DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

zu dem Referentenentwurf zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation

Stellungnahme Nr.: 1/2024 Berlin, im Januar 2024

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.
- RA Kai Kempgens, Berlin
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Prof. Dr. Ali B. Norouzi, Berlin (stellv. Vorsitzender)
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatterin)
- RA Martin Rubbert, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der Geschäftsstelle

- RAin Tanja Brexl, Geschäftsführerin
- RAin Evelyn Westhoff, LL.M., Referentin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Mit dem vorgelegten Referentenentwurf soll der Einsatz von Verdeckten Ermittlern, Vertrauenspersonen sowie die Tatprovokation kodifiziert werden. Dieser Schritt ist seit vielen Jahren überfällig und wird vom DAV grundsätzlich begrüßt. Im Wesentlichen wird in dem neu gefassten § 100a StPO-E der Einsatz des verdeckten Ermittlers geregelt, in dem inhaltlich völlig neu gestalteten § 100b StPO-E der Einsatz der Vertrauensperson und in § 100c StPO die Tatprovokation.

Der DAV begrüßt

- insbesondere die Einführung eines Richtervorbehalts in § 110b Abs. 3 StPO-E für den Einsatz von Vertrauenspersonen als wichtige Maßnahme zur Sicherung rechtsstaatlicher Prinzipien sowie
- grundsätzlich das Aufstellen von Regeln für die Auswahl einer Vertrauensperson sowie über die Zulässigkeit des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson.

Kritisch sieht der DAV die folgenden Regelungen des Entwurfs:

- Die Vermeidung von festen Ausschlussregeln bei der Auswahl einer Vertrauensperson und der Fortsetzung ihres Einsatzes.
- Die gegenüber der aktuellen Rechtslage geringe Verbesserung der Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, relevante Informationen für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Vertrauensperson zu erhalten.
- Die Aufrechterhaltung der Beschränkung der Informationsgewinnung durch die weiterhin vorgesehene Möglichkeit einer Sperrerklärung gemäß § 96 StPO.

- Das Nichtvorliegen einer Beweislastumkehr für den Fall, dass der Beschuldigte das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vorträgt und für sich ein Verfahrenshindernis in Anspruch nimmt.
- Die Nichthaftung des Staates durch Anerkennung und Implementierung eines Verfahrenshindernisses in Fällen mittelbarer Tatprovokation.

Der DAV hat mit seiner Stellungnahme Nr. 35/2021 vom Mai 2021 anlässlich des damaligen Antrags diverser Abgeordneter und der FDP mit dem verheißungsvollen Titel „Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln“[1] einen eigenen Gesetzgebungsvorschlag auf den Weg gebracht. Hierin sind Regelungsvorschläge zu den interessierenden Fragen enthalten. Hierauf darf der DAV verweisen.

Zu der Kritik am vorliegenden Entwurf im Einzelnen:

1. Kriterien für die Auswahl der verdeckten Ermittler

§ 110b Abs. 6 StPO-E enthält unter Nr. 1 die Regelung, wann eine Person nicht als Vertrauensperson eingesetzt werden „darf“ und in Nr. 2 Regelungen dazu, wann eine Person nicht eingesetzt werden „soll“. Nicht enthalten ist als genereller Ausschlussgrund die Vorstrafensituation der Person, die in den Rahmen einer allgemeinen Zuverlässigkeitsprüfung der Person in § 110b Abs. 7 StPO-E verlegt wird. Auch erfolgt in letzter Konsequenz eine Eröffnung weiteren Entscheidungsspielraums bzgl. der Kriterien in § 110b Abs. 8 StPO-E, in dem die Beendigung des Einsatzes einer Person in einem konkret laufenden Fall geregelt wird.

Im Einzelnen zu den als problematisch angesehenen Punkten:

1) Eine Person darf nicht als Vertrauensperson eingesetzt werden, wenn „die Geld- und Sachzuwendungen für den Einsatz auf Dauer ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellen.“ In der Begründung des Referentenentwurfs wird ausgeführt, dass vermieden werden soll, dass eine Vertrauensperson in ein Abhängigkeitsverhältnis zu diesen Zuwendungen gerät und ihrer Tätigkeit danach verfahrensfremde Zwecke etwa hinsichtlich der Dauer ihres Einsatzes zugrunde legt. Auch sollen keine Personen eingesetzt werden, die quasi wie verdeckte Ermittler

[1] Drucksache 19/25248

langfristig ihren Lebensunterhalt damit verdienen, Strafverfolgungsbehörden zu unterstützen[2]. Diese Regelung ist generell zu begrüßen, trägt sie doch den Gefahren Rechnung, die durch finanzielle Anreize im Gegenzug zu Informationen entstehen. Der DAV vermisst eine konsequente Umsetzung dieser Regelung dann aber zur Frage eines möglichen „Erfolgshonorars“ einer Vertrauensperson und die transparente Umsetzung einer diesbezüglichen Kontrolle (vgl. dazu s.u.).

