatsanwaltschaft zulässig. Die Kommission hat diskutiert, ob diese Formulierung auch für eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Informanten übernommen werden sollte.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens Ermittlungsmaßnahmen auch gegenüber der Polizei anordnet und nicht lediglich Maßnahmen der Polizei zustimmt. Dass in § 110b Abs. 1 StPO bei Verdeckten Ermittlern auf die bloße Zustimmung der Staatsanwaltschaft abgestellt worden ist, lässt sich dadurch erklären, dass die Polizei für das Vorhalten, die Organisation und den Einsatz des

Verdeckten Ermittler zuständig ist und der Verdeckte Ermittler auch der Diensthöhe der Polizei unterstellt ist. Diese Argumente gelten nicht unmittelbar für eine Vertrauensperson, bei der es sich um eine Privatperson handelt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft auch im Bereich der VP-Führung auf die Organisation der Polizei und deren spezifischen Sachverstand im Zusammenhang mit der Gewinnung, Einsatzplanung und Führung der Vertrauensperson angewiesen ist. Die Polizei bzw. deren oberste Dienstbehörde und nicht die Staatsanwaltschaft ist für die Sperrerklärung gemäß § 96 StPO analog zuständig, die erst die Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung in einer Hauptverhandlung durchsetzt. Vor diesem Hintergrund hält es die Kommission für angemessen, dass für den Einsatz von Vertrauenspersonen bzw. die Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten die Zustimmung der Staatsanwaltschaft genügt. Dadurch wird jedenfalls sichergestellt, dass die Staatsanwaltschaft insoweit von der Sachleitungsbefugnis Gebrauch machen kann, als sie die Maßnahme ablehnen kann, auch wenn die Polizei sie angeregt hat. Die Kommission hat daher beschlossen:

**Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Anordnung der Staatsanwaltschaft.**

**Dafür: 1 / Dagegen: 7 / Enthaltung: 1**

**Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft.**

**Dafür: 7 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 2**

Die Kommission ist der Auffassung, dass bei Gefahr im Verzug der Einsatz einer Vertrauensperson auch dann möglich sein muss, wenn die Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Dies entspricht der Regelung in § 110b Abs. 1 S. 2 StPO für Verdeckte Ermittler mit der Maßgabe, dass der Maßnahme binnen drei Werktagen nach Einsatzbeginn von der Staatsanwaltschaft zugestimmt werden muss. Die gemeinsame Richtlinie in Nr. 5.3 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV geht weiter, indem die Polizei lediglich verpflichtet wird, die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten, wenn sie die Einwilligung für den Einsatz der Vertrauensperson nicht rechtzeitig herbeiführen können. Insoweit sind zwei Punkte zu unterscheiden. Ist die Geheimhaltung der Vertrauensperson durch die Polizei wegen Gefahr im

Verzug einmal zugesichert worden, wird diese im weiteren Verlauf nicht mehr aufgehoben werden können, selbst wenn die Staatsanwaltschaft später dem Einsatz der Vertrauensperson nicht zustimmt. Die Rechtsicherheit, häufig aber auch der Schutz der Vertrauenspersonen vor Gefahren für Leib und Leben gebieten es, dass es bei der einmal erklärten Geheimhaltung bleibt. Dessen ungeachtet sollte allerdings ein längerer zielgerichteter Einsatz einer Vertrauensperson beendet werden müssen, wenn die Staatsanwaltschaft der Maßnahme nicht zustimmt. So bleibt die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft sichergestellt. Daher hat die Kommission sich einstimmig für die folgende Regelung ausgesprochen:

**Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; der Einsatz der V-Person ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Werktagen zustimmt.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Schon aus Gründen der Absicherung sämtlicher Beteiligter ist es erforderlich, dass entsprechende Absprachen und Zustimmungen nicht (nur) mündlich, sondern schriftlich getroffen bzw. erteilt werden:

**Die Zustimmung zum Einsatz einer V-Person ist schriftlich zu erteilen.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Analog zu den Regelungen für Vertrauenspersonen sollten auch Regelungen für Informanten getroffen werden. Allerdings genügt bei Informanten die „Unterrichtungspflicht“ nach Zusicherung der Vertraulichkeit wegen Gefahr im Verzug durch die Polizei. Der Informant soll nur Angaben machen und wird nicht auf längere Zeit eingesetzt, sodass eine Befristung der Anordnung für drei Werktage nicht erforderlich ist.

**Vor der Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Besteht Gefahr im Verzug und kann die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

**Die Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist schriftlich zu erteilen.**



**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

### **6.2.9 Auskunftsrechte über die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten**

In der Praxis ist die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten ausschließlich den VP-Führern bekannt. Auch die Staatsanwaltschaft kennt die Identitäten in der Regel nicht. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit oder der Geheimhaltung ist auch ohne Kenntnis der Identität möglich. Letztlich dient auch dies dem Schutz der Vertrauensperson oder des Informanten, da ein (auch versehentliches) Offenbaren der Identität umso leichter verhindert wird, je weniger Personen diese kennen. Auch ließen sich Anfragen in Hauptverhandlungen nach der Identität leicht dadurch begegnen, dass diese schlicht nicht bekannt ist. Das Verfahren einer Sperrerklärung gem. § 96 StPO innerhalb der Justiz lässt sich dadurch vermeiden.

Allerdings lässt es sich nach Auffassung der Kommission nicht mit der Rolle der Staatsanwaltschaft im Straf- und insbesondere im Ermittlungsverfahren vereinbaren, wenn sie - ggf. wenige besonders instruierte Mitarbeitende - in keinem Fall die Möglichkeit hätte, die Identität in Erfahrung zu bringen. Bei begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit, bei dem Verdacht einer Beteiligung der Vertrauensperson an einer Straftat oder in sonstigen Fällen, die insbesondere auch zu einem Entfallen der Bindung an gegebene Zusicherungen führen können, muss die Staatsanwaltschaft das Recht erhalten, die Identität der Vertrauensperson zu erfahren.

Im Ergebnis hat sich die Kommission daher für den Kompromiss ausgesprochen, dass in begründeten Ausnahmefällen die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten der Staatsanwaltschaft offenbart werden muss. Es handelt sich insoweit um die Regelung der gemeinsamen Richtlinien in Abschnitt I Nr. 5.4 Anlage D zur RiStBV.

**Bei der Zusicherung von Geheimhaltung/Vertraulichkeit ist die Staatsanwaltschaft nicht berechtigt, von der Polizei Auskunft über die Identität der V-Person/des Informanten zu verlangen.**

**Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0**

**Die Staatsanwaltschaft kann verlangen, dass die Identität einer V-Person/eines Informanten ihr gegenüber offenbart wird.**

**Dafür: 1 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 2**

**In begründeten Ausnahmefällen unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft auch über die Identität des Informanten/der V-Person. Vertraulichkeit/Geheimhaltung ist zu gewährleisten.**

**Dafür: 4 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 2**

#### **6.2.10 Bedarf es eines Richtervorbehaltes?**

Aus den Ausführungen zur bisherigen Rechtslage ergibt sich, dass ein Richtervorbehalt weder hinsichtlich des Einsatzes von Vertrauenspersonen noch hinsichtlich der Zusicherung der Vertraulichkeit bei Informanten verfassungsrechtlich geboten ist. Auch europarechtliche Vorgaben gebieten die Einführung eines Richtervorbehalts nicht. Dies gilt auch insoweit, als Vertrauenspersonen mit Einverständnis des Berechtigten Wohnungen betreten.

**Ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Die Kommission hat sich dennoch die Frage gestellt, ob ein Richtervorbehalt im Rahmen einer umfassenden gesetzlichen Regelung eingeführt werden sollte. Immerhin 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 Vertrauensperson - 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 Zustimmungsentscheidung von fachkundigen Volljuristen getroffen wird.

**Ein Richtervorbehalt begründet hier kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Angedacht hat die Kommission, ob zur Kontrolle der Entscheidung über den Einsatz der Vertrauensperson oder der Zusicherung der Vertraulichkeit an den Informanten außerhalb der Hauptverhandlung eine richterliche Kontrolle analog eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) durchgeführt werden sollte. Ein Gericht hätte dann die Möglichkeit, anhand der zur Verfügung zu stellenden (auch) polizeiinternen Unterlagen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Bislang wird das „in-camera-Verfahren“ durch Verwaltungsgerichte praktiziert, wenn die nach § 96 StPO analog abgegebene Sperrerklärung der obersten Dienstbehörde von einem Beschuldigten auf dem Verwaltungsrechtsweg angegriffen wird.

Allerdings hält die Kommission es für nicht sachgerecht, eine über die bisherige Praxis hinausgehende gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorzusehen. Nach Auffassung der Kommission ist der Grundrechtseingriff insbesondere in die Unverletzlichkeit der Wohnung und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bei einem Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten so geringwertig, dass die Kontrolle durch einen Volljuristen bei der von der Polizei unabhängigen Staatsanwaltschaft unter Rechtsstaatsgesichtspunkten ausreichend ist.

