

Peter Holzwarth
Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Stuttgart

19.3.2021

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

1. Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln

BT – Drucksache 19/25248

2. Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen

BT – Drucksache 19/25352

I. Zur Person

Seit 1994 im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg

1994 Richter am Amtsgericht Heilbronn

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

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

2002 – 2005 Abordnung an die Bundesanwaltschaft Karlsruhe

2005 Abordnung an die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart

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

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

II. Zur Sache

Vorbemerkung:

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

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

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

1.

Eigene Thesen

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

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

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

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

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

2.

Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln, BT -

Drucksache 19/25248

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

a)

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

b)

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

c)

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

d)

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

e)

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

f)

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

g)

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

h)

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

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

i)

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

j)

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

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

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

k)

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

l)

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

m) (Antrag Ziffer 2)

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

n) (Antrag Ziffer 3)

Bundesweit harmonisierte Rechtsgrundlagen sind selbstverständlich stets zu begrüßen.

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

Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft ausreichend und zweckmäßig sein.

3.

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

Zu den Forderungen im Antrag (in der dortigen Reihenfolge)

a) (Antrag Ziffer 1)

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

b) (Antrag Ziffer 2)

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

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

Peter Holzwarth