

BDK | Wollankstraße 135 | D-13187 Berlin

Bundesministerium der Justiz Referat R B 3 Mohrenstraße 37, D-10117 Berlin

per Mail:

<u>Poststelle@bmj.bund.de</u> <u>gesetzentwurf_stpo@bmj.bund.de</u>

Bundesvorsitzender

Ansprechpartner/in: Denny Vorbrücken Funktion: Sprecher FK Recht

E-Mail: denny.vorbruecken@bdk.de Telefon: +49 30 2463045-0

Datum: 22.01.2024

Stellungnahme des Bund Deutscher Kriminalbeamter e.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation

Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren,

der vorgelegte Referentenentwurf überzeugt in weiten Teilen nicht. Der angenommene gesetzgeberische Handlungsbedarf besteht, außer der Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung des Kernbereichsschutzes (dazu BVerfG, Beschluss v. 09.12.2022, 1 BvR 1345/21, ZD 2023, 346 ff.), nicht.

Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil v. 16.12.2021, 1 StR 197/21, NStZ 2023, 243; BGH, Urteil v. 05.07.2023, 5 StR 17/23, NStZ-RR 2023, 282; vgl. dazu auch Schneider, Voraussetzungen und Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, NStZ 2023, 325) zu den Voraussetzungen und Wirkungen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bietet bereits eine sichere Grundlage für rechtsstaatliches Agieren von Verdeckten Ermittlern und Ermittlerinnen (VE) und Vertrauenspersonen. Einer, im Übrigen ersichtlich unvollständigen, gesetzlichen Regelung der Problematik (§ 110c StPO-E) bedarf es daher nicht.



Der Bundesgerichtshof hat erst vor kurzem (vgl. BGH, Urteil v. 15.02.2023, 2 StR 270/22, Rn. 20 ff., NStZ 2023, 560 mit zust. Anm. Soiné unter Hinweis auf BGH, Beschluss v. 13.05.1996, GSSt 1/96, NJW 1996, 2940, 2942 f.) die Rechtmäßigkeit des auf die Generalklauseln der §§ 161 Abs. 1 Satz 1, 163 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützten Einsatzes von Vertrauenspersonen bestätigt, demnach die Notwendigkeit einer speziellen gesetzlichen Regelung erneut verneint und zugleich die für VE wie für Vertrauenspersonen geltenden rechtsstaatlichen Grenzen ihres Einsatzes im Einzelnen dargelegt. Auch dies stellt eine hinreichende Grundlage und Orientierung für den Einsatz dar, weshalb es der Regelung des § 110b StPO-E im Wesentlichen nicht bedarf.

Die in diesem Zusammenhang von der Entwurfsbegründung ohne weitere Nachweise behauptete "Uneinheitlichkeit" der Rechtsprechung zum Einsatz von V-Personen (Bl. 14 der Begründung) ist nicht ersichtlich.

Der Gesetzesentwurf zeugt daher von einem tiefen Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Die gesetzesbegründenden Einzelfälle werden ohne Evidenz vorgetragen.

Die geplante Neuregelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen wird dem gegenüber ein rechtsstaatlich, seit Jahrzehnten bewährtes und auch vom Bundesverfassungsgericht als wesentlich für eine effektive Strafrechtspflege anerkanntes Mittel der Sachverhaltsaufklärung (vgl. BVerfG, Beschluss v. 16.12.2020, 2 BvE 4/18, Rn. 104 ff., NVwZ 2021, 628 ff.; BVerfG, Beschluss v. 13.06.2017, 2 BvE 1/15, Rn. 110 ff., NVwZ 2017, 1364 ff.) in Praxis ohne Not deutlich einschränken und in der praktischen Handhabung erheblich verkomplizieren sowie eine deutliche Gefährdung der betroffenen Vertrauenspersonen zur Folge haben.

Die Notwendigkeit einer anfänglichen und fortlaufenden gerichtlichen Kontrolle des Einsatzes von Vertrauenspersonen besteht nach hiesiger Einschätzung nicht.