**Eine richterliche Kontrolle im Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) ist nicht sachgerecht.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1**

Bei der These hat die Kommission sich auf die richterliche Kontrolle der Zulässigkeit des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Informanten im

Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ bezogen. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang auch an eine umfassendere Regelung des „in-camera-Verfahrens“ zur Überprüfung der Sperrerklärung des Innenministers. Nach der derzeitigen Rechtslage hat lediglich der Angeklagte die Möglichkeit, gegen die Sperrerklärung in einem von der strafrechtlichen Hauptverhandlung getrennten verwaltungsgerichtlichen Verfahren Klage zu erheben. Das Gericht im Strafverfahren ist darauf beschränkt, gegen die Sperrerklärung eine Gegenvorstellung zu erheben, wenn es die Begründung für nicht ausreichend erachtet. Im Ergebnis allerdings ist die Kommission der Auffassung, dass die Rechte des Angeklagten durch die bislang geltende Regelung hinreichend gewahrt werden, insbesondere, wenn er einstweiligen Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren beantragt. Bei einem „in-camera-Verfahren“ durch die ordentlichen Gerichte wäre auch fraglich, welche Folgen dies für das Strafverfahren hätte. Möglich wäre ein Verwertungsverbot für die Angaben der Vertrauensperson oder des VP-Führers. Möglich wäre auch eine Verpflichtung der Polizei, die Identität der Vertrauensperson offen zu legen. Dies allerdings würde zu erheblichen Folgeproblemen führen, weil umgekehrt der Vertrauensperson die Möglichkeit zustehen müsste, gegen die drohende Offenbarung der Identität und Zusammenarbeit mit der Polizei gerichtlich vorzugehen.

#### **6.2.11 Geheimhaltung der Identität nach Abschluss des Verfahrens**

Dass die Identität der Vertrauensperson auch nach Beendigung des Einsatzes geheim gehalten werden muss, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die Vertrauensperson grundsätzlich auf längere Zeit mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeiten soll und dies nicht möglich wäre, wenn die Geheimhaltung nach Beendigung eines konkreten Einsatzes aufgehoben werden würde. Auch wenn die Gefährdung der Vertrauensperson häufig nicht das tragende Argument bei der Beurteilung der Zusicherung der Geheimhaltung der Identität ist, so bleibt dennoch festzustellen, dass Vertrauenspersonen häufig im Umfeld organisierter und politischer Kriminalität eingesetzt werden. Eine Offenlegung der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden hätte in diesem Umfeld in aller Regel eine Gefährdung der Vertrauensperson zur Folge. Gleiches gilt für Informanten, denen die Vertraulichkeit erst zugesichert werden darf, wenn sie durch ihre Aussage erheblich gefährdet würden oder erhebliche Nachteile zu erwarten hätten.

**Der Hinweis, dass die Identität der V-Person bzw. des Informanten auch nach Abschluss des Verfahrens geheim zu halten ist, ist entbehrlich, weil dies eine Selbstverständlichkeit ist.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0**

**6.2.12 Regelung von Mindeststandards für den Gesprächsvermerk über die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung**

**Die Kommission regt an, in der RiStBV Mindeststandards für den Inhalt des von der Staatsanwaltschaft und der Polizei anzufertigenden Vermerks über das Gespräch nach Nr. 5.6 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV zu formulieren.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Nach Auffassung der Kommission bietet es sich an, in die Richtlinien ein Muster aufzunehmen, dass der Dokumentation des Inhalts der Besprechung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft vor der Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung dient. So könnte eine überörtlich einheitliche Handhabung erreicht werden.

**6.2.13 Befristung des Einsatzes einer Vertrauensperson**

Die Kommission hat sich weiter mit der Frage beschäftigt, ob der Einsatz einer Vertrauensperson zeitlich befristet werden sollte, wie dies für Verdeckte Ermittler in § 110b Abs. 1 S. 3 und 4 StPO geregelt worden ist. Jedenfalls bei Nahbereichs-Vertrauenspersonen, die regelmäßig aus einem kriminellen Umfeld berichten, erscheint dies schwierig.

Allerdings ist die Mehrheit der Kommission davon überzeugt gewesen, dass jedenfalls der Einsatz einer operativ eingesetzten Vertrauensperson zeitlich befristet werden sollte. So könnte sichergestellt werden, dass der Einsatz regelmäßig auf das weitere Vorliegen seiner Voraussetzungen hin überprüft wird.

**Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Einsatz einer Vertrauensperson ist zu befristen. Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.**

**Dafür: 5 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 1**

**6.2.14 Benachrichtigungspflicht?**

Die Kommission ist einstimmig der Auffassung, dass es einer Benachrichtigungspflicht für die Betroffenen bei Einsatz einer Vertrauensperson nicht

bedarf. Diese ist bislang auch durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung nicht eingefordert worden.

Vor dem Hintergrund, dass Vertrauenspersonen jedenfalls aus dem Nahbereich in der Regel auch nach einem konkreten Einsatz in dem bisherigen Umfeld weiter eingesetzt werden sollen, würde die Benachrichtigungspflicht nach Auffassung der Kommission die Vertraulichkeit gefährden.

Durch die Benachrichtigungspflicht soll dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, nachträglichen Rechtsschutz gegen eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme zu erhalten. Ein Gericht, dem nur die Ermittlungsakte vorläge, wäre nur sehr eingeschränkt in der Lage, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Es stellen sich die gleichen Probleme wie bei der Frage eines strafprozessualen „in-camera-Verfahrens“.

**Einer Benachrichtigung des Betroffenen/der Betroffenen bedarf es zu keinem Zeitpunkt.**

**Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

#### **6.2.15 Entscheidungskompetenz für die Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bzw. Geheimhaltung**

Wie oben dargestellt, sollte geregelt werden, dass die Bindung an die Vertraulichkeits- bzw. Geheimhaltungszusage unter bestimmten Bedingungen entfallen kann. Die Kommission hat kontrovers erörtert, wer für Rücknahme der Zusagen verantwortlich ist. Die Kommission geht davon aus, dass sich Staatsanwaltschaft und Polizei in der Praxis in aller Regel einig sein werden, ob die Voraussetzungen für eine Rücknahme vorliegen und wie weiter zu verfahren ist. Dennoch sollte gesetzlich geregelt werden, wer im Streitfall zuständig ist. Für die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft spricht, dass diese Herrin des Ermittlungsverfahrens ist. Sie ist ferner berufen, dem Einsatz der Vertrauensperson bzw. der Erklärung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten zuzustimmen. Damit liegen gewichtige Argumente dafür vor, dass die Staatsanwaltschaft auch für die Rücknahme entsprechender Erklärungen die Verantwortung tragen muss. Für eine Zuständigkeit der Polizei spricht, dass diese über die Voraussetzungen zum Wegfalls der Bindungswirkung eher informiert würde als die Staatsanwaltschaft. Ferner obliegt die sonstige Verantwortung für das Führen der Vertrauensperson bzw. des Informanten bei der Polizei. Ob bei dieser Aufgabenverteilung die Polizei nicht auch für die Rücknahme entsprechender Erklärungen verantwortlich sein sollte, ist

jedenfalls fraglich. Die Kommission hat sich mit knapper Mehrheit für eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft ausgesprochen:

**Wenn die Staatsanwaltschaft eine Zustimmung zum Einsatz einer V-Person oder zu einer Zusage der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten erteilt hat, liegt die Entscheidungskompetenz für eine Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bei der Staatsanwaltschaft.**

**Dafür: 4 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 3**

#### **6.2.16 Sperrerkklärungen**

Wie dargestellt, kann die Zusicherung der Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung im Strafprozess dadurch umgesetzt werden, dass die oberste Dienstbehörde (Innenministerium) eine Sperrerkklärung gem. § 96 StPO analog für solche Unterlagen abgibt, die Hinweise auf die Identität der Vertrauensperson oder des Informanten geben könnten, bzw. unter Berufung auf diese Norm ein Verlangen des Gerichts, Auskunft über die Identität zu geben, ablehnt. Bei Vorlage der Sperrerkklärung und der damit regelmäßig einhergehenden beschränkten Aussagegenehmigung sind auch Fragen an den (polizeilichen) Zeugen nach dem Inhalt der gesperrten Unterlagen oder entsprechende Beweisanträge unzulässig. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis.

Die Kommission hält es dennoch für sinnvoll, eine Regelung zu treffen, wie sie bereits in § 110b Abs. 3 S. 3 StPO für Verdeckte Ermittler getroffen worden ist und in der ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 96 StPO verwiesen wird.

