

FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und
Europäisches Strafrecht

Universität Regensburg · D-93040 Regensburg

Bundesministerium der Justiz
Frau Ministerialrätin Rut Ley
Mohrenstr. 37
10117 Berlin

per E-Mail

Prof. Dr. Tonio Walter
Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a. D.

Sekretariat:
Telefon +49 941 943-2612
Telefax +49 941 943-1972
Universitätsstraße 31
D-93053 Regensburg

lehrstuhl.walter@jura.uni-regensburg.de
www.jura.uni-regensburg.de/walter

Referentenentwurf Gesetz V-Leute etc.

Frauenfeld, den 25. Januar 2024

Sehr geehrte Frau Ley,

zu o. g. Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

1. a) Der **Schutz des Kernbereichs** privater Lebensgestaltung – im Folgenden: Kernbereich – ist mangelhaft geregelt (§ 110a Absatz 5 StPO-V). Den Hauptmangel hat der **Ex-ante-Schutz** des Kernbereichs. Bei diesem Schutz geht es um die Frage, wann der Einsatz von V-Leuten oder Verdeckten Ermittlern – im Folgenden: V-Personen – von vornherein zu unterbleiben habe, weil die Gefahr zu groß wäre, dass Informationen aus dem Kernbereich erlangt würden. Praxisnah konkret und inhaltlich berechtigt bestimmt der Entwurf, dass V-Personen keine engsten persönlichen, insbesondere keine intimen Beziehungen zur Zielperson anknüpfen oder aufrechterhalten dürfen, um ein Vertrauensverhältnis aufzubauen oder zu erhalten. Ergänzt werden sollte das aber um das Verbot, solche Beziehungen zu Dritten aufzubauen oder fortzusetzen, um an Informationen über die Zielperson zu gelangen. Denn es geht auch darum, Eingriffe in den Kernbereich Dritter zu verhindern – wie bereits der folgenden Satz des Entwurfs zutreffend zum Ausdruck bringt („Wenn sich während des Einsatzes tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung der Zielperson *oder Dritter* eingedrungen wird ...“).

b) Mangelhaft ist die **allgemeine Definition** des Entwurfs jener Linie, jenseits deren V-Personen nicht eingesetzt werden dürfen, weil die Gefahr von Eingriffen in den Kernbereich zu groß wäre (das heißt die Gefahr, Informationen aus diesem Bereich zu erlangen, noch genauer: Äußerungen einer Person mit Inhalten aus dem Kernbereich). Der Entwurf bestimmt, der Einsatz habe „desto eher“ zu unterbleiben, „je mehr der Einsatz insgesamt von einer Nähe zum Kernbereich privater Lebensgestaltung geprägt ist“ (will sagen: wäre). Das ist ein Satz ohne Regelungsgehalt, da nirgends gesagt wird, bis zu welcher „Nähe“ der Einsatz garantiert erlaubt und/oder ab welcher Nähe er garantiert verboten wäre. Ein solcher Schwellenwert ist aber schon logisch zwingend erforderlich; ungeachtet dessen, wo hoch oder niedrig oder präzise man ihn festlegt. § 100d Absatz 1 StPO ist insoweit nicht vorbildlich, da zu eng (siehe etwa ROTTMEIER, Christian, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, Mohr Siebeck 2017, S. 146 f.). Es bietet sich an, V-Personen Ermittlungen zu untersagen, bei denen sie mit (deutlich) überwiegender Wahrscheinlichkeit Aussagen mit Inhalten aus dem Kernbereich wahrnehmen.

c) Für den **Ex-post-Schutz** des Kernbereichs (§ 110a Absatz 6 StPO-E) sollte klargestellt werden, dass Äußerungen mit Kernbereichsinformationen nicht nur nicht „verwertet“ werden dürfen (Wortlaut des § 100d Absatz 2 Satz 1 StPO), sondern auch nicht anderweitig zu „verwenden“ sind. So legt das Bundesverfassungsgericht schon jetzt den Begriff des Verwertens in § 100d Absatz 2 Satz 1 aus (BVerfGE 129, 208 [249 Rn. 220]).

