

Per-Olof Ehlis

Universität Hannover
Fachbereich Rechtswissenschaften
Priv.-Doz. Dr. Matthias Krahl

Strafrechtliches Seminar - Sommersemester 2000

**„Verdeckter Ermittler und V-Mann bei der Beweiserhebung und
Beweisverwertung in der Hauptverhandlung unter
besonderer Berücksichtigung der §§ 52, 136a, 136/163a, 252 STPO“**

Gliederung

I. Einleitung und Begriffsbestimmung.....	1
1. Terminologie	2
a) Verdeckte Ermittlung.....	2
b) Verdeckter Ermittler.....	3
c) Nicht offen ermittelnde Beamte.....	3
d) Undercover-agent.....	3
e) V-Mann, Vertrauensperson und Informant.....	3
II. Verdeckte Ermittlung in der BR Deutschland	4
1. Entwicklung und Zulässigkeit.....	4
a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	4
b) Zusammenfassung	7
2. Verdeckter Ermittler.....	7
a) Rechtsgrundlage	7
b) Rechtliche Probleme.....	7
aa) Verdeckte Befragung des Beschuldigten als Vernehmung i.S.v. §§ 136,136a StPO.....	8
(1) Anwendbarkeit	8
(a) formeller Vernehmungsbegriff.....	8
(b) materieller Vernehmungsbegriff	9
(2) Sachlicher Anwendungsbereich des § 136a StPO.....	11
bb) Verbotene Selbstbelastung.....	11
(1) § 136 I2 StPO und das nemo tenetur- Prinzip.....	11
(2) Schutzgehalt des Selbstbelastungsverbots.....	12
cc) Grenzen der Befugnis zur Informationserhebung gem. § 110a StPO	16
dd) Beweisverwertungsverbote	19
(1) Begriff.....	19
(2) § 136a I, III	20
(3) §§ 136 I2, 163a IV StPO.....	21
(4) §§52, 252	24
(5) rechtswidriger Einsatz des verdeckten Ermittlers.....	27
(6) Geheimhaltung nach Abschluß des Verfahrens.....	28
(7) Beweisverwertungsverbote und Revision.....	30
3. Vertrauensperson.....	30
a) Gewinnung von V-Personen.....	30
b) Rechtsgrundlage	31
c) Rechtliche Probleme.....	31
aa) Fehlende Normierung des V-Personen-Einsatzes in der StPO	32
(1) Erhöhte Gefahren, die sich aus dem V-Personen-Einsatz ergeben.....	32
(2) Zusammenfassung	36
bb) Geheimhaltung nach Abschluß des Verfahrens.....	37
cc) Beweisverwertungsverbote	37
(1) Befragung von Zeugen durch V-Personen , §§ 52, 252	38
(2) Befragung von Beschuldigten durch V- Personen, §§ 136 I 2, 136a, 163a IV.....	

III. Fazit..... 42

Literaturverzeichnis

- Günther, Hans-Ludwig Die Schweigebefugnis des Tatverächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht , in GA 1978, S.193 - S.204 .
Zitiert: Günther, GA 1978.
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, hrsg. von Peter Rieß
1.Band
Einleitung; §§ 1- 71
25. Auflage, Berlin, New York 1999.

§§ 112 - 136a
25. Auflage, Berlin, New York
Zitiert: LR-Bearbeiter
- Lammer, Dirk Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß. Zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte, Berlin 1992.
Zitiert: Lammer, Verdeckte Ermittlungen.
- Rogall, Klaus Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, in JZ 1996, S. 944 - S. 955.
Zitiert: Rogall, JZ 1996.
- Vahle, Jürgen/
Buttgereit, Siegfried Eingriffsrechte der Polizei - Ratgeber für die Polizeiliche Praxis, Karlsbad bei München 1983.
Zitiert: Vahle/Buttgereit, Eingriffsrechte der Polizei.
- Anonym VPs hinter Gittern - Erfahrungen eines Strafgefängenen, in Bürgerrechte & . Polizei/Cilip 60 (2/98) , S. 70 - S. 74.
Zitiert: Anonym, Bürgerrechte &.Polizei/Cilip 60 (2/98).
- Arendt, Hannah Elemente ud Ursprünge totaler Herrschaft, 2. Auflage, Frankfurt 1991.
Zitiert: Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft.

- Beulke, Werner Die Vernehmung des Beschuldigten, einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft in StV 1990, S. 180 - S.185.
Zitiert: Beulke, StV 1990.
- Böhrenz, Gunter/
Franke, Jürgen Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz (NGefAG), 4. Auflage, Hannover 1996.
Zitiert: Böhrenz/Franke, NGefAG.
- Bosch, Nikolaus Die verdeckte Befragung des Beschuldigten - Strafverfahren ohne Grenzen, in Jura 1998, S. 236 - S. 243.
Zitiert: Bosch, Jura 1998.
- Dahle, Ekke Noch erlaubt oder schon verboten ? Die Abgrenzung von erlaubter List und verbotener Täuschung im Ermittlungsverfahren, in Kriminalistik 1990, S.431 - S.436 .
Zitiert: Dahle, Kr 1990.
- Dencker, Friedrich Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, in StV 1994, S. 667 - S. 671.
Zitiert: Dencker, StV 1994.
- Erfurth, Christina Verdeckte Ermittlungen: Problemlösungen durch das OrgKG?, Frankfurt/M.; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien 1997.
Zitiert: Erfurth, Verdeckte Ermittlungen.
- Fezer ,
in NStZ 1996, S. 972 - S. 972.
Zitiert: Fezer, NStZ 1996.
- Gössel, Karl Heinz Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, in GA 1991, S. 483 - S. 511.
Zitiert: Gössel, GA 1991.
- Gropp, Walter (Hrsg.) Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität
Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, im Auftrag des Bundesjustizministeriums und des Bayrischen Staatsministeriums der Justiz ,
Freibur i.Br. 1993.
Zitiert: Bearbeiter - Besondere Ermittlungsmaßnahmen.
- Haas, Günter Vernehmungen, Aussage des Beschuldigten und vernehmungsähnliche Situation - zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 136,
in GA 1995, S. 230 - S. 235.
Zitiert: Hass, GA 1995.
- Hass, Hermann Heinrich V-Leute im Ermittlungsverfahren.
Neue prozessuale Aspekte,
Pfaffenweiler 1986.
Zitiert: Haas, V-Leute im Ermittlungsverfahren.