**Es sollte eine gesetzliche Regelung entsprechend der des § 110b Abs. 3 S. 3 StPO auch für V-Personen und Informanten geschaffen werden.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

## **7. Vertrauenspersonen und Tatprovokationen**

### **7.1 Begriffliches**

Der Begriff der Tatprovokation beschreibt eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme, die auf die Aufklärung bereits begangener oder aber auch absehbarer zukünftiger Straftaten gerichtet ist. Zu verstehen ist hierunter jede Form staatlich zurechenbarer Deliktsveranlassung, etwa durch Verdeckte Ermittler, durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten oder durch eine Vertrauensperson. Sie ist nicht mit dem schlichten Einsatz einer Vertrauensperson identisch, sondern nur eine spezielle Einsatzform, zu der eine Vertrauensperson eingesetzt werden kann. Durch sie wird eine verdächtige Person zur Begehung einer Straftat veranlasst, um durch deren Beobachtung und Aufklärung zugleich weitere Tatbeteiligte, Handlungsabläufe und Organisationsstrukturen - aber auch künftige Straftaten - aufzudecken.

Nach der Definition des Bundesgerichtshofes ist von einer Tatprovokation auszugehen, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt (BGH NStZ 2014, 277, 279).

### **7.2 Vorgaben der EMRK und des EGMR**

#### **7.2.1 Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Formen der Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR**

Nicht jede Motivierung eines Beschuldigten zur Begehung einer Straftat durch Verdeckte Ermittler oder polizeiliche Vertrauenspersonen verstößt per se gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, der durch Artikel 6 der EMRK geschützt wird. Vielmehr differenziert der EGMR zwischen Fällen einer billigen Einwirkung auf einen Täter, welche in der Begehung einer Straftat resultiert, und Fällen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.

Im Grundsatz geht der EGMR davon aus, dass eine unzulässige Tatprovokation immer dann vorliegt, wenn die Ermittlungsbehörden eine Person zur Begehung einer Straftat anstiften, die diese ansonsten nicht begangen hätte.

Diesen Grundsatz hat der EGMR in seiner Grundsatzentscheidung *Furcht v. Deutschland* wie folgt formuliert:



„(48) (...) Anstiftung liegt vor, wenn sich die Polizisten nicht darauf beschränken, strafbares Verhalten zu ermitteln, sondern den Betroffenen derart beeinflussen, dass sie ihn anstiften, eine Straftat zu begehen, die er sonst nicht begangen hätte, um die Tat nachweisen zu können, das heißt, um Beweise zu beschaffen und die Tat strafrechtlich zu verfolgen (...). Grund für das Verbot der Anstiftung durch die Polizei ist, dass sie die Aufgabe hat, Straftaten zu verhüten und aufzuklären, aber nicht, zu ihrer Begehung anzustiften.“ (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, *Furcht v. Deutschland*, NJW 2015, 3631, Rd.Nr. 48)

Bereits im Jahr 2008 hat der EGMR insofern ausgeführt (EGMR, 05.02.2008, 74420/01, *Ramanauskas v. Litauen*, NJW 2009, 3565, Rd.Nr. 55):

„(55) (...) Anstiftung durch die Polizei liegt vor, wenn die eingesetzten Personen, Mitglieder der Polizeikräfte oder Personen, die in ihrem Auftrag tätig werden, sich nicht darauf beschränken, strafbares Verhalten nur zu verfolgen, sondern diejenigen, auf die sie angesetzt sind, derart beeinflussen, dass sie sie anstiften, eine Straftat zu begehen, die sie sonst nicht begangen hätten, um so die Straftat nachweisen zu können, das heißt, um Beweise für sie zu haben und sie zu verfolgen.“

Die Abgrenzung zwischen erlaubter Einwirkung und unzulässiger Tatprovokation ist naturgemäß schwierig und nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich einzelfallabhängig. Einerseits verneint der Gerichtshof einen Verstoß gegen die EMRK (den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK), wenn Verdeckte Ermittler von einem bereits zum Verkauf entschlossenen Drogendealer zum Schein Betäubungsmittel kaufen, ohne auf ihn, etwa durch Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben. Andererseits bejaht der EGMR einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, ohne dass es noch auf eine Abwägung, etwa mit Strafverfolgungsinteressen, ankäme, wenn verdeckt agierende polizeiliche Ermittler oder im Auftrag der Polizei agierende Privatpersonen nicht bloß das kriminelle Verhalten von Personen passiv beobachten und durch Scheinkäufe ausnutzen, sondern aktiv auf die Tat-

begehung hinwirken und bislang nicht tatgeneigte Personen zu Taten veranlassen (anstiften), die ohne das Zutun der Ermittler nicht begangen worden wären.

Welche Konstellation im Einzelfall vorliegt, prüft der EGMR bei einer Menschenrechtsbeschwerde zunächst einmal durch eigene Auswertung und Beurteilung des ihm unterbreiteten Lebenssachverhaltes.

Bei der Prüfung, ob lediglich ein „im Wesentlichen passives“ Verhalten des Verdeckten Ermittlers oder der V-Person vorliegt und damit ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK zu verneinen ist oder ob eine unzulässige Anstiftung zur Tat vorliegt, stellt der EGMR vornehmlich darauf ab, ob es vor der Einwirkung auf den Betroffenen objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene an Straftaten der Art, um die es geht, bereits in der Vergangenheit beteiligt war und/oder zumindest vor der von den Ermittlungsbehörden veranlassten und konkret in Frage stehenden Einwirkung auf ihn zur Begehung einer Straftat der betreffenden Art bereit war. Sollte dies der Fall sein, liegt die Annahme einer unzulässigen Tatprovokation fern. Indizien für eine solche vorhandene Tatgeneigtheit sind einschlägige Vorstrafen, anhängige einschlägige Ermittlungsverfahren, Kenntnisse des Betroffenen von aktuellen Preisen des Tatobjekts und die Möglichkeit des Betroffenen, dieses auch zu beschaffen (namentlich: Betäubungsmittel bei einem polizeilichen Scheinkauf).

Auf der anderen Seite sei - so der EGMR in ständiger Rechtsprechung - nicht mehr von einem „im Wesentlichen passiven Verhalten“ der Ermittlungsbehörden, sondern von einer unzulässigen Anstiftung auszugehen, wenn der Betroffene nicht schon ohne die Einwirkung auf ihn zur Tatbegehung grundsätzlich bereit war, sondern Druck auf ihn ausgeübt wurde, sich für die Begehung der betreffenden Straftat zu entscheiden. Eine solche unzulässige Einflussnahme liege etwa vor, wenn durch die eingesetzten Ermittler oder Vertrauenspersonen wiederholt auf die Begehung der Straftat gedrängt worden sei, obwohl der Betroffene bereits klar abgelehnt habe, eine solche Tat zu begehen. Unzulässig sei es auch, so der EGMR in Bezug auf Scheinkäufe von Betäubungsmitteln, einen Betroffenen zur Tatbegehung zu überreden, indem eine überdurchschnittliche Bezahlung von Betäubungsmitteln angeboten oder durch die Behauptung von Entzugerscheinungen Mitleid beim Betroffenen ausgelöst werde.

Im Hinblick darauf, dass für den Gerichtshof die Frage, ob es eine tatmotivierende Einwirkung auf einen Betroffenen - für den EGMR: eine vom Beschwerdeführer einer Menschenrechtsbeschwerde zum Gerichtshof

behauptete Einwirkung - tatsächlich gegeben hat, oftmals schwer zu beantworten ist, weil und wenn es an entsprechender Dokumentation in den Verfahrensakten fehlt, nimmt der EGMR erforderlichenfalls neben dem materiellen „substantive test of incitement“ auch noch eine formelle Prüfung („procedural test“) vor bzw. verlangt eine solche von den nationalen Strafverfolgungsbehörden in dem Strafverfahren gegen den mutmaßlich zur Tatbegehung angestifteten Beschuldigten: Wenn die Behauptung eines Beschwerdeführers (= Verurteilten), rechtsstaatwidrig zur Tatbegehung provoziert worden zu sein, nicht völlig unplausibel ist, müssen die Strafverfolgungsbehörden beweisen, dass es keine Tatprovokation gegeben hat. Insofern haben die Strafverfolgungsbehörden im nationalen Strafverfahren die (vom Beschuldigten behaupteten) Umstände, die für eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation sprechen könnten, aufzuklären. Angesichts dieser vom Gerichtshof postulierten Beweislast hat der EGMR es in seiner Rechtsprechung wiederholt als notwendig bezeichnet, dass die nationalen Rechtsordnungen ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren für die Genehmigung von Ermittlungsmaßnahmen sowie deren ordnungsgemäße Überwachung vorsehen. Dabei empfiehlt der EGMR den Vertragsstaaten eine gerichtliche Überwachung verdeckter Maßnahmen.