Es besteht kein Anlass, aufgrund eines Einzelfalls ("VP 01") hieran etwas zu ändern. Die seitens des BMJ beschworene bzw. sogar als gegeben unterstellte Gefahr einer Umgehung von strengeren Vorgaben für den Einsatz von VE durch den Einsatz von Vertrauenspersonen wird seitens des BDK nicht gesehen. Wie die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil v. 15.02.2023, 2 StR 270/22, NStZ 2023, 560) zur Rechtmäßigkeit von VP-Einsätzen und zur Verwertbarkeit vernehmungsähnlicher Gespräche aus dem Jahr 2023 aufzeigt, gibt es im Wesentlichen einen Gleichlauf der Anforderungen, der eine Umgehung der §§ 110a ff. StPO verhindert (vgl. auch Soiné, NStZ 2023, 563, 564 f.).



Der von dem Referentenentwurf behauptete "angemessene Ausgleich" zwischen dem Interesse am Schutz der Vertrauensperson und den gerichtlichen Aufklärungsinteressen wird durch die Regelungen des Entwurfs nicht gewährleistet.

Bereits die dem Entwurf zugrunde liegende These, dass besonders bei verdeckten Maßnahmen Transparenz wichtig sei (Bl. 19 des Entwurfs), erscheint doch im krassen Gegensatz zum Schutz der Vertrauensperson zu stehen.

Die bisherige Praxis der Vernehmung des V-Personen-Führers oder der Führerin in der Hauptverhandlung, dem ggf. zum Schutz der Vertrauensperson nur eine eingeschränkte Aussagegenehmigung erteilt wird, hat sich bewährt.

Durch die angedachte Neuregelung wird der Kreis der mit der höchst sensiblen Thematik befassten Personen erheblich erhöht. Es werden zahlreiche Richterinnen und Richter, Wachtmeisterinnen und Wachtmeister und sonstige Justizbeschäftigte mindestens alle drei Monate mit den bislang als VS-NfD eingestuften, in aller Regel von Hand-zu-Hand gesteuerten Vorgängen befasst. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass in der Regel verschiedene Ermittlungsrichterinnen und Richter an verschiedenen Wochentagen im Einsatz sind und die Notwendigkeit der unverzüglichen Einholung einer Zustimmungserklärung auch hinsichtlich neu hinzugekommener Beschuldigter dazu führen wird, dass zahlreiche Personen in einem Verfahren auch in kürzerem Abstand als drei Monate mit der Sache betraut sein würden.

Im Übrigen ist die Befristung des VP-Einsatzes auf maximal drei Monate (§ 110b Abs. 3 Satz 5 StPO) schon deshalb bedenklich, weil es eine solche Höchstfrist für den Einsatz von VE nicht gibt.

Die aus den Lagebildern OK ableitbaren Angaben zu den jeweiligen Verfahrensdauern geben keine Hinweise darauf, dass eine VP derart lange in einem Einsatz gegen eine bestimmte Zielperson gearbeitet hat, dass ein Risiko für Verletzung des Kernbereichs aufgrund der Einsatzdauer bestanden hat.

Die Annahme ist mindestens lebensfremd und zeugt von einem grundsätzlichen falschen Verständnis über das Wesen von OK-Lagebildern.

Das der Gesetzgeber hier den Schutz von Leib und Leben von VP als Motiv für die Normierung der Einsatzdauer vorträgt, überzeugt in der Praxis nicht.



Eine Gefährdung kann schon nach einem Tag vorliegen oder erst nach Wochen oder selbst nach Monaten nicht. Eine gesetzlich normierte Zeitspanne sagt nichts über eine Gefährdung aus.

Die mit der Führung von VP befassten Dienststellen der Kriminalpolizei sind eigenständig in der Lage, die Gefährdung der VP zu prüfen und entsprechende Maßnahmen zum Schutz der VP daraus abzuleiten. Ein gesetzgeberischer Impuls ist hier überflüssig. Auch wenn alle Tatbestände der Limitierung des Einsatzes von VP als Soll-Vorschriften normiert werden sollen, bedarf es einen hohen Begründungsaufwand und insbesondere einen fortlaufenden Darstellungsaufwand in einsichtsfähige Ermittlungsakten.