- Jakobs, Günther Strafrecht, Allgemeiner Teil
Die Grundlagen der Zurechnungslehre,
2. Auflage, Berlin, New York 1991.
Zitiert: Jakobs, AT.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG
hrsg. von Gerd Peiffer,
4. Auflage, München 1999.
Zitiert: KK-Bearbeiter.
- Kleinnecht, Theodor/
Meyer-Goßner, Lutz Strafprozeßordnung,
44. Auflage, München 1999.
Zitiert: Kleinknecht/Meyer-Goßner.
- Kniesel, Michael Verdeckte Ermittlungen zur Gefahrenabwehr,
in Kriminalistik 1987, S. Kriminalistik-Skript, S.315f, S.369-374;443-448.
Zitiert: Kniesel, Kriminalistik 1987.
- Körner, Hans Harald Verteufelt und Verherrlicht:
Der V-Mann,
in Kriminalistik 1983, S. 290 - S. 296.
Zitiert: Körner, Kr 1983.
- Krey, Volker Rechtsproblem des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler,
Sonderband der BKA-Forschungsreihe,
Wiesbaden 1993.
Zitiert: Krey, Rechtsprobleme.
- Leipziger Kommentar Das Strafgesetzbuch, Großkommentar, hrsg. von Jähnke, Laufhütte, Odersky ,
Berlin, New York 1993.
Zitiert: LK-Bearbeiter.
- Lisken, Hans Neue polizeiliche Ermittlungsmethoden im Rechtsstaat,
in DRiZ 1987, S. 184 - S. 188.
Zitiert: Lisken, DRiZ 1987.
- Lisken, Hans/
Denninger, Erhard Handbuch des Polizeirechts,
2. Auflage, München 1996.
Zitiert: Lisken/Denninger, Polizeirecht.
- Lüderssen, Klaus Zur Unerreichbarkeit des V-Mannes,
in Festschrift für Ulrich Klug, Bd.II S. 527.
Köln 1985.
Zitiert: Lüderssen, FS-Klug.
- Meyer, Karlheinz Anmerkung zu BGH 3 StR 551/85,
in JR 1987, S.215- S.217
Zitiert: Meyer, JR 1987.
- Meyer-Goßner, Lutz/
Appl, Ekkehard Die Ausweitung des Widerspruchserfordernis,
in StrFo 1998, S. 258 - S. 264.
Zitiert: Meyer-Goßner/Apl, StrFo 1998.

- Ossenbühl Staatshaftungsrecht,
4. Auflage, München 1991.
Zitiert: Ossenbühl, Staatshaftungsrecht.
- Puppe, Ingeborg List im Verhör des Beschuldigten,
in GA 1978, S.289 - S.301 .
Zitiert: Puppe, GA 1978.
- Rebmann, Kurt Deer Einsatz verdeckt arbeitender Polizeibeamter im Bereich der
Strafverfolgung,
in NJW 1985, S. 1 - S. 5.
Zitiert: Rebmann, NJW 1985.
- Rebmann, Kurt/
Schoreit, Armin Elektronische Datenverarbeitung (EDV) im Strafverfolgungs-
angelegenheiten und Datenschutz ,
in NStZ 1984, S. 1 - S. 7.
Zitiert: Rebmann/Schoreit, NStZ 1984.
- Rogall, Klaus Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme
des Einsatzes verdeckter Ermittler,
in JZ 1987 , S.847 - S.852 .
Zitiert: Rogall, JZ 1987.
- Rogall, Klaus Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechts-
verständnisses,
in GA 1985, S. 1 - S. 10.
Zitiert: Rogall, GA 1995.
- Roxin, Claus Strafverfahrensrecht,
25. Auflage, München 1998.
Zitiert: Roxin, StrafverfahrensR.
- Roxin, Claus Nemo tenetur: die Rechtsspeicherung am Scheideweg,
in NStZ 1995 , S.465 - S.470 .
Zitiert: Roxin, NStZ 1995.
- Roxin, Claus Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen,
in NStZ 1997, S. 18 - S. 21.
Zitiert: Roxin, NStZ 1997.
- Scherp, Dirk Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen: eine Untersuchung
von Führungskompetenzen und Motivationsstrukturen,
Heidelberg 1992.
Zitiert: Scherp, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen.
- Schlüchter, Ellen/
Radbruch, Jochen Anmerkung zu BGH,
in NStZ 1995, S. 354 - S. 357.
Zitiert: Schlüchter/Radbruch, NStZ 1995.
- Seebode, Manfred Anmerkung zu BGH 5 StR 666/86,
in JR 1988, S.427 - S.430 .
Zitiert: Seebode, JR 1988.
- Stern Das Staatsrecht der BRD,
Band III/2,
1994.
Zitiert: Stern, Das Staatsrecht der BRD.