### **7.2.2 Gebotene Rechtsfolgen einer EMRK-widrigen Tatprovokation nach der Rechtsprechung des EGMR**

Hinsichtlich der Frage, welche Rechtsfolgen eine gegen Artikel 6 EMRK verstoßende Tatprovokation im oben beschriebenen Sinne zeitigen muss, hat sich der EGMR klar positioniert: Er verlangt die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes im betreffenden nationalen Strafverfahren, was die durch die Tatprovokation erlangten Beweise anbelangt, oder Konsequenzen, die zu einem vergleichbaren Ergebnis führen. Denn eine Verwertung aufgrund unzulässiger Tatprovokation erlangter Beweise nähme dem Beschuldigten von Anbeginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren.

So formuliert der EGMR in seiner Entscheidung *Furcht v. Deutschland* aus dem Jahr 2014 (EGMR, 23.10.2014, 54648/09, *Furcht v. Deutschland*, NJW 2015, 3631 Rd.Nr. 47, 64, 68):

„(47) (...) Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Kriminalität kann die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, nicht rechtfertigen, denn das würde den Angeklagten der Gefahr aussetzen, dass

ihm das Recht auf ein faires Verfahren von Beginn an und endgültig genommen wird. (...)

(64) In Fällen einer gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Anstiftung durch die Polizei kann nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Kriminalität wie Rauschgifthandel die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, nicht rechtfertigen (...). Damit ein Verfahren im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 EMRK fair ist, müssen alle durch polizeiliche Anstiftung gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen oder auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt werden.“

Ausdrücklich hat der EGMR betont, dass eine bloße Strafmilderung als Konsequenz einer EMRK-widrigen Tatprovokation nicht ausreichend ist. Eine reine Berücksichtigung einer rechtsstaatwidrigen Tatprovokation auf der Ebene der Strafzumessung genügt mithin nach klarer Rechtsprechung des Gerichtshofes als zu ergreifende Konsequenz nicht.

Diesbezüglich heißt es in der Entscheidung *Furcht v. Deutschland* aus dem Jahr 2014:

„(68) Zu der Frage, ob eine erhebliche Strafmilderung eine ausreichende Wiedergutmachung für eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK sein kann: Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die Verwendung von Beweismitteln, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen worden sind, nach Artikel 6 Abs. 1 EMRK unzulässig. Damit ein Verfahren im Sinne dieser Vorschrift fair ist, müssen alle dadurch gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen oder auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt werden (...). Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass alle Maßnahmen, die nicht im Ausschluss derartiger Beweismittel oder der Anwendung eines Verfahrens mit vergleichbaren Ergebnissen bestehen, nicht ausreichen, um eine angemessene Wiedergutmachung für eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK zu leisten.“

Die eindeutige und von der bundesdeutschen Strafjustiz zu beachtende Forderung des EGMR nach einem Beweisverwertungsverbot oder Konsequenzen mit vergleichbarer Wirkung steht im Widerspruch zu der (bisherigen) überwiegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes,

die eine Berücksichtigung (lediglich) auf Ebene der Strafzumessung, also in Form einer Strafmilderung, fordert (sog. Strafzumessungslösung oder Strafabschlagslösung) (vgl. hierzu unten 7.3.2).

### **7.3 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zur Tatprovokation**

Nach der gefestigten Rechtsprechung der deutschen Obergerichte ist die Tatprovokation nicht per se unzulässig (BVerfG NJW 1987, 1874, BGHSt 32, 115; BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BGH NJW 1980, 1761). So wird es beispielsweise für grundsätzlich statthaft erachtet, wenn Vertrauenspersonen - bzw. Verdeckte Ermittler - im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität gegenüber „Dealern“ als „Scheinkäufer“ auftreten, um die Zielperson „in flagranti“ bei einem Handelsgeschäft feststellen und für dieses strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können.

Ein solcher Einsatz von Vertrauensleuten ist indes unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch. Denn letztlich wird in einem solchen Fall eine Person durch verdecktes Agieren in polizeilichem Auftrag dazu veranlasst, eine Straftat - etwa ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln - zu begehen.

Es besteht Einigkeit in der deutschen Rechtsprechung, dass gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) verstoßen wird, wenn der Staat durch polizeilich veranlasste Einwirkung eine nicht schon zuvor zur Begehung von Straftaten der betreffenden Art bereite Zielperson dazu veranlasst, eine bestimmte Straftat zu begehen, die sie ohne die Einflussnahme nicht begangen hätten, und die betreffende Person anschließend für exakt diese Straftat bestraft.

Es stellt sich daher auch für die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung zum einen die Frage, wann das tatmotivierende Einwirken einer Vertrauensperson auf eine Zielperson noch eine unter Rechtsstaatsgesichtspunkten akzeptable Vorgehensweise ist bzw. unter welchen Voraussetzungen eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt (hierzu 7.3.1).

Zum anderen hat auch die Rechtsprechung in Deutschland die Frage zu beantworten, welche rechtlichen Konsequenzen zu ziehen sind, wenn sich die Tatveranlassung durch eine Vertrauensperson als eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbare Tatprovokation erweist (hierzu 7.3.2).

### 7.3.1 **Abgrenzung zwischen statthafter Ausnutzung einer Bereitschaft zur Tatbegehung und rechtsstaatswidriger Tatprovokation**

Ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt oder sich das Verhalten einer Vertrauensperson als legitimes Ausnutzen einer grundsätzlich gegebenen Bereitschaft zur Tatbegehung darstellt, ist auch nach der deutschen Rechtsprechung von einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung abhängig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt keine unzulässige Tatprovokation vor, wenn eine Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft der Zielperson zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt. Es wird als legitim erachtet, wenn eine Vertrauensperson durch ihr Agieren einer ohnehin zur Tatbegehung bereiten Person lediglich den Anstoß gibt, im Zusammenwirken mit der Vertrauensperson eine konkrete Straftat zu begehen, bzw. der Person die Gelegenheit gibt, eine Straftat zu verüben, zu deren Begehung sie dem Grunde nach bereits zuvor bereit war (BGHSt 60, 238; BGH NStZ 2016, 232; BGH NStZ 2018, 355). Insofern ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anerkannt, dass eine Vertrauensperson - ebenso wie ein Verdeckter Ermittler - die grundsätzlich gegebene Bereitschaft einer Person, mit Betäubungsmitteln zu handeln, ausnutzen darf, indem die Vertrauensperson Interesse am Erwerb von Betäubungsmitteln signalisiert und zum Schein als Kaufinteressent auftritt. Entsprechendes gilt für andere Kriminalitätsbereiche wie etwa den illegalen Waffenhandel. Es wird als rechtsstaatlich unproblematisch angesehen, wenn eine Vertrauensperson als „Lockvogel“ bzw. „Scheinkäufer“ auftritt, wenn die Zielperson ohnehin zu Straftaten der betreffenden Art bereit ist und Erkenntnisse dahingehend vorliegen, dass sie wiederholt Straftaten der betreffenden Art verübt.

Auf der anderen Seite wird es für rechtsstaatwidrig erachtet, wenn eine Vertrauensperson - oder ein Verdeckter Ermittler - auf eine Zielperson dergestalt einwirkt, sie zu einer Tat zu veranlassen, die die Zielperson ohne die Einwirkung nicht begehen wollte und nicht begangen hätte. Eine unzulässige Tatprovokation ist mithin schon dann zu bejahen, wenn eine Vertrauensperson die zuvor nicht tatgeneigte Zielperson zur Begehung einer Straftat anstiftet, die sie ansonsten nicht begangen hätte (BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BGHSt 47, 44; BGH NStZ 2016, 232; BGH NStZ 2018, 355). Der Bundesgerichtshof formuliert insofern in ständiger Rechtsprechung, eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation liege vor, wenn

*„eine nicht verdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat*

*verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt. Ein in diesem Sinne tatprovozierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht ‚unvertretbar übergewichtig‘ ist.“ (BGH NStZ 2018, 355)*

Ob die eine oder die andere Konstellation vorliegt, hängt nach der Rechtsprechung von einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt es u. a. auf das Ausmaß und die Art des gegen die Zielperson bereits bestehenden Verdachtes an. Zu berücksichtigen sind auch die Art, Dauer und Intensität der Einflussnahme der Vertrauensperson auf die Zielperson. Wenn es bereits vor der Einwirkung auf den Betroffenen objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene an Straftaten der Art, um die es geht, in der Vergangenheit beteiligt war und/oder zumindest vor der von den Ermittlungsbehörden veranlassten und konkret in Frage stehenden Einwirkung auf ihn zur Begehung einer Straftat der betreffenden Art bereit war, liegt eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation fern. So wird es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten etwa für legitim erachtet, wenn eine Vertrauensperson von einem bereits zum Verkauf entschlossenen Dealer zum Schein Betäubungsmittel kauft, ohne auf ihn, etwa durch das Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben.