2) Die „Soll“-Vorschriften des § 110b Abs. 6 Nr. 2b) StPO-E mit den Überlegungen zur Vereinbarkeit einer früheren nachrichtendienstlichen Tätigkeit im Hinblick auf Spezialwissen, Alleinstellungsmerkmale etc.[3] mag noch hinnehmbar sein. Aber im Hinblick auf die maximale Einsatzzeit einer Vertrauensperson überzeugt die gesetzliche Regelung nicht.

   Nach § 110b Abs. 6 Nr. 2a) StPO-E „soll“ eine Person nicht (mehr) als Vertrauensperson eingesetzt werden, wenn ihre kumulative Einsatzzeit mehr als 10 Jahre beträgt. Über die Sollvorschrift des § 110b Abs. 8 Nr. 3 StPO-E bietet sich die Möglichkeit des weiteren Einsatzes einer Vertrauensperson nach 10 Jahren, insoweit korrespondierend mit der Vorschrift des § 110b Abs. 6 Nr. 2a) StPO-E.

   Der DAV begrüßt angesichts der in der Begründung des Referentenentwurfs aufgeführten Probleme die Einführung zeitlicher Begrenzungen für den Einsatz der Vertrauensperson, befürchtet aber angesichts der gefundenen gesetzgeberischen Lösung, dass die Einsatzzeiten einer als Vertrauensperson eingesetzten Person bei der Frage des (weiteren) Einsatzes kein entscheidendes Regulativ darstellen werden. Es werden sich von den Ermittlungsbehörden immer Gründe für die weitere Fortsetzung der Zusammenarbeit finden, wenn es denn gewollt ist. Dem DAV erscheint eine klare Regelung mit Einsatzzeiten vorzugswürdig, wobei als Ausschlusszeitraum 5 Jahre eher angemessen sein dürften als 10 Jahre, um eine Verschmelzung der Vertrauensperson mit den Ermittlungsbehörden zu vermeiden.

3) Es ist nicht nachvollziehbar und in der Begründung des Referentenentwurfs nicht erläutert, warum dieser in § 110b Abs. 8 StPO-E hinsichtlich der Beendigung des Einsatzes einer Vertrauensperson hinter Anlage D zur RiStBV zurückbleibt, nach welcher der Einsatz einer Vertrauensperson beendet werden soll, wenn diese „wissentlich oder leichtfertig falsche Informationen an die Strafverfolgungsbehörden

[2] vgl. Referentenentwurf S. 30
[3] vgl. Referentenentwurf S. 32

gibt.“ Der Entwurf verzichtet auf das Merkmal der Leichtfertigkeit, obwohl auch dieses die Zuverlässigkeit einer Vertrauensperson beeinträchtigt.

2. Glaubwürdigkeitsprüfung der Vertrauenspersonen

Der Entwurf versäumt es, die Art und Weise und die Dokumentation der Entlohnung von Vertrauenspersonen zu regeln, obwohl die Entlohnung im Rahmen des § 110b Abs. 6 Nr. 1c) StPO-E und der dazugehörigen Begründung als motivatorisches Problem mit Folgen für die Zuverlässigkeit erkannt wurde. So ist neben einer eventuell durchgehenden Aufwandsentschädigung für die Vertrauensperson auch eine Art Erfolgshonorar für die Aufdeckung von Straftaten denkbar. Ob und in welcher Höhe eine Vertrauensperson entlohnt wird, ist für die Überprüfung der Glaubwürdigkeit seiner Aussagen von immenser Bedeutung, so auch der Bundesgerichtshof[4]. Es sollte im Gesetz klargestellt werden, wie die Dokumentation der gezahlten Löhne erfolgen soll und auch wie die Verfahrensbeteiligten, also auch die Verteidigung, Zugang zu diesen Informationen erhält.

3. Kontrolle der Vertrauenspersonen

Nach dem Referentenentwurf verbleibt die Kontrolle der Vertrauensperson nach dem § 110b Abs. 10 StPO-E bei den Ermittlungsbehörden. Der DAV hatte in seinem Gesetzentwurf vorgeschlagen, mit dem Präsidenten des jeweils zuständigen Oberlandes-gerichts eine (weitere) Kontrolle in das System des Einsatzes von Vertrauenspersonen zu implementieren, die im Extremfall die Befugnis haben soll, den Einsatz einer Vertrauensperson zu beenden oder auch die Zusage der Vertraulichkeit zurück zu nehmen[5]. Dies würde eine unabhängige Überwachung ermöglichen, was insbesondere unumgänglich ist, wenn die Identität der Vertrauensperson verheimlicht werden soll. Noch wichtiger ist die gerichtliche Kontrolle, wenn im späteren gerichtlichen Verfahren nach dem § 96 StPO eine Sperrerklärung ergehen kann und die Vertrauensperson nicht in einer öffentlichen Hauptverhandlung vernommen werden kann.