- Sternberg-Lieben, Detlev Die "Hörfalle" - Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung,
in Jura 1995, S. 299 - S. 310.
Zitiert: Sternberg-Lieben, Jura 1995.
- Strate, Gehard Strafverteidigung und Strafverfahrensänderungsgesetz 1988
in: 13. Strafverteidiger Tag 1989,
S. 87
Zitiert: Strate, 13 StV-Tag 1989.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
hrsg. von H.-J. Rudolphi, W. Frisch, H.-U. Paeffgen,
K. Rogall, E. Schlüchter, J. Wolter,
Band I,
Frankfurt am Main, Loseblatt,
Stand 14. Ergänzungslieferung Mai 1995.
Zitiert: SK-Bearbeiter.
- Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch, hrsg. von Rudolphi, Horn und Samson,
Band 1, Allgemeiner Teil,
5. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 1993.
Zitiert:SK-Bearbeiter
- Wehner, Bernd Informant und V-Person,
in Kriminalistik 1986, S. 383 - S. 386.
Zitiert: Wehner, Kriminalistik 1986.
- Weiler, Edgar Befragung von Beschuldigten und
aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-
Leute,
in GA 1996, S. 101 - S. 116.
Zitiert: Weiler, GA 1996.
- Weßlau, Edda Vorfelddermittlungen.Probleme des Legalisierung vorbeugender
Verbrechensbekämpfung aus strafprozessualer Sicht,
Berlin 1989.
Zitiert: Weßlau, Vorfelddermittlungen.

I. Einleitung und Begriffsbestimmung

Schon stets haben staatliche Einrichtungen, insbesondere Polizeibehörden, zur Auskunftsgewinnung Personen benutzt, deren Zusammenarbeit mit der Polizei oder gar deren Zugehörigkeit zu dieser Dritten nicht bekannt war. Der Einsatz dieser Personen diente in der Vergangenheit zum einen der Kontrolle und Verfolgung der politischen Oppositionen durch die „politische Polizei“, zum anderen aber auch zusehends der Aufklärung von Straftaten; schon im Bismarckreich ließe sich manchem Autor zufolge eine Praxis der verdeckten Ermittlung feststellen¹, zumindest finden sich aber in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes Belege verdeckter Ermittlungstätigkeit.²

Gesellschaftliche Kommunikation beruht auf einem Kommunikationsvertrauen derart, daß ausgetauschte Informationen nach Maßgabe der eigenen Wünsche vertraulich bleiben. Die Organisation von gesellschaftlicher Macht beruht auf vergemeinschaftenden Kommunikationsvorgängen. Diese für die Demokratie unerläßlichen Vorgänge werden gestört oder verhindert, wenn ein Vertrauen nicht mehr möglich ist. Totalitäre Systeme versuchen daher häufig, dieses Vertrauen durch Spitzel und die Förderung von Denunziationen zu zerstören.³ Eine freiheitliche demokratische Gesellschaft muß daher das Kommunikationsvertrauen gewährleisten. Sie darf dieses Vertrauen nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß unterminieren und nur in solchen Bereichen, wo das gewährte Vertrauen mißbraucht wird. Das ist insbesondere dort der Fall, wo sich rechtswidrige Organisationen gezielt und dauerhaft des Vertrauens bedienen, um ihre Struktur zu schützen- wie z.B. bei verfassungsfeindlichen Gruppierungen (z.B. RAF) oder im Bereich der sogenannten organisierten Kriminalität.

Inwiefern sich aus der heimlichen Informationserhebung von Personen im Bereich der Strafverfolgung rechtliche und tatsächliche Folgeprobleme hinsichtlich der Einführung und Verwertbarkeit des gewonnenen Beweismaterials im Hauptverfahren ergeben, soll Gegenstand dieser Arbeit sein. Die mittlerweile durch Art. 3 des Gesetzes „zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Formen der organisierten Kriminalität (OrKG) in

¹ Rogall, JZ 1987, S. 848.

² RGSt. 53, S.336 (S. 337ff); 65, S. 145 (S.146ff).

§ 110a ff StPO geschaffene gesetzliche Befugnis zum Einsatz verdeckter Ermittler verzichtete schon ausweislich der Gesetzesmaterien auf eine umfassende Positivierung des Problemfeldes. Zudem wurde gänzlich auf eine gesetzliche Regelung den Einsatz von Informaten und Vertrauenspersonen betreffend verzichtet. Kurzum soll über die Frage der rechtstaatliche Legitimität der verdeckten Ermittlung und deren Auswirkung auf die Struktur des Ermittlungsverfahrens hinaus, geklärt werden, welche verfahrensrechtlichen Besonderheiten und strukturellen Veränderungen sich für das Hauptverfahren ergeben.

1. Terminologie

Zunächst soll eine Begriffsbestimmung erfolgen, um die hier in Frage stehende heimliche Informationsgewinnung durch Personen von anderen Formen heimlichen Vorgehens z.B. des Verfassungsschutzes abzugrenzen.

a) Verdeckte Ermittlung

Ermittlungstätigkeit besteht in der Erhebung und weiteren Verwendung von Informationen; der Ermittlende verschafft sich Kenntnisse über Sachverhalte und Vorgänge⁴.

Ziel der polizeilichen Ermittlung ist es, begangene Straftaten aufzuklären; eine bestimmte Tat einer bestimmten Person zuzuordnen. Unterhalb der Schwelle des strafprozessualen Anfangsverdacht es erfolgen „Ermittlungen“ mit dem Ziel, Informationen bei Personen zu erheben, die der präventiven Polizeitätigkeit dienen sollen, sowie die Vorsorge für die Verfolgung und Verhütung von Straftaten zu treffen; allein beschränkt durch den Adressatenkreis dieser Maßnahme (§ 36 I i.V.m. § 34 I Nr.1 bis 3 NGefAG).

Diese Zuordnung setzt jeweils Informationen über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person voraus. Hinsichtlich der Angaben personenbezogener Daten (§ 3 BDSG) kann man Ermittlungen als Datenerhebung im weiteren Sinne verstehen.⁵ Zu den klassischen Ermittlungsmethoden gehören beispielsweise die Vernehmung und

³ Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, S. 647ff.

⁴ Rogall, GA 1985, S. 3.

⁵ Rebmann/Schoreit, NSTZ 1984, S. 1.