Auf der anderen Seite liegt regelmäßig eine unzulässige Anstiftung vor, wenn der Betroffene nicht schon grundsätzlich zur Tatbegehung bereit war, sondern Druck auf ihn ausgeübt wurde, sich für die Begehung der betreffenden Straftat zu entscheiden. Eine solche unzulässige Einflussnahme liegt etwa vor, wenn eine Vertrauensperson wiederholt auf die Begehung einer Straftat drängt, obwohl der Betroffene bereits klar abgelehnt hat, eine solche Tat zu begehen. Unzulässig ist es auch, wenn eine als Scheinaufkäufer von Betäubungsmitteln auftretende Vertrauensperson eine Zielperson zur Tatbegehung überredet, indem eine überdurchschnittliche Bezahlung von Betäubungsmitteln angeboten oder durch Behauptung von Entzugserscheinungen Mitleid beim Betroffenen ausgelöst wird.

### 7.3.2

### Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

Die Frage, welche rechtsstaatlichen Konsequenzen aus einer gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu ziehen sind, ist derzeit in der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung umstritten. Lange Zeit bestand in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Einigkeit, dass der Umstand, dass eine Person staatlicherseits in rechtsstaatswidriger Weise zur Tatbegehung veranlasst wurde, eine Bestrafung der betreffenden Person nicht grundsätzlich verbiete, sondern dieser Umstand (lediglich) bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei (vgl. BGHSt 32, 345; BGHSt 33, 356; BGH NStZ 2014, 277). Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation, so die Argumentation im Kern, ändere nichts daran, dass die betreffende Person sich dazu entschlossen habe, eine Straftat zu begehen, wobei sie sich aufgrund des verdeckten Vorgehens der anstiftenden Vertrauensperson des Umstandes, dass der Tatentschluss staatlicherseits motiviert wurde, nicht bewusst gewesen sei. Damit bleibe die Tatbegehung ein vorwerfbares Unrecht. Es sei ausreichend, allerdings auch erforderlich, dem Umstand der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auf der Strafzumessungsebene durch eine Strafmilderung Rechnung zu tragen. Das Maß der individuellen Schuld des Täters sei dadurch, dass er durch das vom Staat zu verantwortende Handeln einer Vertrauensperson zur Tatbegehung angestiftet worden sei, reduziert, was sich in einer Strafmilderung niederschlagen müsse. In den Urteilsgründen muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes konkret aufgeführt werden, in welcher Höhe ein „Strafabschlag“ wegen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gewährt wurde; die Strafmilderung muss exakt quantifiziert werden. Konkret muss die Differenz zwischen der verhängten und der ohne die unzulässige Tatprovokation als angemessen angesehenen Strafe benannt werden.

Diese „Strafzumessungslösung“ ist indes mit der ständigen Rechtsprechung des EGMR nicht vereinbar. Der EGMR hat - wie oben unter 7.2.2 dargelegt - in verschiedenen Entscheidungen wiederholt deutlich gemacht, dass der mit rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen verbundene Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens durch eine bloße Strafmilderung nicht hinreichend kompensiert wird. Der EGMR verlangt als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes oder die „Anwendung eines Verfahrens mit vergleichbaren Ergebnissen“. Letztlich verlangt der EGMR, dass alle Beweise, die in Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gewonnen wurden, in einem Strafverfahren wegen der betreffenden Tat nicht verwertet werden oder aber Konsequenzen gezogen werden, die zum einen zumindest entsprechenden Ergebnis führen. Auf das deutsche



Strafverfahren übertragen bedeutet dies, dass nach der eindeutigen Rechtsprechung des EGMR entweder ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich aller durch infolge der rechtsstaatwidrigen Tatprovokation erlangten Beweise anzunehmen ist oder aber der Umstand der rechtsstaatwidrigen Tatvorprovokation als zur Verfahrensbeendigung führendes Strafverfolgungshindernis eingeordnet wird. Diese Rechtsprechung des EGMR hat indes zu divergierenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes geführt:

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR am 10.06.2015 entschieden, dass eine rechtsstaatwidrige Tatprovokation ein Strafverfolgungshindernis begründe, welches die Einstellung des wegen der Straftat eingeleiteten Verfahrens verlange (BGHSt 60, 276).

Demgegenüber hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in einer praktisch zeitgleich ergangenen Entscheidung vom 19.05.2015 ungeachtet der Rechtsprechung des EGMR an der „Strafzumessungslösung“ festgehalten und betont, dass eine rechtsstaatwidrige Tatprovokation regelmäßig weiterhin nicht zur Unzulässigkeit eines Strafverfahrens führe, sondern eine Kompensation durch eine Strafmilderung genüge (BGHSt 60, 238).

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 18.12.2014 zwar entgegen dem EGMR die „Strafzumessungslösung“ gebilligt und - im Einklang mit dem ersten Strafsenat des Bundesgerichtshofes, aber entgegen den 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes - betont, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge einer unzulässigen Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht komme. Doch hat das Bundesverfassungsgericht gleichwohl die Rechtsprechung des EGMR aufgenommen und umfassend geprüft, ob im zu entscheidenden Fall Beweise, die direkt infolge der Tatprovokation erlangt wurden, verwertet wurden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verwerfung der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung in einem Fall, in dem es zu einer unzulässigen Tatprovokation gekommen war, auch damit begründet, dass das Tatgericht solche Beweise eben nicht verwertet habe (BVerfG NJW 2015, 1083).

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht deshalb im konkreten Fall nicht explizit ausgesprochen hat, dass aus einer rechtsstaatwidrigen Tatprovokation ein Beweisverwertungsverbot resultiert, sich also nicht der Rechtsprechung des EGMR angeschlossen hat, so hat das Verfassungsgericht doch mit seiner Prüfung angedeutet, dass zukünftig der

Rechtsprechung des EGMR zu folgen sei. Die vom EGMR ausdrücklich als unzureichend klassifizierte reine „Strafzumessungslösung“ des Bundesgerichtshofes dürfte daher, wie schon der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes festgestellt hat, keinen Bestand mehr haben, sondern zumindest um eine „Beweisverwertungsverbotslösung“ ergänzt werden müssen. Derzeit ist mithin die Rechtslage bzgl. der Rechtsfolgen einer rechtsstaatwidrigen Tatprovokation unklar, weil es zum einen insofern keine gesetzliche Regelung gibt und zum anderen voneinander divergierende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ergangen sind, also keine eindeutige und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt.

## **7.4 Tatprovokation - de lege ferenda**

### **7.4.1 Einleitung**

Die Kommission hat sich mit der Frage beschäftigt, ob der Phänomenbereich der (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation und deren Rechtsfolgen gesetzlich geregelt werden müssen oder zumindest sollten.

Dass diese Ermittlungsmaßnahme bislang nicht gesetzlich geregelt worden ist, bedeutet nicht, dass sie per se rechtswidrig ist. So hat die - auch verfassungsrechtliche - Rechtsprechung die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, entgegen zahlreicher Stimmen im Schrifttum, nicht angemahnt. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht erachten die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO als ausreichend. Sie haben allerdings, wie gezeigt, der Tatprovokation rechtsstaatliche Grenzen gezogen.

Dem steht die wohl herrschende Meinung im Schrifttum diametral gegenüber, die den Einsatz von Vertrauenspersonen insbesondere bei einem über die schlichte Informationsbeschaffung hinausgehenden tatprovokierenden Verhalten für unzulässig hält.

Der Gesetzgeber hat im Zuge des Erlasses des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992 (OrgKG) bewusst auf die Normierung des Einsatzes von Vertrauenspersonen verzichtet. Ausführungen zur Tatprovokation finden sich in den Gesetzesmaterialien nicht; somit hat der damalige Reformgesetzgeber diese Ermittlungsmaßnahme für nicht regelungsbedürftig erachtet.

Die vom damaligen Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz im Sommer 2014 eingesetzte Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens hat - nach kontroverser Diskussion mit knapper - Mehrheit dem Bundesminister eine gesetzliche Regelung der Tatprovokation empfohlen. Zunächst müsse die (rechtsstaatswidrige) Tatprovokation definiert werden, bevor die Folgen normiert werden sollten.

#### **7.4.2 Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung und Definition der Tatprovokation?**

**Zum Begriff der Tatprovokation vertritt die Kommission die Ansicht:**

**Eine rechtsstaatswidrige bzw. konventionswidrige polizeiliche Tatprovokation liegt dann vor, wenn sich die beteiligten Ermittlungspersonen nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass sie zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie ohne die Einwirkung nicht begangen hätte, und zwar mit dem Zweck, diese Straftat nachzuweisen, also Beweise für sie zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Der Begriff der Ermittlungsperson ist insoweit nicht technisch im Sinne des § 152 Abs. 2 GVG gemeint, umfasst also nicht nur die Beamten und Behörden des Polizeidienstes. Vielmehr können auch Vertrauenspersonen eine Tatprovokation begehen. Wesentlich ist, dass jemand im Auftrag der Staatsanwaltschaft oder der Polizei zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die er ansonsten nicht begangen hätte.