Dies führt zu der Gefahr, dass VP enttarnt werden könnte und nicht die Dauer des Einsatzes.

Zu § 110 a StPO:

Insoweit handelt es sich – mit Ausnahme der Absätze 5 und 6 – lediglich um redaktionelle Änderungen. Die bislang in den Normen der §§ 110 a bis 110 c StPO enthaltenen Regelungen sind nunmehr in § 110 a StPO übernommen worden. Die Absätze 5 und 6 sind Ausfluss der Entscheidung des BVerfG vom 09.12.2022 zu dem SOG Mecklenburg- Vorpommern.

Der Gesetzgeber hat insoweit lediglich die Vorgaben des BVerfG normiert.

Zu § 110 b StPO

Es entspricht wie ausgeführt jahrzehntelanger Billigung durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG, dass bzgl. des Einsatzes von VP die §§ 161, 163 StPO als Ermächtigungsgrundlage ausreichend sind. Aufgrund der o.g. Entscheidung des BVerfG ist es allenfalls erforderlich, die Kernbereichsproblematik entsprechend der Neuregelung in den Abs. 5 und 6 des § 110 a StPO gesetzlich zu normieren. Dies zwingt allerdings nicht dazu, den Einsatz von VP generell gesetzlich zu normieren. Es wäre völlig ausreichend, die Regelung des § 100 d StPO entsprechend zu ergänzen.

In § 110 b Abs. 1 StPO wird die Definition der VP in den Richtlinien trotz etwas abweichender Formulierung inhaltsgleich übernommen.

In § 110 b Abs. 2 werden die Straftaten aufgeführt, bei denen der Einsatz einer VP erfolgen darf. Diese Regelung stimmt weitestgehend mit der Regelung in § 110 a überein. Der Einsatz einer VP dürfte aufgrund der Regelung in Abs. 2 Satz 2 auch weiterhin mithin auch im Bereich der mittleren Kriminalität möglich sein. Jedenfalls enthält diese Regelung keine Einschränkung der bislang



schon in Nr. 3.1 b der Richtlinien vorgesehenen Möglichkeit des Einsatzes. Dies ergibt sich auch eindeutig aus der Gesetzesbegründung.

Es besteht jedoch ein Widerspruch bzgl. der Verdachtslage. Nach Abs. 2 reichen für den Einsatz zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, d.h. ein einfacher Anfangsverdacht aus. Diese Regelung steht jedoch in Widerspruch zu Abs. 3 S.9, wonach sowohl in der schriftlichen Anordnung als auch in einem Verlängerungsbeschluss einzelfallbezogen die bestimmten Tatsachen, die den Verdacht begründen, anzugeben sind. "Bestimmte Tatsachen" hinsichtlich der Verdachtslage sind Voraussetzung einiger strafprozessualer Maßnahmen, wie z.B. bei dem großen Lauschangriff. Diesbezüglich gehen sowohl das BVerfG als auch die Obergerichte davon aus, dass ein einfacher Anfangsverdacht nicht ausreicht, um den Anforderungen des Vorliegens "bestimmter Tatsachen" zu genügen. Es muss vielmehr eine Verdachtslage gegeben sein, die über das Vorliegen eines Anfangsverdachts hinausgeht. Als Tatsachenbasis müssen nämlich insoweit konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände vorhanden sein.

Es erscheint aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG und der Obergerichte auch nicht geboten, bzgl. der Anordnung eines VP-Einsatzes einen Richtervorbehalt einzuführen.

Dieser Umstand bringt eindeutig das bestehende Misstrauen gegenüber den Ermittlungsbehörden zum Ausdruck.

Die Ausgestaltung des Richtervorbehalts wird in der Praxis, neben eine Gefährdung des Einsatzes durch regelmäßiges verschieben der Akten über einen nicht überschaubaren Personenkreis, auch dazu führen, dass die richterliche Anordnung den Charakter einer bloßen Beurkundung hat.