Durchsuchung; diese erfolgen aber für den Betroffenen offen. Verdeckte Ermittlungen sind folglich solche Maßnahmen, die der Betroffene oder Dritte nicht bemerken sollen.⁶

b) Verdeckter Ermittler

Ein Verdeckter Ermittler ist ein Beamter der Polizei, der auf gewisse Dauer Informationen bei Dritten erhebt, ohne seine Zugehörigkeit zur Polizei zu offenbaren. Dies folgt bereits aus der Legaldefinition des § 110a II StPO bzw. des § 36a I NGefAG. Auf die sich aus der Legaldefinition ergebenden Unklarheiten soll weiter unten eingegangen werden.

c) Nicht offen ermittelnde Beamte

Der nicht offen ermittelnde Beamte ist unter Verheimlichung seiner wahren Identität und seiner Funktion mit Ermittlungen betraut. Er nimmt im Gegensatz zum Verdeckten Ermittler nicht unter einer auf Dauer angelegten Legende am Rechtsverkehr teil; sein Einsatz erfolgt meist einzelfallbezogen; z.B. als Scheinkäufer im Zusammenhang mit einem Rauschgiftgeschäft.⁷

d) Undercover-agent

Undercover-agents werden seit geraumer Zeit in den USA eingesetzt. Es handelt sich um Polizeibeamte, die langfristig, ohne konkreten Ermittlungsauftrag in die kriminelle Szene eingeschleust werden, sich dort frei bewegen und auch Straftaten begehen dürfen.⁸ Der Undercover-agent unterscheidet sich somit grundlegend vom Verdeckten Ermittler im Sinne der StPO bzw. der Länderpolizeigesetze.

e) V-Mann, Vertrauensperson und Informant

Mit dem Begriff V-Leute werden Personen bezeichnet, die ohne selbst Beamte des Polizeidienstes zu sein, mit der Polizei in engen Kontakt stehen und diese über einen längeren Zeitraum aus unterschiedlicher Motivation bei der Vorsorge für die Strafverfolgung oder bei der Aufklärung von Straftaten unterstützen, indem durch diese

⁶ Kniesel, Kriminalistik 1987, S. 315.

⁷ Lisken/Denninger, Polizeirecht, S. 687; Podolsky, Ermittlungsmethoden, S. 134.

⁸ Lützer in Besondere Ermittlungsmaßnahmen, S. 460ff..

Daten erhoben werden.⁹ Die Identität dieser Personen wird grundsätzlich geheimgehalten.¹⁰

Von der Vertrauensperson ist der Informant zu unterscheiden. Diese Person ist nur im Einzelfall bereit, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde entgeltlich oder unentgeltlich Informationen zu geben. Der Informant erhält keine Aufträge von der Polizei, sondern wird aus eigener Initiative tätig.¹¹ Man scheint sich darauf verständigt¹² zu haben, eine Person, die der Polizei nur für den Einzelfall Informationen gibt, Informant zu nennen.

II. Verdeckte Ermittlung in der BR Deutschland

1. Entwicklung und Zulässigkeit

Die heimliche Informationserhebung durch Personen wird seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland praktiziert, dies ist zumindest für den Bereich des Strafrechts anhand der Rechtsprechung des BGH¹³, welche sich mit den Problemen verdeckter Ermittlungen zu befassen hatte, belegt. Dabei war jedoch keine einheitliche Begriffswahl nach den obigen Kriterien festzustellen.

a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

In seinem Volkszählungsurteil¹⁴ vom 15.12.1983 hat das Bundesverfassungsgericht als Ausprägung des aus Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG fließenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschaffen. Dies hat eine in der Entwicklung befindliche Rechtsauffassung bestätigt, nach der die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten in allen Bereichen der Verwaltung spezifischer rechtlicher Regelungen bedarf. Nach diesem Urteil gilt: Das sogenannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis jedes Menschen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu

⁹ Lisken/Denninger, Polizeirecht, S. 687f; Saipa, NGefAG, § 36, Erl.1 für den Bereich der Gefahrenabwehr.

¹⁰ Dies wird eine Fußnote !

¹¹ Wehner, Kriminalistik 1986, S. 383.

¹² Gemeinsamer Runderlaß des Justiz- und Innenministers der jeweiligen Länder, abgedruckt bei Kleinknecht/Meyer-Goßner, Anlage D zu A 14, S.2116ff.-

¹³ vgl. BGH in JR 1969, S.305 (S.306); BGHSt 17, S.382 (S. 382); 29, S.109 (S.110).

entscheiden. Eingriffe in dieses Recht sind nur im überwiegendem Allgemeininteresse zulässig und wenn ein Gesetz hierzu ausdrücklich ermächtigt. Bei der Schaffung einer solchen gesetzlichen Grundlage hat der Gesetzgeber nicht nur das Gebot der Normklarheit und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, sondern im Gesetz selbst auch verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die den grundrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts gewährleisten.

Die Polizeigesetze der Länder, Es wurde der Grundsatz der Unmittelbarkeit und der offenen Datenerhebung statuiert, der nur unter besonderen Voraussetzungen durchbrochen werden darf, insbesondere wenn die Eingriffsvoraussetzung der Befugnisnorm für die verdeckte Datenerhebung vorliegt.

Für die Datenerhebung durch den Einsatz Verdeckter Ermittler im Strafverfahren war jedoch bis zum Inkrafttreten des OrgKG am 22.0.1992 keine Befugnisnorm vorgesehen die diesen, vom BVerfG im Volkszählungsurteil konkretisierten verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprach. Die rechtliche Zulässigkeit wurde in der Rechtsprechung des BVerfG¹⁵, des BGH und der Obergerichte bis dato unterstellt; „die Notwendigkeit des Einsatzes von V-Personen zur Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität sei unbestritten“¹⁶. Soweit die Rechtsprechung auf die Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmethoden einging, stellte sie außerdem darauf ab, daß diese Ermittlungsmethode zur Erfüllung des Strafrechtsverfolgungsauftrages notwendig sei¹⁷ und berief sich auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Rechtsprinzip.¹⁸

Dann wurde die grundsätzliche Frage gestellt, ob jede heimliche Informationsbeschaffung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreife, ob dieser Eingriff überhaupt bei einer verdeckten Ermittlung durch Personen im Bereich der Strafverfolgung vorläge¹⁹. Hierzu ist zu sagen, daß selbst bei Anerkennung einer schutzbereichsabhängigen Bagatellgrenze diese beim Einsatz Verdeckter Ermittler im Rahmen der Strafverfolgung überschritten ist, denn es ist kein Einsatz vorstellbar, der nur auf die Erhebung schon bekannter personenbezogener Daten beinhaltet, die gegebenenfalls

¹⁴ BVerfGE 65, S.1 (46)

¹⁵ vgl. BVerfGE 57, S.250 (S. 284).