**Die Kommission vertritt weiter die Ansicht, dass es auch erlaubte Formen einer tatmotivierenden staatlich gesteuerten Einwirkung auf Betroffene (zulässige Tatmotivierung) geben kann.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Dass es eine rechtsstaatlich zulässige Form der Einwirkung gibt, ist jedenfalls in der Rechtsprechung anerkannt (BGH Urteil vom 10.06.2015, 2 StR 97/14, Rd.Nr. 24 m. w. N.). Dabei kommt es darauf an, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Einwirkung nicht unverdächtig ist. Eine staatliche Tatprovokation ist zulässig, wenn diese gegenüber einer Person vorgenommen wird, die in einem in den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO

geregelten Grad verdächtig ist, an einer *bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein*. Bloße Vermutungen genügen insoweit nicht. Vielmehr setzt der Anfangsverdacht eine auf Tatsachen gestützte Prognose voraus, dass eine Straftat durch den Betroffenen begangen worden ist. Allerdings darf eine unverdächtige oder zunächst nicht tatgeneigte Person nicht in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet werden.

Dabei ist auch das Bedürfnis der Praxis an entsprechenden Scheingeschäften und Einwirkungen auf Tatverdächtige zu berücksichtigen. Die Möglichkeiten, Rauschgiftgeschäfte oder sonstige Geschäfte gerade der organisierten Kriminalität in einer gewissen Größenordnung allein durch sonstige (verdeckte) Ermittlungsmaßnahmen wie z. B. Telekommunikationsüberwachungen oder Observationen aufzuklären, sind begrenzt. Die Täter, die über die Ermittlungsmöglichkeiten der Polizei recht gut informiert sind, gehen sehr konspirativ vor. Insbesondere die relevante Kommunikation erfolgt weitgehend abhörsicher. Die Chance, diese Täter beispielsweise bei der Beschaffung und Einfuhr oder Übergabe einer größeren Menge an Betäubungsmitteln zu beobachten und festzunehmen, ist in aller Regel nicht besonders groß. Gerade aus diesem Grund wird versucht, durch Scheingeschäfte die Informationen zu erlangen, um - ggf. im Zusammenspiel mit nunmehr zielgerichtet einsetzbaren weiteren verdeckten Ermittlungsmaßnahmen - Strukturen der Organisation und Tatbeteiligungen von Beschuldigten sowie Lieferwege und mögliche Lager aufzuklären. Jedenfalls besteht beim Scheinkauf die Möglichkeit, die Täter bei der Übergabe der Betäubungsmittel zu observieren und diesen eine Tatbeteiligung im organisierten Rauschgifthandel nachzuweisen und Betäubungsmittel in relevanten Mengen sicherzustellen.

**Die Abgrenzung zwischen rechtsstaatswidriger Tatprovokation und zulässiger Tatmotivierung ist einzelfallabhängig. Die Kommission stellt fest, dass in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des EGMR hierzu taugliche Abgrenzungskriterien aufgestellt worden sind.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Wie oben dargestellt (7.2.1 und 7.3.1), 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.

So hat der Bundesgerichtshof in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17):

„... Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2016 - 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rd.Nr. 3; Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rd.Nr. 24 f.).

Ein in diesem Sinne tatprovozierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht ‚unvertretbar übergewichtig‘ ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2016 - 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rd.Nr. 3; Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rd.Nr. 24 f.; Urteil vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rd.Nr. 34 m. w. N.).“ (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17)

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:

„... **Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen** (BGH, Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rd.Nr. 24; Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 346 f.). Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation (...).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzende polizeiliche Provokation

vor, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine ‚weitgehend passive‘ Strafermittlung beschränkt hat. Der Gerichtshof prüft dabei, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war (...). **Bei der Frage, ob eine Person tatgeneigt war, hält der Gerichtshof nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls u. a. die erwiesene Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung für bedeutsam (...).** Bei der Differenzierung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung durch eine Ermittlungsperson und der (konventionswidrigen) Provokation einer Straftat befasst sich der Gerichtshof mit der Frage, **ob Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen.** Dabei hat der Gerichtshof u. a. darauf abgestellt, ob die Ermittlungsperson von sich aus Kontakt zu dem Täter aufgenommen, ihr Angebot trotz anfänglicher Ablehnung erneuert oder den Täter mit den Marktwert übersteigenden Preisen geködert hat (...). ...“ (BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, Rd.Nr. 17 f.)

Damit ist die Rechtslage nach Auffassung der Kommission durch die Rechtsprechung so eindeutig geklärt, dass es aus ihrer Sicht einer gesetzgeberischen Definition nicht bedarf:

**Der Begriff der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bedarf deshalb keiner gesetzlichen Definition.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

#### **7.4.3 Zum Bedürfnis einer Regelung der Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation**

**Dagegen vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden sollten.**

**Dafür: 7 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0**

Wie oben dargestellt (7.2.2 und 7.3.2), ist es der Rechtsprechung bislang hingegen nicht gelungen, die Frage der notwendigen Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation hinreichend zu klären. Derzeit fordert der EGMR die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes hinsichtlich der infolge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation erlangten Beweismittel (oder vergleichbare Konsequenzen, was in der Praxis nur eine Verfahrensbeendigung ohne Schuldspruch bedeuten kann). Der 2. Senat

des Bundesgerichtshofes hat in Folge der Rechtsprechung des EGMR in einem Fall ein Verfahrenshindernis angenommen. Dem sind das Bundesverfassungsgericht und weitere Senate des Bundesgerichtshofes nur bedingt gefolgt, indem sie jedenfalls festgestellt haben, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge der Tatprovokation auf extreme Ausnahmefälle beschränkt sei, ohne dass bislang klargestellt worden ist, was den extremen Ausnahmefall von einer sonstigen rechtsstaatswidrigen Tatprovokation unterscheidet. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes ist auch nach der Entscheidung des EGMR weiterhin der Strafzumessungslösung gefolgt.

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bislang nicht geklärt, sodass ein praktisches Bedürfnis dafür besteht, diese gesetzlich zu regeln.

#### **7.4.3.1 Verfahrenshindernis als Folge der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation**

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 10.06.2015 (BGHSt 60, 276) folgend, hat die Kommission erwogen, als regelmäßige Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis anzunehmen.

Der 2. Strafsenat ist der Auffassung, dass der EGMR ausdrücklich festgestellt habe, dass auch eine erhebliche Milderung der Strafe nicht zu Konsequenzen führe, die mit einem Ausschluss sämtlicher durch die konventionswidrige Tatprovokation des Staates erlangter Beweismittel vergleichbar sind. Die Strafzumessungslösung, soweit sie nicht zu einem vollständigen Absehen von Strafe führe, stelle damit auch keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne des Artikels 41 EMRK dar. Die danach gebotene Neubewertung der staatlichen Tatprovokation führe bei der erforderlichen schonenden Einpassung der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Rechtssystem im vorliegenden Fall zur Annahme eines Verfahrenshindernisses. Das Gericht ist der Auffassung gewesen, dass die einzige Alternative, die Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbotes, mit grundlegenden Wertungen des deutschen Strafsystems nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sei und zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führe. So betreffe ein Beweisverwertungsverbot grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln zur Feststellung der Schuldfrage. In den Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation betreffe das konventionswidrige Handeln des Staates dagegen nicht erst die Erlangung von Beweismitteln, sondern es habe bereits die Begehung der Straftat als

solche zur Folge. Allein der Ausschluss der Angaben des Provokateurs bei der Beweisführung gewährleiste nicht, dass am Ende ein Verfahren stehen könne, welches im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR in seiner Gesamtheit als „fair“ gewertet werden könne, da es zahlreiche weitere Erkenntnisse - etwa solche der observierenden Polizeikräfte - gebe. Damit erweise sich die Annahme eines Verfahrenshindernisses, mit der Folge der Einstellung des Verfahrens gemäß 206a, 260 Abs. 3 StPO, als schonende Umsetzung der Maßgaben des EGMR.

Diese kategorische Rechtsfolge für alle Fälle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vertreten andere Strafsenate des Bundesgerichtshofes nicht. Der 1. Strafsenat hat in seinem Urteil vom 19.05.2015 die Auffassung vertreten, dass Artikel 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses fordere. Soweit der EGMR neben der Annahme eines Beweisverwertungsverbotes auf „ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen“ abstelle, könne dies auch die Begründung eines Verfahrenshindernisses umfassen. Allerdings habe der Gerichtshof selbst mehrere Wege für gangbar erklärt, um die Verfahrensfairness bei einer polizeilichen Tatprovokation zu gewährleisten. Der 1. Strafsenat hat weiter darauf abgestellt, dass das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen müsse. Solange die von Artikel 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlasse es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Artikel 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern seien. Wenn ein daraus resultierendes Verfahrenshindernis überhaupt für möglich erachtet werde, könne ein solches lediglich in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schütze.