---

4 NStZ 2014, 277

5 vgl. StN des DAV Nr. 35/2021, dort Entwurf § 110e Abs. 7

4. Rechtsfolgen der Tatprovokation

Der Entwurf verbietet die Tatprovokation nicht, stellt sie aber auch in § 110c Abs. 2 StPO-E unter den Vorbehalt richterlicher Genehmigung. Diese erfolgt nach Überprüfung der Zulässigkeit einer Tatprovokation in § 110c Abs. 1, 2 StPO-E unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten. Es wird zudem ein Verfahrenshindernis im § 110c Abs. 3 StPO-E kodifiziert, aber nur für den Fall, dass die Tatprovokation rechtsstaatswidrig war. Eine rechtsstaatswidrige bzw. konventionswidrige polizeiliche Tatprovokation soll dann vorliegen, 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[6]. Nach der Rechtsprechung des EGMR liegt eine unzulässige Tatprovokation bei einer unzulässigen Verleitung zur Tat durch solche Akteure vor, die dem Staat zuzurechnen sind und die durch Ausübung emotionalen oder sonstigen Drucks die Initiative ergreifen, ein Angebot zur Tatbegehung trotz Ablehnung erneuern oder auf deren Durchführung insistieren.

Das Verfahrenshindernis setzt nach § 110c Abs. 3 StPO weiter voraus, dass ein Verdeckter Ermittler oder eine Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise handelt. Diese Regelung ist in zweierlei Hinsicht problematisch:

1) Der Entwurf enthält keine - wie vom EGMR geforderte - Beweislastumkehr für den Fall, dass der Beschuldigte das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vorträgt und für sich ein Verfahrenshindernis in Anspruch nimmt.

   Der EGMR judiziert regelmäßig, dass eine Beweislastumkehr in diesen Fällen stattzufinden hat, weil der Einsatz von Vertrauenspersonen insbesondere bei einem „Erfolgshonorar“ das Risiko von staatlich veranlassten rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen mit sich bringt – zumindest soweit die vom Angeklagten vorgebrachten Behauptungen nicht völlig unplausibel sind. In diesen Fällen habe die Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass keine Tatprovokation stattgefunden habe – und dass bei unzulässiger Tatprovokation die gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen sind[7]. Soweit der Entwurf hier auf die im deutschen Strafprozess

[6] vgl. Referentenentwurf S. 42
[7] vgl. EGMR, Urteil vom 15.10.2020 – 40495/15, Akbay u.a. ./. Deutschland

geltende Unschuldsvermutung, sowie die Aufklärungspflicht der Gerichte – ausgelöst durch einen entsprechenden Bericht des Beschuldigten – verweist[8], hält der DAV dies angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs sowie der typischerweise beim Beschuldigten zu erwartenden Beweisschwierigkeiten für nicht ausreichend.

2) Der Staat soll nicht durch das Anerkenntnis und die Implementierung eines Verfahrenshindernisses haften, wenn es sich bei der Tatprovokation nicht um staatlich veranlasstes Vorgehen, sondern um einen Exzess oder ein eigenmächtiges Vorgehen des verdeckten Ermittlers oder der Vertrauensperson handelt. Denn nur dann würde der Staat durch ein rechtsstaatswidriges Einwirken auf eine Person diese zu einer Straftat motivieren, die diese andernfalls nicht begangen hätte, nur damit der Staat sie überführen und seinen „Strafanspruch“ umsetzen könnte. Bei einem Exzess bzw. eigenmächtigen Vorgehen des verdeckten Ermittlers oder der Vertrauensperson verstoße der Staat dagegen nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens und habe dementsprechend auch seinen Strafanspruch nicht verbraucht (vgl. Referentenentwurf S. 42). Diese Differenzierung überzeugt nicht. So steht der Einsatz der Vertrauensperson unter einem Richtervorbehalt und wird entsprechend angeordnet (vgl. § 110b Abs. 3 StPO-E). Die Zuverlässigkeitsprüfung und Kontrolle der Vertrauensperson obliegt den Ermittlungsbehörden (vgl. § 110b Abs. 7 StPO-E). Insofern unterliegen sowohl das „ob“ als auch das „wie“ des Einsatzes staatlicher Kontrolle. Somit muss sich der Staat durch den Verlust seines Strafanspruchs in die Haftung nehmen lassen, wenn es trotz Zuverlässigkeitsprüfung und Kontrolle zu einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kommt.