¹⁶ BGHSt, S.115 (S. 121f) unter Hinweis auf BGH in NSTz 1982 S.40 (S.41) und BGH in NSTz 1983 S.325 (S.326).

¹⁷ vgl. BGH in NSTz 1982 S.40 (S.41); BVerfGE 57, S.250 (S.284).

¹⁸ vgl. BVerfGE 34, S.238 (S. 248); 41, S.246 (S. 250). 44, S.353 (S. 374).

¹⁹ Krey, Rechtsprobleme, Rdnr. 102-124, S.75-85.

nicht in den funktionellen Schutzbereich des Grundrechtes fallen. Regelmäßig wird der Betroffene gezielt veranlaßt, Wissen zu offenbaren; die Maßnahme, die Informationserhebung, wird also zielgerichtet eingesetzt, somit hat die Belastungsintensität die Schwere eines Eingriffs erreicht. Die Konsequenz hieraus ist, daß die Grundrechtsrelevanz des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren nach der Wesentlichkeitstheorie die Geltung des Gesetzesvorbehalts in Form des Parlamentsvorbehalts auslöst.

Ergo: Es mußte eine Rechtsgrundlage in Form eines formellen Gesetzes für diese Maßnahme vorliegen.

Es wurde der Versuch unternommen, die Zulässigkeit des verdeckt ermittelnden Polizeibeamten aus den §§ 161,163 StPO i.V.m. dem Gebot umfassender amtlicher Sachverhaltsaufklärung zu folgern²⁰, diese stellen jedoch lediglich eine Aufgabenzuweisung dar und gewähren allenfalls ein einfaches Untersuchungs- und Aufklärungsrecht, das zu Ermittlungen berechtigt, die noch nicht als Grundrechtseingriffe qualifiziert werden können.²¹ Bei dem Einsatz Verdeckter Ermittler zur Strafverfolgung wird dies, wie bereits festgestellt, regelmäßig nicht der Fall sein. Die Ansicht, die sämtliche verdeckten Ermittlungstätigkeiten auf eine analoge Anwendung der in den §§ 81b, 102, 103, 127, 163b StPO geregelten Befugnisse zur Täterfeststellung stützt²², verbietet sich, denn diese Vorschriften passen nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf den unregulierten Fall des Verdeckten Ermittlers. Auch widerspricht eine solche Analogie dem Grundsatz der Bestimmtheit staatlicher Eingriffsnormen. Der Gemeinsame Runderlaß der Justizminister und Innenminister²³ in der Fassung der jeweiligen Bundesländer scheidet als Richtlinie wegen der Geltung des Parlamentsvorbehaltes, welches ein formelles Gesetz erforderlich macht, als Rechtsgrundlage aus.

Ebensowenig kommt ein vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage in Betracht²⁴, denn auch wenn man davon ausgeht, daß die in Zivilkleidung auftretende Kriminalpolizei im Bismarckreich und der Weimarer Republik üblich gewesen ist, so entspricht diese doch nicht den hier in Rede stehenden Ermittlungsmaßnahmen in

²⁰ Rebmann, NJW 1985, S. 2.

²¹ Rogall, Klaus, S. 850.

²² Vahle/Buttgereit, Eingriffsrechte der Polizei, S. 172ff.

²³ Gemeinsamer Runderlaß des Justiz- und Innenministers der jeweiligen Länder, abgedruckt bei Kleinknecht/Meyer-Goßner, Anlage D zu A 14, S.2116ff.

Qualität und Umfang, wie schon die obige Definition zeigt, noch können die Einzelfälle²⁵, auf die verwiesen wird, als Belege für eine langandauernde Übung angesehen werden.

Somit war keine Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen ersichtlich, denn auch

§ 34 StGB kann, wie mittlerweile anerkannt ist²⁶, nicht als gesetzliche Generalermächtigung, bei Übernahme in das öffentliche Recht, herangezogen werden.

b) Zusammenfassung

Für den hier maßgeblichen Fragenkomplex besteht in der Literatur darüber Einigkeit, daß die Datenerhebung durch Methoden der verdeckten Ermittlung, und hier namentlich seitens eines Verdeckten Ermittlers, einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Ihr Einsatz ist grundsätzlich mit Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden. Der Versuch, den Verdeckten Ermittler im Strafverfahren auf eine entsprechende Anwendung einer Norm oder eines Rechtsgrundsatzes zu stellen, die keine bereichsspezifischen Befugnisnormen darstellten, ging fehl. Vielmehr fand dieser Legitimierungsversuch erst mit der Normierung der §§ 110a - 110c seinen Abschluß.

2. Verdeckter Ermittler

a) Rechtsgrundlage

Durch Art.3 des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.Juli 1992²⁷ wurde der Einsatz Verdeckter Ermittler im Strafverfahren nach langwierigen Vorarbeiten gesetzlich geregelt und durch die Einführung der §§ 110a bis 110e in die StPO eingeführt.

b) Rechtliche Probleme

Zunächst soll erörtert werden, ob die Einführung verdeckter Ermittlungsmethoden mit der bisherigen Ausgestaltung des Strafverfahrens vereinbar ist.

²⁴ Krey, Rechtsprobleme, Rdnr. 112 ,S.79ff.

²⁵ Krey, Rechtsprobleme, Rdnr. 112, S.80,

Verweis auf Lischen, DRiZ 1987, 184 und Rogall, JZ 1987, 847f, in Fn 142..