Dass ein Verfahrenshindernis allenfalls in extremen Ausnahmefällen Rechtsfolge der Tatprovokation sein kann, hat der 1. Strafsenat in der Entscheidung vom 07.12.2017 noch einmal bekräftigt (BGH, Urteil vom 07.12.2017, 1 StR 320/17, Rd.Nr. 30).

Auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat festgestellt, dass ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger polizeilicher Tatprovokation lediglich in extremen Ausnahmefällen, also bei einer besonders hohen Eingriffsintensität, gegeben sei (BGH, Urteil vom 04.07.2018, 5 StR 650/17, Rd.Nr. 24 f.):



„... Ein Verfahrenshindernis ... wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Die Umstände müssen dabei so schwerwiegend sein, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss (BGH, Urteile vom 09.12.1987 - 3 StR 104/87, BGHSt 35, 137, 140; vom 25.10.2000 - 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159, 168 f., und vom 06.09.2016 - 1 StR 104/15, wistra 2017 193, 195). Selbst schwere Verfahrensfehler, wie etwa der Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO (also die Herbeiführung einer Aussage des Beschuldigten durch misshandeln, quälen, täuschen oder das Verabreichen von Mitteln), führen - insofern schon nach der ausdrücklichen Bewertung durch den Gesetzgeber - nicht ohne weiteres zu einem Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 06.09.2016 - 1 StR 104/15, a. a. O., und vom 25.10.2000 - 2 StR 232/00, a. a. O., 173).

Auf dieser Grundlage ist ein die Verurteilung der genannten Angeklagten ausschließendes Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation - wie es vom Landgericht bejaht worden ist - nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes - auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des 2. Strafsenats im Urteil vom 10.06.2015 (2 StR 97/14) tragenden Gründe - lediglich in extremen Ausnahmefällen, also einer besonders hohen Eingriffsintensität gegeben (vgl. BVerfG, NJW 2015, 1083; BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355; Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238, 244 f.). Denn das Rechtsstaatsprinzip schützt nicht nur die Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung (BGH, Beschluss vom 19.05.2015 - 1 StR 128/15, a. a. O., 241). ...“

Die Kommission ist ebenfalls der Auffassung, dass ein Verfahrenshindernis allenfalls im extremen Ausnahmefall Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation sein kann. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Regelfall eines Verstoßes erscheint systemwidrig, da es nicht einmal als Folge von verbotenen Vernehmungsmethoden in der Strafprozessordnung normiert worden ist.

Eine gesetzliche Regelung für die extremen Einzelfälle, bei denen sich die Rechtsprechung einig ist, dass die Provokation zu einem Verfahrenshindernis führen muss, ist nach Auffassung der Kommission nicht erforderlich.

**Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernis führen kann.**

**Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0**

#### **7.4.3.2 Beweisverwertungsverbot als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation**

Der EGMR verlangt bei einer konventionswidrigen Tatprovokation die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes der durch die Tatprovokation erlangten Beweismittel im nationalen Strafverfahren (oder aber vergleichbare Konsequenzen). Andernfalls nähme man dem Beschuldigten von Anbeginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren. Auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.12.2014 lässt sich so verstehen, dass in bestimmten Fällen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes geboten ist.

Insoweit teilt die Kommission die Bedenken, die der 2. Strafsenat im Urteil vom 10.06.2015 gegen ein Beweisverwertungsverbot angebracht hat (BGH, Urteil vom 10.06.2015 - 2 StR 97/14 -, Rd.Nr. 50 f.). Der Bundesgerichtshof hat u. a. ausgeführt, dass die spätere Erhebung der durch die Tatprovokation erlangten Beweise im Strafverfahren sich jedenfalls nicht als von vornherein rechtswidrig darstelle. Die Beweiserhebung durch den Tatrichter sei vielmehr zunächst regelmäßig geboten, um die tatsächlichen Umstände einer behaupteten Tatprovokation klären und die daraus folgenden Konsequenzen prüfen zu können. Es erscheine nach Ansicht des Senats auch nicht durchführbar, zwischen „unmittelbar“ und „mittelbar“ durch die Tatprovokation erlangten Beweise zu differenzieren. Dies werde insbesondere in den Fällen deutlich, in denen die Verurteilung maßgeblich auf einem Geständnis der Angeklagten beruhe. Allein die Angaben des Verdeckten Ermittlers oder der Vertrauensperson als Beweismittel auszuschließen, genüge nicht, da deren Angaben in vielen Fällen zur eigentlichen Überführung des Provozierten nicht notwendig seien, weil häufig auch weitere Polizeibeamte die Übergabe des Rauschgifts beobachtet und dabei unter Sicherstellung von Drogen und Festnahme der Täter zugriffen hätten. Für die Beweiswürdigung komme es häufig nicht entscheidend darauf an, ob der Angeklagte später - bedingt durch die erlangten Ermittlungsergebnisse oder um geltend zu machen, zur Tat provoziert worden zu sein - ein Geständnis ablegte. Allein der Ausschluss der Angaben der Lokspitzel von der Beweisführung gewährleiste nicht, dass am Ende ein Verfahren stehe, welches im Einklang mit

der Rechtsprechung des EGMR in seiner Gesamtheit als „fair“ gelten könne.

Dieser Argumentation folgend hat die Kommission sich gegen eine gesetzliche Normierung eines Beweisverwertungsverbotes als Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entschieden.

**Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.**

**Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltungen: 0**

#### **7.4.3.3 Gesetzliche Regelung der Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene**

Nachdem die bislang diskutierten Rechtsfolgen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation die Kommission nicht überzeugt haben, ist deren Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenebene diskutiert worden.

Dies erscheint zunächst nicht unproblematisch, da der EGMR die „Strafzumessungslösung“ des Bundesgerichtshofes als nicht ausreichend erachtet hat. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass die Auffassung des EGMR keine bindende Wirkung für das nationale Rechtssystem entfalte. Es bleibe den nationalen Gerichten überlassen, wie die Anforderungen des Artikel 6 Abs. 1 EMRK in die nationalen Strafrechtssysteme eingefügt werden. Das Bundesverfassungsgericht sieht nach wie vor die „Strafzumessungslösung“ als eine Möglichkeit an, etwaige Verfahrensverstöße zu kompensieren.

Nach Auffassung der Kommission zeichnet sich eine Strafzumessungslösung dadurch aus, dass sie flexibel angewendet werden kann. Auf die unterschiedlich gewichteten Verstöße kann von einer Milderung der Strafe bis zu einem völligen Absehen von Strafe reagiert werden.

**Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene berücksichtigt wird.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

**Aufgrund des unterschiedlichen denkbaren Gewichts der Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation und der begangenen Tat ist einerseits eine Strafmilderung nicht in allen Fallkonstellationen als**

**Reaktion ausreichend. Andererseits ist aber auch nicht in allen denkbaren Fällen ein Absehen von Strafe geboten.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0**

Um die nötige Flexibilität von der bloßen Strafmilderung bis zum Absehen von Strafe zu gewährleisten, müsste eine gesetzliche Regelung die Bindung an den gesetzlichen Strafraumen aufheben. Eine vergleichbare Regelung hat der Gesetzgeber für die Fälle des untauglichen Versuches in § 23 Abs. 3 StGB geschaffen, der eine Milderung des Strafraumens nach Maßgabe des § 49 Abs. 2 StGB oder ein Absehen von Strafe ermöglicht. Nicht ausreichend wäre nach Auffassung der Kommission eine bloße Milderung innerhalb des gesetzlichen Strafraumens, da auch die Untergrenze des Strafraumens angesichts der Erheblichkeit der Rechtswidrigkeit der Tatprovokation unter Umständen ungemessen hoch ist.

**Deswegen ist die Kommission der Ansicht, dass im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Rechtsfolgenverweis auf § 49 Abs. 1 StGB nicht allen Fallkonstellationen gerecht werden kann.**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltungen: 0**

**Die Kommission schlägt daher folgende gesetzliche Regelung vor:  
„Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“**

**Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltungen: 0**

Eine solche Regelung ermöglichte den Gerichten eine angemessene Reaktion auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation je nach deren Gewicht. Sie ermöglichte auch die Annahme eines völligen Bestrafungsverbotes für die gravierenden Ausnahmefälle, bei denen nach der bisherigen Rechtsprechung von einem Verfahrenshindernis auszugehen wäre. In solchen Einzelfällen bestünde für den Fall einer entsprechenden Regelung darüber hinaus die Möglichkeit, das Ermittlungsverfahren ggf. auch ohne gerichtliche Hauptverhandlung nach § 153b StPO einzustellen.

Nach Auffassung der Kommission ließe sich eine entsprechende Regelung ohne „Systembrüche“ in das Strafgesetzbuch einfügen. Mit ihr ließe sich einerseits angemessen auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation reagieren, andererseits kann dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden

Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung  
Rechnung getragen werden.