2. a) Größere Mängel und Lücken weisen die Regelungen zur **Tatprovokation** auf. **Unrealistisch** ist zunächst, dass der Entwurf verlangt, die zu provozierende Tat müsse eine andere sein als jene, derentwegen bereits ein Ermittlungsverfahren laufe, und müsse zu Ermittlungsgewinnen zugunsten der Aufklärung jener anderen Tat führen (§ 110c Absatz 1 Sätze 1 und 2 StPO-E). Zwar passt dies zu der Annahme, die Tatprovokation sei eine Ermittlungsmaßnahme. Diese Annahme entspricht aber nicht der Wirklichkeit. Verlangte man tatsächlich, was der Entwurf verlangt, gäbe es kaum noch zulässige Tatprovokationen. Denn dann müsste vorab zu prognostizieren sein, dass der Zugriff bei der provozierten Tat sowie anschließende weitere Ermittlungen zur Aufklärung der provozierten Tat und zur Ermittlung sanktionenrelevanter Umstände mit Blick auf die provozierte Tat *nebenbei* Erkenntnisse liefern werden, die der Aufklärung jener anderen Tat – genauer: jenes anderen Tatverdachts – dienlich wären, derentwegen/dessentwegen das fragliche Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist.

Solche Prognosen sind denkbar; etwa wenn zu hoffen steht, man werde Hintermänner identifizieren können und werde bei Ermittlungen gegen sie dann auch Informationen zu dem Anfangsverdacht bezüglich eines früheren Geschehens erlangen. Doch sind solche Prognosen erstens nur selten möglich und sind sie zweitens bislang nie Voraussetzung einer Tatprovokation gewesen. Überhaupt haben Tatprovokationen bislang keineswegs notwendig im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen einer bestimmten anderen Tat oder wegen bestimmter anderer Taten stattgefunden. Und dementsprechend beziehen sich Verurteilungen nach einer Tatprovokation bislang fast immer – ich kenne es nicht anders – ausschließlich auf die *provozierte Tat*; und nicht auch noch auf eine zuvor begangene Tat, die man nur hat aufklären können, weil es durch den Zugriff bei der provozierten Tat und anschließende Ermittlungen ihretwegen zu weiteren die frühere Tat betreffenden Erkenntnissen gekommen wäre.

Wenn man also die bisherige Praxis im wesentlichen – rechtsstaatlich kanalisieren, aber – fort-schreiben will, dann muss der Entwurf darauf verzichten, dass die Tatprovokation voraussichtlich Erkenntnisse zu einer anderen als der zu provozierenden Tat liefern werde. Gleichwohl sollte er weiterhin verlangen, dass der zu Provozierende tatgeneigt erscheint – näher sogleich –, und das geschieht am rechtssichersten, wenn man verlangt, dass der zu Provozierende einer anderen, der zu provozierenden ähnlichen Tat (anfangs-)verdächtig sein müsse. Denn sonst wird die Tatprovo-kation bekanntlich gemäß der Rechtsprechung von EGMR und Bundesverfassungsgericht rechts-staatswidrig. Aber man muss darauf verzichten, von der Tatprovokation und ihrem Nachspiel zu verlangen, dass sie einen Aufklärungsgewinn mit Blick auf andere Taten erhoffen ließen.