Denn ausweislich der Regelung in Abs. 10 kann auch der zuständige Ermittlungsrichter oder die Ermittlungsrichterin keine Angaben zur Identität der VP verlangen. Er oder sie hat mithin nicht im Ansatz eine erfolgversprechende Möglichkeit, die Darlegung der Einsatzvoraussetzungen durch die Polizei eigenständig zu prüfen.

Es ist ihm nur möglich, die einzelnen Voraussetzungen für den Einsatz auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen. Er oder sie hat allerdings keinerlei Möglichkeit, insbesondere polizeiliche Bewertungen bzgl. der Geeignetheit der VP, kritisch zu hinterfragen.

In derartigen Fällen, in denen dem Richter oder der Richterin aus tatsächlichen Gründen eine Überprüfung unmöglich ist, erscheint ein Richtervorbehalt als reine Farce.



Der Einsatz von VP ist zur Aufklärung einer Vielzahl von gravierenden Straftaten dringend erforderlich. Die VP sind zu einer Mithilfe bei der Aufklärung nur deshalb bereit, weil ihnen der Staat Geheimhaltung ihrer Identität zusichert. Dies erfolgt i.d.R. seitens des Staates auch nur dann, wenn nach umfangreicher Bewertung die Enttarnung einer VP ausgeschlossen erscheint. Die gesetzliche Neuregelung lässt erhebliche Zweifel aufkommen, ob aufgrund der vorzunehmenden umfangreichen Dokumentationen überhaupt noch gelingen kann, eine VP hinreichend zu schützen. Jedenfalls wird aber aufgrund der geplanten Neuregelung die Bereitschaft von Personen, eine Tätigkeit als VP zu entfalten, erheblich zurückgehen.

Bislang sind die Unterlagen die VP betreffend in den Generalakten abgelegt worden. Nunmehr gilt die Regelung in § 101 StPO auch für den Einsatz von VP. Danach sind die Entscheidungen und sonstigen Unterlagen bei der Staatsanwaltschaft zu verwahren. Hierunter fallen nach der Gesetzesbegründung auch alle Quellvernehmungen und Vermerke über die Befragung. Zu den Akten sind sie erst zu nehmen, wenn die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung nach Abs. 5 erfüllt sind. Es ist in einem frühen Stadium der Ermittlungen noch gar nicht absehbar, ob die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung jemals eintreten werden.

Es kommt hinzu, dass eine Quellvernehmung bzw. ein polizeilicher Vermerk über eine Befragung einer VP nebst sonstigen Ermittlungsergebnissen oftmals erst in der Gesamtschau geeignet sind, eine hinreichende Grundlage für die Beantragung strafprozessualer Maßnahmen zu sein.

Wie kann dies zukünftig geschehen, wenn die Unterlagen zunächst bei der Staatsanwaltschaft gesondert verwahrt werden?

Wie will ein Gericht beurteilen, ob ein Anfangsverdacht vorliegt?

Ein weiteres Einfallstor ist die Regelung in Abs. 5. Im Gegensatz zu der allgemeinen Regelung ist bei der Vernehmung von VP eine wörtliche Protokollierung der Regelfall, sofern nicht die Gefahr einer Enttarnung besteht.

Die wörtliche Protokollierung birgt allerdings ein erhebliches Enttarnungsrisiko und sollte auf jeden Fall verhindert werden. Und es seien erhebliche Zweifel angebracht, ob dieser Umstand in der Praxis dazu führen wird, den Angaben der VP größeren Glauben zu schenken.

Ein Einsatz einer VP ist nicht zulässig, wenn die in Abs. 6 genannten Umstände vorliegen. Teilweise handelt es sich um Umstände, die bereits in den Richtlinien aufgeführt gewesen sind.



Erforderlich ist es aber auch, dass die Geld- oder Sachzuwendungen für den Einsatz nicht auf Dauer die wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellen.

Wie soll die diesbezügliche Dokumentation aussehen? Muss man dies konkret darlegen?

Muss man die sonstigen Einkünfte der Höhe nach oder aber jedenfalls ihrer Art nach Bürgergeld, nichtselbständige Arbeit, selbstständige Arbeit darlegen?