## **8. Schlussbetrachtung**

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 Vorschläge für Regelungen greifen im Wesentlichen die bisherigen Vorgaben der in Anlage D zur RiStBV abgedruckten gemeinsamen Richtlinien der Innen- und Justizminister auf, teilweise knüpfen sie an die bereits bestehenden Regelungen für Verdeckte Ermittler an, die sich in der Praxis bewährt haben.

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.

**Michael Bimler**  
**(Geschäftsführer)**

**Birgit Heß**  
**(Vorsitzende)**

## **Anlage Zusammenfassung**

Die Beschlüsse der Strafrechtskommission werden wie folgt zusammengefasst:

### **A. Thesen zu V-Personen**

#### **These 1:**

Die Kommission hält die augenblickliche Regelung für den Einsatz von V-Personen und die Inanspruchnahme von Informanten über die General Klausel des § 163 StPO verbunden mit den Richtlinien (entsprechend der Anlage D zur RiStBV) für normativ - im Sinne von verfassungsrechtlich geboten - ausreichend.

Dafür: 5 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 3

#### **These 2:**

Die Kommission empfiehlt, den Einsatz von V-Personen und Informanten bereichsspezifisch gesetzlich zu regeln.

Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

#### **These 3:**

Eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung sollte sich an den nachfolgenden Thesen der Kommission orientieren.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

#### **These 4:**

Die Kommission stellt fest, dass die in den bisherigen RiStBV dargestellten Verfahrensregelungen, sofern sie nicht in eine gesetzliche Regelung übertragen werden, dort inhaltlich verbleiben sollten.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

#### **These 5:**

Die Kommission regt an, die Bestimmungen der RiStBV zu V-Personen und Informanten in den Bundesländern einheitlich zu regeln und sie auch für den Bund in Kraft zu setzen.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

#### **These 6:**

Eine V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten, in der Regel auf längere Zeit, vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 7:**

Ein Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.

Dafür: 7 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 0

**These 8:**

Die Voraussetzungen für die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung sollten in einem abschließenden Straftatenkatalog geregelt werden.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

**These 9:**

Als Voraussetzung für die Zusicherung sollte auf den gesetzlich eingeführten Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung (vgl. §§ 110a, 100g StPO) zurückgegriffen werden.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

**These 10:**

Als Voraussetzung für die Zusicherung der Geheimhaltung sollte auf eine Beschreibung zurückgegriffen werden, die sich an Ziff. 3.1 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV orientiert.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

**These 11:**

Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Dafür: 3 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 0

**These 12:**

Jedenfalls V-Personen dürfen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Dafür: 6 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 1

**These 13:**

Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Informationen der Anfangsverdacht erst begründet würde.

Dafür: 6 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 2



**These 14:**

Einem Informanten darf Vertraulichkeit nur zugesichert werden, wenn dieser bei Bekanntwerden seiner Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte; die Maßgaben des § 68 StPO allein erweisen sich als nicht ausreichend.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

**These 15:**

Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 16:**

Betreffend die Geheimhaltung der Identität der V-Person ist die Kommission der Ansicht:

Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.

Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird,
- die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht,
- sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt,
- die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht oder
- die V-Person sich sonst als unzuverlässig erweist.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

**These 17:**

Betreffend die Zusicherung der Vertraulichkeit des Informanten ist die Kommission der Ansicht:

Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Geheimhaltung gebunden.

Die Geheimhaltung ist grundsätzlich aufzuheben, wenn

- die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird oder
- sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

**These 18:**

Auf den möglichen Wegfall der Bindung an die Zusicherung ist die V-Person/der Informant vor jeder Zusicherung hinzuweisen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 19:**

Betreffend die Frage des Betretens von Wohnungen durch die V-Person vertritt die Kommission die Ansicht:

Die V-Person darf eine Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 20:**

Das Einverständnis darf nicht durch Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 21:**

Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Anordnung der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 1 / Dagegen: 7 / Enthaltung: 1

**These 22:**

Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren unter Zusicherung der Geheimhaltung gezielt eingesetzt werden, so bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 7 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 2

**These 23:**

Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; der Einsatz der V-Person ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Werktagen zustimmt.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 24:**

Die Zustimmung zum Einsatz einer V-Person ist schriftlich zu erteilen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 25:**

Vor der Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Besteht Gefahr im Verzug und kann die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 26:**

Die Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist schriftlich zu erteilen.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 27:**

Bei der Zusicherung von Geheimhaltung/Vertraulichkeit ist die Staatsanwaltschaft nicht berechtigt, von der Polizei Auskunft über die Identität der V-Person/des Informanten zu verlangen.

Dafür: 0 / Dagegen: 9 / Enthaltung: 0

**These 28:**

Die Staatsanwaltschaft kann verlangen, dass die Identität einer V-Person/eines Informanten ihr gegenüber offenbart wird.

Dafür: 1 / Dagegen: 6 / Enthaltung: 2

**These 29:**

In begründeten Ausnahmefällen unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft auch über die Identität des Informanten/der V-Person. Vertraulichkeit/Geheimhaltung ist zu gewährleisten.

Dafür: 4 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 2

**These 30:**

Ein Richtervorbehalt ist aus Rechtsgründen nicht geboten.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 31:**

Ein Richtervorbehalt begründet hier kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 32:**

Eine richterliche Kontrolle im Rahmen eines „in-camera-Verfahrens“ (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO) ist nicht sachgerecht.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 1

**These 33:**

Der Hinweis, dass die Identität der V-Person bzw. des Informanten auch nach Abschluss des Verfahrens geheim zu halten ist, ist entbehrlich, weil dies eine Selbstverständlichkeit ist.

Dafür: 8 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

**These 34:**

Die Kommission regt an, in der RiStBV Mindeststandards für den Inhalt des von der Staatsanwaltschaft und der Polizei anzufertigenden Vermerks über das Gespräch nach Nr. 5.6 des Abschnitts I der Anlage D zur RiStBV zu formulieren.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 35:**

Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Einsatz einer Vertrauensperson ist zu befristen. Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.

Dafür: 5 / Dagegen: 3 / Enthaltung: 1

**These 36:**

Einer Benachrichtigung des Betroffenen/der Betroffenen bedarf es zu keinem Zeitpunkt.

Dafür: 9 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 37:**

Wenn die Staatsanwaltschaft eine Zustimmung zum Einsatz einer V-Person oder zu einer Zusage der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten erteilt hat, liegt die Entscheidungskompetenz über eine Rücknahme einer Vertraulichkeitszusage bei der Staatsanwaltschaft.

Dafür: 4 / Dagegen: 2 / Enthaltung: 3

**These 38:**

Es sollte eine gesetzliche Regelung entsprechend der des § 110b Abs. 3 S. 3 StPO auch für V-Personen und Informanten geschaffen werden.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**B. Thesen zu Tatprovokation****These 1:**

Zum Begriff der Tatprovokation vertritt die Kommission die Ansicht: Eine rechtsstaatswidrige bzw. konventionswidrige polizeiliche Tatprovokation liegt dann vor, wenn sich die beteiligten Ermittlungspersonen nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass sie zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie ohne die Einwirkung nicht begangen hätte, und zwar mit dem Zweck, diese Straftat nachzuweisen, also Beweise für sie zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 2:**

Die Kommission vertritt weiter die Ansicht, dass es auch erlaubte Formen einer tatmotivierenden staatlich gesteuerten Einwirkung auf Betroffene (zulässige Tatmotivierung) geben kann.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 3:**

Die Abgrenzung zwischen rechtsstaatswidriger Tatprovokation und zulässiger Tatmotivierung ist einzelfallabhängig. Die Kommission stellt fest, dass in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und EGMR hierzu taugliche Abgrenzungskriterien aufgestellt worden sind.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 4:**

Der Begriff der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bedarf deshalb keiner gesetzlichen Definition.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 5:**

Dagegen vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation gesetzlich geregelt werden sollten.

Dafür: 7 / Dagegen: 1 / Enthaltung: 0

**These 6:**

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernis führen kann.

Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0

**These 7:**

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.

Dafür: 0 / Dagegen: 8 / Enthaltung: 0

**These 8:**

Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf der Rechtsfolgenebene berücksichtigt wird.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 9:**

Aufgrund des unterschiedlichen denkbaren Gewichts der Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation und der begangenen Tat ist einerseits eine Strafmilderung nicht in allen Fallkonstellationen als Reaktion ausreichend.

Andererseits ist aber auch nicht in allen denkbaren Fällen ein Absehen von Strafe geboten.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 10:**

Deswegen ist die Kommission der Ansicht, dass im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Rechtsfolgenverweis auf § 49 Abs. 1 StGB nicht allen Fallkonstellationen gerecht werden kann.

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0

**These 11:**

Die Kommission schlägt daher folgende gesetzliche Regelung vor: „Im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB) oder von Strafe absehen.“

Dafür: 8 / Dagegen: 0 / Enthaltung: 0