   Das entspricht der Rechtsprechung des EGMR, nach der ein Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auch im Fall mittelbarer Tatprovokation vorliegt, wenn zwar keine direkte Einflussnahme der polizeilichen Akteure auf weitere Tatbeteiligte erfolgt, die Tatprovokation aber auch für diese in vorhersehbarer Weise eine Veranlassung zur Tatbegehung darstellt.

[8] vgl. Referentenentwurf S. 43

5. Aktenführung

Im Rahmen der Beweisaufnahme mag es auf die Angaben einer Vertrauensperson entscheidend ankommen. Die Vernehmung dieser Zeugen und ihre Vorbereitung erfordern nach dem Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenklarheit, dass mit der Akte eine ordnungsgemäße Vorbereitung auf die Hauptverhandlung möglich ist[9]. Hierzu sollten der Verteidigung alle Äußerungen der Vertrauensperson zur Sache zugänglich gemacht werden.

Die Regelung des § 110b Abs. 5 StPO-E zu Vernehmungsniederschriften der Vertrauensperson ist unzureichend.

1) Die Vorschrift besagt, dass für Aussagen von Vertrauenspersonen ein Wortprotokoll erstellt werden soll, hiervon aber abgewichen werden kann, wenn hierdurch Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson oder auf geheimhaltungsbedürftige Methoden beim Einsatz von Vertrauenspersonen gezogen werden können. Diese Einschränkung ist nicht nachvollziehbar. Die Vernehmung muss in Gänze als Wortprotokoll aufgenommen werden, ob einige Stellen geschwärzt werden sollten, müssen Richter entscheiden. (Nur) über den Inhalt dieser geschwärzten Passagen kann dann entsprechend der Regelung des § 110b Abs. 5 StPO-E ein Bericht verfasst werden.

2) Nicht kodifiziert ist der Umgang mit Berichten zu einer Vertrauensperson mit Bezug zum konkreten Verfahren. Insofern wäre in einer gesetzlichen Regelung auch die Aktenführung hinsichtlich der Vertrauensperson zu kodifizieren. In Verfahren mit dem Einsatz einer Vertrauensperson existieren regelmäßig dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten inklusive der Staatsanwaltschaft vorenthaltene Berichte, die nicht in die Verfahrensakten gelangen, sondern in der Dienststelle der VP-Führung als Verschlusssache – „Nur für den Dienstgebrauch“ – abgeheftet werden. Hierbei handelt es sich etwa um sogenannte Treffberichte, die nach anwaltlicher Erfahrung durchaus auch verfahrensrelevante Angaben der Vertrauensperson enthalten können. Diese - dem Prinzip der Aktenvollständigkeit widerstreitende – Verfahrensweise sollte bei der legislativen Inangriffnahme Teil der Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen werden mit der Folge eines klar geregelten Akteninhalts.

[9] vgl. BGH NStZ 2014, 277

Als Leitlinie sollte hierbei mit den Worten des Bundesgerichtshofs Folgendes gelten: „Es steht nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, ob sie strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen in den Akten vermerken und zu welchem Zeitpunkt sie dies tun. Das Tatgericht muss den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können. Dies ist kein Selbstzweck, sondern soll die ordnungsgemäße Vorbereitung durch das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten gewährleisten (...). Zudem muss in einem Rechtsstaat der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden werden.[10]“

6. Sperrerklärung nach dem § 96 StPO

Unverändert kann auch nach dem Referentenentwurf die Vertrauensperson für die Vernehmung gesperrt werden, so dass sie in der Hauptverhandlung nicht aussagen muss. Auch können Informationen über diese Vertrauensperson gesperrt werden. Nach der Regelung des § 110b Abs. 10 StPO-E können Staatsanwaltschaft und das für die Anordnung des Einsatzes zuständige Gericht Angaben zur Vertrauensperson verlangen, um die Zulässigkeit des Einsatzes zu überprüfen. Das für die Durchführung der Hauptverhandlung zuständige Gericht kann Angaben verlangen, die eine Ladung der Vertrauensperson als Zeugen ermöglichen. Aber all das steht unter dem Vorbehalt der möglichen Geheimhaltung nach § 96 StPO.

Diese Regelung lässt sowohl die Sperrung der Information nach einer Entlohnung der Vertrauensperson als auch die Möglichkeit ihrer Zeugenladung im – nur durch die Exekutive selber – kontrollierten Regime der Ermittlungsbehörden zu. Auch an dieser Stelle wäre die vom DAV vorgeschlagene Lösung der Institutionalisierung einer Aktenkenntnis – mit Eingriffsmöglichkeit – beim Präsidenten des Oberlandesgerichts zielführend.

[10] Bundesgerichtshof NStZ 2014, 277, dort Rn. 46

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vors. des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Vors. des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Digitalausschuss des Deutschen Bundestages
- Fraktionen des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vors. der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vors. des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vors. des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)