Klar muss insoweit sein, dass mit jeder weiteren Konkretisierung ein Mosaikstein zur Enttarnung geliefert wird.

Nach Abs. 7 ist eine Prüfung der Zuverlässigkeit und der wirtschaftlichen Lebensgrundlage erforderlich. Wie soll diesbezüglich ein polizeilicher Vermerk gefasst werden?

Im Hinblick auf gerichtliche Überprüfungsmöglichkeiten, ob die Voraussetzungen für den VP-Einsatz überhaupt vorgelegen haben und auch alles umfassend geprüft worden ist, **erscheint es kaum ausreichend, in einem Vermerk darzulegen, dass die VP in wirtschaftlich geordneten Verhältnissen lebt und demnach zuverlässig ist.** Man wird dies mit Fakten belegen müssen. Jedes Detail ist eine weitere Schwachstelle und birgt die erhebliche Gefahr einer Enttarnung.

Soweit die fortlaufende Überprüfung der Zuverlässigkeit nunmehr gesetzlich normiert werden soll, sei nur am Rande erwähnt, dass dies schon immer selbstverständlich ist. Denn das Bestreben der Ermittlungsbehörden ist ohne jede Einschränkung immer darauf ausgerichtet gewesen, verwertbare Beweismittel zu erlangen.

Welcher Sinn darin bestehen soll, eine gesonderte Begründung des Einsatzes von VP zu verlangen, falls dessen aktive Einsatzzeit fünf Jahre übersteigt, erschließt sich ebenfalls nicht, zumal gerade bei diesen VP aufgrund der langen Einsatzdauer die Zuverlässigkeit doch hinreichend belegt sein dürfte.

Der Begriff Mehrfacheinsätze ist unbestimmt. Bereits dem Wortlaut nach ist schon der 2. Einsatz ein Mehrfacheinsatz. Diese Auslegung erscheint auch nach der Gesetzesbegründung naheliegend.

In Abs. 8 werden in Teilbereichen die Richtlinien übernommen. Die Begrenzung der Einsatzzeit auf 10 Jahre macht aus den oben dargelegten Gründen auch keinen Sinn.

Im Übrigen hätte der Gesetzgeber konsequenterweise auch Regelungen treffen müssen, wie konkret im Falle einer Beteiligung an der verfahrensgegenständlichen Tat zu verfahren ist.



Ist der Einsatz als VP dann offenzulegen und sind die Personalien aktenkundig zu machen?

Die seitens des Gesetzgebers angegebene Begründung, die Geheimhaltungspflicht bestehe auch in diesen Fällen fort, wenn der Untersuchungszweck oder Leib, Leben, Freiheit oder bedeutende Vermögenswerte der Vertrauensperson gefährdet sind, überzeugt nicht. Einer Gefährdung des Untersuchungszweck kann durch die Gewährung nur beschränkter Akteneinsicht zumindest für einen gewissen Zeitraum abgewendet werden. Im Übrigen gebieten Aktenwahrheit und Aktenklarheit sowie der Grundsatz des "fair trial", dass der Umstand einer Tatbeteiligung der VP zeitnah aktenkundig gemacht wird, es sei denn der Untersuchungszweck wäre tatsächlich gefährdet. Das allerdings im Falle einer Enttarnung einer VP Gefahren für Leib und Leben entstehen können, liegt auf der Hand. Dies kann jedoch nicht zu Lasten der Beschuldigten gehen. Insoweit müsste die Polizei aus Gründen der Gefahrenabwehr tätig werden.

Die Regelung in Absatz 10 ist völlig unbestimmt. Welche Angaben können bzgl. der Zulässigkeit des Einsatzes verlangt werden? Reicht ein polizeilicher Vermerk als "Persilschein" aus oder müssen tatsachenfundierte Überprüfungsergebnisse ggf. detailliert dargelegt werden?