²⁶ Jakobs, AT , S. 414 ;SK - Rudolphi, § vor 33, Rdnr. 12ff; LK - Hirsch, § 34, Rdnr. 9; Kirchhoff, NJW 1978, S. 970.

²⁷ BGBl. I S.1302.

aa) Verdeckte Befragung des Beschuldigten als Vernehmung i.S.v. §§ 136,136a StPO

Eine strafprozessuale Ausprägung des Menschenwürdegrundsatzes findet sich in § 136a StPO. Zur Wahrung der Subjektstellung des Beschuldigten verbietet er die Vernehmungsmethoden, die mit dieser nicht mehr vereinbar sind. Verstöße gegen dieses Verbot sanktioniert er durch das Beweisverwertungsverbot des dritten Absatzes.²⁸ Unter diese Methoden fällt die Täuschung des Beschuldigten. Da die verdeckte Ermittlungstätigkeit auf die Täuschung von Zeugen sowie des Beschuldigten eines Ermittlungsverfahren angelegt ist und diese bezweckt, um Informationen zur Aufklärung von Straftaten zu gewinnen, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 136a StPO.

(1) Anwendbarkeit

Aus der systematischen Stellung sowie dem Wortlaut des § 136a StPO ergibt sich, daß er nicht auf jede Art der Beweiserhebung, sondern nur auf Vernehmungen anwendbar ist.²⁹

(a) formeller Vernehmungsbegriff

Bei einer Vernehmung muß nach allgemeiner Ansicht das staatliche Vernehmungsorgan als solches hervortreten und eine amtliche Anhörung des Beschuldigten durchführen.³⁰, dem Vernommenen muß der amtliche Charakter der Befragung bewußt sein.³¹

Für einen eng zu umreißenen Vernehmungsbegriff als Anwendungsvoraussetzung für §§ 136a, 136 spricht, daß angesichts der Rechtsfolgen bei einem Verfahrensverstoß das Abstellen auf bloße staatliche gesetzliche Kausalität für selbstbelastende Äußerungen des Beschuldigten keine hinreichend präzise Abgrenzung zu vernehmungsfreien Äußerungen eines Beschuldigten bietet.

Auf die Informationsbeschaffung des verdeckten Ermittlers oder der V-Person, die gerade den Eindruck eines Privatgespräches erwecken soll, findet § 136a StPO keine direkte Anwendung.³²

²⁸ KK- Boujong, § 136a, Rdnr. 1.

²⁹ vgl. BGHSt 34, S.365 (S. 369).

³⁰ vgl. BGHSt 38, S.214 (S. 216); SK - Rogall, § 136, Rdnr. 6.

³¹ BGH GrStSt v. 13.5.1996, NStZ 1996, S.502 (S. 502). BGHSt 34, S.363 (S. 370); 40, S.211 (S. 213); Sternberg-Lieben, Jura 1995, S. 306; Schlüchter/Radbruch, NStZ 1995, S. 353;

(b) materieller Vernehmungsbegriff

Entgegen der Systematik der §§ 136ff. StPO, die von einer offenen Vernehmung, d.h. einem Gegenübertreten des staatlichen Organs in amtlicher Funktion ausgehen, weitet eine „funktionale“ Auffassung den Vernehmungsbegriff auf jede von einem staatlichen Organ der Strafverfolgung herbeigeführte, nicht notwendig vor ihm erfolgte Aussage aus³³.

Entscheidend ist nach dieser Auffassung weniger das subjektive Empfinden des Befragten, als der zielgerichtete, zurechenbare³⁴, staatliche Einfluß auf dessen Entschluß strafverfahrensrelevante Informationen preiszugeben. Nur diese weite, materiell-orientierte Auslegung des Vernehmungsbegriffs könne eine effektive Aussagefreiheit des Beschuldigten gewährleisten.³⁵

Noch weiter geht wohl eine Ansicht, der zufolge § 136 den Strafverfolgungsbehörden verbiete eine Stellungnahme des Beschuldigten zum Tatvorwurf in anderer Weise als durch Vernehmungen zu erlangen.³⁶

Eine weitere Auffassung³⁷ konstatiert, daß bei konsequenter Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus § 110c S.3, der die Befugnisse des verdeckten Ermittlers ausdrücklich den allgemeinen Normen der StPO unterstellt, folgt, daß die §§ 136 I, 163a, 52 III grundsätzlich auch für verdeckte Ermittler gelten. Da den Beschuldigten und aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Sinne von § 52 StPO keine prozessuale Pflicht zur Aussage trifft, ist die Informationsbeschaffung durch Befragung ohne Belehrung über das Recht zu schweigen und ohne Ermöglichung der Ausübung des Schweigerechts ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³⁸

Die Annahme, daß die Anwendbarkeit der §§ 136 I, 136a, 163a IV, 52 III, 252 StPO eine formelle Vernehmung voraussetzt, berücksichtigt nicht, daß vom Standpunkt des betroffenen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung die Art und Weise des

Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 136a, Rdnr. 4.

³² Roxin, NStZ 1995, S. 465; Rogall, JZ 1987, S. 850.

³³ vgl. LR - Hanack, § 136a, Rdnr. 13ff.

³⁴ Bosch, Jura 1998, S. 238.

³⁵ Seebode, JR 1988, S. 427f; Beulke, StV 1990, S. 180; Schlichter/Radbruch, NStZ 1995, S. 354; ähnlich auch Dencker, StV 1994, S. 674; Weiler, GA 1996, S. 107;

³⁶ Hass, GA 1995, S. 231.

³⁷ Weiler, GA 1996, S. 106.