b) Das verlangt kriminalpolitische Ehrlichkeit, und zwar einzugestehen, dass die Tatprovokationen nicht lediglich, wie eine Durchsuchung oder Telekommunikationsüberwachung, der Aufklärung von Straftaten dienen und gewissermaßen nur als Nebenprodukt und leider unvermeidbar zu neuer (mindestens Versuchs-)Kriminalität führen. Vielmehr ist zuzugeben, dass es darum geht, die Voraussetzungen für die Bestrafung einer Person zu schaffen, der man bislang – bis zur provozier-ten Tat – *keine* Taten nachweisen kann. Die **Legitimation** dafür liefert in erster Linie nicht das, was die Kernaufgabe des Strafrechts und Strafprozessrechts ist, also für einen gerechten Schuldausgleich zu sorgen (denn zum Zeitpunkt der Provokation steht noch keine Schuld fest, und jene Schuld, die man zu diesem Zeitpunkt vermutet, wird durch die Bestrafung der später provo-zierten Tat nicht ausgeglichen). Sondern es sind Tatprovokationen mit der Pflicht des Staates zu legitimieren, **präventiv** tätig zu werden. Es geht darum, Personen das Handwerk zu legen, die verdächtig sind, in der Vergangenheit Straftaten begangen zu haben, und verdächtig sind, *auch künftig* derartige Taten zu begehen. *Deshalb* ist als Voraussetzung von Tatprovokationen zu ver-langen, dass sie nur gegenüber „tatgeneigten“ Personen vollzogen werden (§ 110c Absatz 1 Satz 1 StPO-V: „generell zur Begehung von Taten dieser Art bereit“). Auch der Verdacht bezogen auf frühere gleichartige Taten gewinnt in diesem Zusammenhang präventive Bedeutung. Denn er ist ein Indiz für die Geneigtheit, weitere solcher Taten zu begehen.

c) Hieraus, heißt aus der primär präventiven Legitimation der Tatprovokation, folgt nicht zwin-gend, dass dem Bund insoweit die **Gesetzgebungskompetenz** fehlte. Vielmehr gestatten der Sachzusammenhang mit dem Strafverfahren und die Pflicht zur Verfahrensökonomie, die Tatpro-vokation insgesamt – Voraussetzungen und Folgen – im Strafverfahrensrecht zu regeln: Der Tat-verdacht bezüglich früherer Taten hat bereits zu einem Strafverfahren geführt, die Strafverfol-gungsbehörden sind also mit dem Fall vertraut. Ferner wird die Tatprovokation eine Erweiterung dieses Verfahrens und womöglich weitere Strafverfahren verursachen. Dass ein Sachzusammen-hang und die Pflicht zur Verfahrensökonomie Regelungen zur Gefahrenabwehr in das Strafrecht und Strafprozessrecht zieht, ist auch nichts neues. Vielmehr geschieht dies bereits in § 112a StPO (Haftgrund der Wiederholungsgefahr) sowie im gesamten Maßnahmenrecht des Strafgesetzbu-ches, vor allem im Recht der Maßregeln der Besserung und Sicherung (zur Gesetzgebungskompe-tenz des Bundes insoweit etwa BVerfGE 109, 190). Auch die geplanten Regelungen in § 110a Ab-satz 2 Satz 2 und § 110b Absatz 2 Sätze 2 und 3 StPO-E beruhen auf dieser Überlegung (Einsatz Verdeckter Ermittler bei Gefahr einer Wiederholung mutmaßlich begangener Verbrechen, Einsatz von V-Leuten bei einer solchen Gefahr oder bei der Gefahr weiterer kollektiv gefährlicher Taten).

d) Ein Mangel des Entwurfs liegt ferner darin, dass er für zu provozierende Taten nicht danach unterscheidet, ob sie sich – zumindest auch – gegen ein **Individualrechtsgut** richten oder ausschließlich gegen ein Kollektivrechtsgut. Dieser Mangel ist überaus verzeihlich, da er der gesamten Diskussion dieses Themas anhaftet. Nichtsdestoweniger hat ihn ein gutes Gesetz zu beheben. Das kann verfassungskonform nur so geschehen, dass es dem Staat grundsätzlich verboten wird, Taten zu provozieren, die Individualrechtsgüter gefährden oder schädigen. Denn dies könnte nur in dem Maße rechtens sein, wie dem gefährdeten oder gar geschädigten Bürger die Hinnahme dieser Gefährdung oder Schädigung als Sonderopfer abverlangt werden dürfte: Man nimmt dann die Güter privater Dritter in Anspruch, um dem kollektiven Interesse an Kriminalprävention zu entsprechen. Das darf nur geschehen, soweit private Dritte lediglich schwach gefährdet oder unwesentlich geschädigt werden. Hingegen bestehen keine Bedenken, wenn der Staat lediglich eigene Interessen aufs Spiel setzt oder opfert – wie es bisher in den häufigen Fällen geschieht, in denen jemand zu einem Drogendelikt provoziert wird.