Es steht im Übrigen zu erwarten, dass es auch in Zukunft regelmäßig zur Abgabe einer Sperrer-klärung gemäß § 96 StPO bzgl. der VP kommen wird. In der Hauptverhandlung wird sodann i.d.R. wiederum nur die VP-Führerin oder der VP-Führer zur Verfügung stehen. Wir wagen die Prognose, dass es insbesondere in den Fällen der Konfliktverteidigungen in Zukunft regelmäßig zu mehrtägigen Vernehmungen der VP-Führung zur Zulässigkeit des Einsatzes und zur Zuverlässigkeit der VP kommen wird. Das eigentliche Tatgeschehen wird insoweit immer weiter in den Hintergrund treten.

Zu § 110 c StPO:

Das Verleiten zu einer Straftat und einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation sind Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen des EuGH und der nationalen Gerichte gewesen. Der nunmehr vorliegende Entwurf über das "Verleiten zu einer Straftat" bzw. die "rechtsstaatswidrige Tatprovokation" enthält zu viele ungenaue oder interpretationsfähige Begrifflichkeiten, wie "hinreichende Anhaltspunkte", "ohne erhebliches Einwirken", "angemessenes Verhältnis", "aussichtslos", die eine Rechtsklarheit, die entsprechend der Regelungsbegründung beabsichtigt ist, nicht herbeiführen kann.



Es wird von Seiten der Gerichte stets eine Prüfung des Einzelfalls anhand unserer rechtsstaatlichen und grundgesetzlich normierten Maßstäbe erfolgen müssen, inwiefern die Verleitung bzw. die rechtsstaatswidrige Provokation zu einer Straftat vorgelegen hat und wie damit in der Rechtsfolge umzugehen ist. Die deutsche und europäische Rechtsprechung hat diesbezüglich bereits umfangreiche Grundsätze entwickelt, die einen ausreichenden Prüfungsmaßstab bilden.

Einer Regelung, wie im vorliegenden Entwurf präsentiert wird, bedarf es daher nicht. Vielmehr wird diese aufgrund der ungenauen Ausformulierung weitere Fragen aufwerfen und ohnehin durch die Rechtsprechung "interpretiert" werden müssen.

Auch die Formulierung "in einer dem Staat zurechenbaren Weise" erscheint unglücklich, da dem ersten Anschein nach diese Regelung VE und Vertrauenspersonen zu Alleingängen geradezu motiviert werden könnten, die im Übrigen erst Recht mangels entsprechender Anordnung in der Rechtsfolge zu einer Straffreiheit der Beschuldigten führen müssten.

Durch die geforderte Dokumentation und die Möglichkeit von Vernehmungen des oder der VE, der VE-Führung oder VP-Führung bestehen hinreichende Überprüfungsmöglichkeit durch das Gericht darüber, ob die Grenzen des Zulässigen eingehalten worden sind.

Ungeachtet dessen geht die Rechtsprechung einhellig davon aus, dass Zweifel über die Einhaltung der Grenzen des Zulässigen, von dem Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation auszugehen ist.

Es erscheint daher nicht notwendig, bzgl. des Verleitens zu einer Straftat einen Richtervorbehalt zu normieren. Hinzu kommt, dass dies auch in der Praxis mit erheblichen Problemen verbunden sein dürfte. Es trifft zwar zu, dass alle Einsätze im Vorfeld abgesprochen sind. Dennoch entwickeln sich entsprechende Zusammentreffen mit den Zielpersonen oftmals äußerst dynamisch, so dass weder eine Einbindung der Staatsanwaltschaft noch des Gerichts tatsächlich möglich ist.



Ergänzend erlauben wir uns den Hinweis, dass vermeintliche Regelungslücken aufgrund von medial oder politisch skandalisierten Einzelfällen nicht das tiefe Misstrauen in die Kriminalpolizei rechtfertigen, welches hier offen zutage tritt und zu einem Gesetzentwurf führt, der die Strafverfolgung in Kriminalitätsbereichen behindern wird, bei denen der Einsatz von VP häufig die einzige Möglichkeit sind, schwere Straftaten aufzuklären.

Dirk Peglow Bundesvorsitzender Denny Vorbrücken, Sprecher der Fachkommission Recht

Day 1/1