³⁸ Weiler, GA 1996, S. 106.

staatlichen Vorgehens, die Eingriffshandlung, keine Rolle spielt. Vielmehr berühre jede Befragung, die eine Informationserhebung im staatlichen Ermittlungsverfahren darstellt, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Eine gesetzliche Schranke diesbezüglich stelle die Aus-

sagepflicht des Zeugen dar (§ 70 StPO), der sich nicht auf ein Aussage- oder Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 52-55 StPO) berufen kann; auf die Einhaltung der Förmlichkeit

der Vernehmung komme es aus der Sicht des Vernommenen nicht an. Demzufolge führe auch die formlose wie formfehlerhafte Vernehmung zur unmittelbaren oder gegebenenfalls entsprechenden Anwendung der §§ 136 I 2, 163a IV, 52 III StPO. Vom Schutzzweck dieser Normen aus betrachtet greifen sie gerade bei einer heimlichen Befragung der Auskunftsperson, die deshalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, welche die Schutznormen der §§ 136 I 2, 163a IV, 52 III StPO in besonderen Fällen außer Kraft setzt. Dies sei § 110c StPO nicht zu entnehmen.³⁹ Eine gezielte Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungsberechtigten Personen durch verdeckte Ermittler stellt demnach eine Vernehmung im Sinne der Schutznorm dar.

Ebenso wie eine andere Auffassung, die den für die Anwendbarkeit des § 136a StPO auch „vernehmungähnliche“ Situationen genügen läßt⁴⁰, ist diese Ausweitung jedoch nicht erforderlich, da die Achtung der Aussage- und Entschließungsfreiheit einen Ausdruck der Menschenwürde darstellt und daher in entsprechender Anwendung der Vorschrift⁴¹ oder sogar verfassungsunmittelbar geboten ist.⁴² Auch der BGH weist darauf hin, die Grenze strafprozessual und rechtsstaatlich zulässigen Handelns sei dort überschritten, wo zu der Heimlichkeit des Vorgehens der Gebrauch unlauterer von der Rechtsordnung mißbilligter Mittel hinzukomme.⁴³ Der personelle Anwendungsbereich des § 136a schützt alle Personen die vernommen werden können: nach § 69 III StPO gilt sie für Zeugen entsprechend und infolgedessen über § 72 für Sachverständige. Nach seiner systematischen Stellung betrifft § 136a unmittelbar nur die richterliche Vernehmung. Für staatsanwaltliche Beschuldigtenvernehmungen gilt die Vorschrift entsprechend gem.

³⁹ Weiler, GA 1996, S. 107.

⁴⁰ Dahle, Kr 1990, S. 431.

⁴¹ vgl. Roxin, NStZ 1995, S. 466.

⁴² vgl. BVerfG in NStZ 1984, S. 82 (S. 82); BGH in NStZ 1995, S. 410 (S. 411); Rogall, JZ 1987, S. 850;

⁴³ vgl. BGHSt 39, S. 335 (S. 347); BGH in NStZ 1995, S. 410 (S. 411).

§163 II 2, für polizeiliche gem. § 163a IV 2. Bei der staatsanwaltlichen Zeugenvernehmung greifen die für den Richter vorgesehenen Regelungen (§ 161a I).

Aus diesen Verweisungsvorschriften wird im Wege der Rechtsanalogie gefolgert, daß alle Strafverfolgungsbeamten - auch soweit sie nicht dem Polizeidienst angehören - bei ihren Vernehmungen § 136a zu beachten haben.⁴⁴

(2) Sachlicher Anwendungsbereich des § 136a StPO

Der Einsatz von V-Personen und verdeckten Ermittlern ist darauf angelegt, das Vertrauen des Beschuldigten zu erwecken, um im scheinbar privaten Gespräch Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung zu gewinnen. Die Täuschung müßte Relevanz hinsichtlich der Aussage- und Entschließungsfreiheit entfalten, um als Methode verboten zu werden. Die Systematik der anderen in § 136a StPO genannten Verhaltensmethoden zeigen, daß die Subjektstellung nur Täuschungen verbietet, die die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung beeinträchtigen. Sie untersagen daher Methoden, bei denen der Beschuldigte nicht mehr in der Lage ist, frei über seine Aussage hinsichtlich Umfang und Inhalt zu entscheiden.⁴⁵ Durch den verdeckten Ermittler wird der Beschuldigte zwar in die Irre geführt, da er sich einem Vertrauten, und gerade nicht dem Staat gegenüber wähnt. Da der Beschuldigte in seinem Gegenüber einen privaten Gesprächspartner sieht, ist die für § 136a I 1 StPO erforderliche Zwangswirkung ausgeschlossen⁴⁶; das Vorspiegeln der falschen Identität seines Gegenübers wirkt nicht dergestalt auf den Beschuldigten ein, daß dieser nicht mehr unbeeinflusst über das Ob und Wie seiner Aussage entscheiden kann. Es werden nur die Bedingungen verkannt unter denen die Aussage gemacht wird⁴⁷. Die herrschende Meinung sieht darin jedoch keine Täuschung, sondern in Abgrenzung dazu erlaubte List⁴⁸ respektive die zulässige heimliche Ermittlung⁴⁹, welche nicht gegen § 136a StPO verstoße.

bb) Verbotene Selbstbelastung

(1) § 136 I 2 StPO und das nemo tenetur- Prinzip

⁴⁴ vgl. BGHSt 17, S.14 (S. 19); KK- Boujong, § 136a, Rdnr. 3.

⁴⁵ vgl. SK - Rogall, § 136a, Rdnr. 25; KK- Boujong, § 136a, Rdnr. 11..

⁴⁶ vgl. BGHSt 2, S.99 (S. 101).

⁴⁷ Rogall, JZ 1987, S. 850.

⁴⁸ vgl. Puppe, GA 1978, S. 298.