e) Ein Mangel des Entwurfs liegt ferner darin, dass er bei **rechtsstaatswidriger Tatprovokation** ausnahmslos ein Verfahrenshindernis annimmt (das zudem mit einer unglücklichen Formulierung angeordnet wird; unglücklich, weil sie eher an einen materiellrechtlichen Strafausschlussgrund denken lässt). Zwar gibt dies die Rechtsprechung des EGMR so gut wie vor. Jedoch übersieht dabei auch der EGMR, dass er zugleich in bestimmten Fällen einen Anspruch des Opfers oder seiner Angehörigen auf eine Strafverfolgung des Täters annimmt; das Bundesverfassungsgericht hat sich dem angeschlossen (näher zur Rechtsprechung des EGMR und mit Nachweisen etwa T. WALTER / C. RETZAK NSTZ 2023, 513 ff.). Wo es aber einen solchen Anspruch gibt, kann er nicht ohne weiteres mit der Begründung vom Tisch gewischt werden, es bestehe wegen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis. Denn mit der Tatprovokation haben das Opfer und seine Angehörigen nichts zu tun. Warum sollten dann sie und ihr Verfolgungsanspruch darunter leiden? Haben sie also einen solchen, so kann selbst eine rechtsstaatswidrige Provokation kein Verfahrenshindernis zur Folge haben. Vielmehr ist dann lediglich bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, dass der Täter provoziert worden ist und sich also nicht aus völlig freien Stücken und eigener Initiative zur Tat entschlossen hat (das ist allerdings ein Milderungsgedanke, der für alle Anstiftungsfälle Geltung beansprucht; unabhängig davon, wer angestiftet hat, ob dies also der Staat gewesen ist oder ein Privater). Ferner sind diejenigen zur Verantwortung zu ziehen, die das Rechtsstaatswidrige verschuldet haben (Dienstrecht, Arbeitsrecht ...).

Auch für andere Fälle fragt sich, warum eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation überhaupt zu einer Einstellung des Verfahrens führen sollte. Denn es fragt sich, warum ein Straftäter, dessen Schuld offen zutage liegt, davon profitieren sollte, dass der Staat einen Fehler gemacht hat. Staatliche Fehler müssen Folgen haben, ja. Aber wieso sollten Straftäter von ihnen profitieren? Allerdings wird auch das deutsche Recht kaum anders können, als die Rechtsprechung des EGMR zur Geltung zu bringen. Jedoch mahnt deren straftheoretische Windschiefe dazu, dies zurückhaltend und mit Augenmaß zu tun.

f) Ist eine Tatprovokation nicht rechtsstaatswidrig, aber gleichwohl fehlerhaft, etwa weil zu Unrecht eine Eilkompetenz in Anspruch genommen oder eine intime Beziehung begründet wurde („**einfache Fehlerhaftigkeit**“), so liegt es nahe, das allgemeine Fehlerfolgenregime zum Zuge kommen zu lassen, das ist in der Praxis die Abwägungslehre des Bundesgerichtshofs. Sinnvoll weil

rechtssicherer erscheint es, insoweit zumindest punktuell gesetzliche Vorgaben zu machen; zum Beispiel ein Verwertungsverbot anzuordnen, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Richtervorbehalt vorsätzlich oder grob fahrlässig missachten.

Mit freundlichen Grüßen

T. Walter