Wenn der Beschuldigte dem verdecktem Ermittler oder der V-Person gegenüber Aussagen macht, mit denen er sich selbst belastet, könnte damit gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des „nemo tenetur se ipsum accusare“ verstoßen werden⁵⁰. Dieser Grundsatz statuiert, daß niemand gezwungen ist, einen Beitrag zu seiner eigenen Überführung zu leisten. Dies ist ebenfalls eine Ausprägung des Menschenwürdegrundsatzes, mit dem ein Zwang zur Selbstbelastung schwerlich vereinbar wäre, da der Betroffene hierdurch zum Werkzeug seiner eigenen Unterwerfung unter den strafenden Staat reduziert würde.⁵¹ Zudem wird die erzwungene Selbstbelastung als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht angesehen.⁵² Das nemo-tenetur-Prinzip gilt als materiell-staatsrechtlicher Verfahrensgrundsatz, der insbesondere durch die Belehrungspflichten über die Freiheit zur Aussage geschützt, wobei im Ermittlungsverfahren die Vorschriften über die Belehrung gemäß §§ 136 I 2, 163a II, IV StPO zum tragen kommen.

Die Vorschrift des § 136 I 2 StPO stellt grundsätzlich nur die Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit auf. Beim Verstoß gegen die Belehrungspflicht wird ein Verwertungsverbot anerkannt.⁵³ Zunächst könnte ein verdeckter Ermittler bei der Befragung eines Beschuldigten gegen die Pflicht des § 136 I 2 StPO verstoßen, denn eine Belehrung ist beim verdeckten Einsatz nicht vorgesehen.

Ebenso wie § 136a StPO bezieht sich § 136 StPO nur auf offene Vernehmungen.

Wegen der sonst eröffneten Umgehungsgefahr wird jedoch grundsätzlich anerkannt, daß zumindest das in ihr enthaltene Selbstbelastungsverbot nicht auf die Situation der formellen Vernehmung beschränkt werden kann.⁵⁴, die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Ermittlungsbehörden an den rechtstaatlichen Garantien der §§ 163a, 136. 136a StPO zu messen sind.⁵⁵

(2) Schutzgehalt des Selbstbelastungsverbots

Außerhalb einer formellen Vernehmung ist der Schutzgehalt des Selbstbelastungsverbots

⁴⁹ BGH in NStZ 1995, S.410 (S.411); a.A. Beulke StV 1990, 182.

⁵⁰ vgl. BVerfGE 56, S.37 (S. 49).

⁵¹ Schlüchter/Radbruch, NStZ 1995, S. 355.

⁵² vgl. BVerfGE 56, S.37 (S. 41ff).

⁵³ vgl. BGHSt 38, S.214 (S. 214) mit Anmerkung Fezer JZ 1992, 918;BGH in NStZ 1992, 294.

⁵⁴ vgl. BGHSt 31, S.304 (S. 308); 34, S.39 (S.45); BGH NStZ 1995, S.410 (S.411);

Karlheinz Meyer JR 1987, 215

⁵⁵ vgl. BGHSt 31, S.304 (S. 308).

umstritten. In einigen Fällen staatlich gesteuerter Aushorchung wurde zwar auch von der Rechtsprechung ein Verwertungsverbot für selbstbelastende Äußerungen anerkannt. Der BGH begründete dies hinsichtlich der „Hörfalle“⁵⁶ sowie der Ausforschung eines Untersuchungshäftlings durch einen vermeintlich Mitgefangenen⁵⁷ jeweils auf die Verletzung der speziellen Verfahrensvorschriften wie §§ 100a, b StPO und § 201 StGB⁵⁸ bzw. auf § 136a StPO mit Hinweis auf den durch die Untersuchungshaft verursachten Zwang.⁵⁹ Gegen diese Entscheidung wird vorgebracht, daß die gerügten Verfahrensvorschriften lediglich als Konstruktion dienen, um das Ergebnis des in § 136 I2 StPO angelegten Verwertungsverbots zu erreichen.⁶⁰ Uneinheitlich ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung hinsichtlich eines Verwertungsverbotes für Aussagen, die der Beschuldigte in einem scheinbar vertraulichen Gespräch den Strafverfolgungsbehörden gegenüber gemacht hat; während der 5.Senats des BGH unter Berufung auf eine rechtstaatliche Garantien der §§ 163a, 136a, 136 StPO ein Verwertungsverbot für Äußerung des Beschuldigten annimmt, der sich in einer Hörfalle, einem von den Ermittlungsbehörden gelenkten und mitgehörten privaten Telefonanruf, selbst belastet hatte⁶¹, vertritt der 2.Senat den Standpunkt, daß der nemo-tenetur-Grundsatz nicht berührt sei, wenn sich der Beschuldigte gegenüber einer Privatperson äußere.⁶² Der Große Senat für Strafsachen kommt schließlich in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der „Hörfalle“ im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu dem Ergebnis, daß Informationen, die der -Staat dem Beschuldigten durch scheinbare Privatgespräche entlockt, jedenfalls dann verwertet werden dürfen, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Mittel erheblich weniger erfolgsversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre. Hierin liege keine Umgehung der in § 136 StPO ausgesprochenen Belehrungspflicht und kein Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz.⁶³

⁵⁶ vgl. BGHSt 31, S.304 (S. 308); 33, S.224 (S.226); BGH StV 1994, S.94 (S.94); BGHSt39, S.335 (S.335).

⁵⁷ vgl. BGHSt 34, S.362 (S. 363).

⁵⁸ vgl. BGHSt 31, S.304 (S. 307).

⁵⁹ vgl. BGHSt 34, S.362 (S. 363).

⁶⁰ vgl. Roxin, NStZ 1995, S. 467.

⁶¹ BGH NStZ 1995, S.410 (S. 411).

⁶² vgl. BGHSt, S.347 (S. 347).

⁶³ vgl. BGH NStZ 1996, S.502 (S. 502ff).

Soweit zum gegenwärtigen Meinungsstand hinsichtlich eines Verwertungsverbotes für Aussagen, die der Beschuldigte in einem scheinbar vertraulichen Gespräch den Strafverfolgungsbehörden gegenüber gemacht hat. Maßgeblich zur Entscheidung dieser Frage, aber auch für die Zulässigkeit der Informationsgewinnung durch verdeckte Ermittler⁶⁴, ist dannach, ob die Situation der verdeckten Aushorchung im scheinbaren Privatgespräch der in

§ 136 StPO geregelten gleichzustellen ist. Die Regelung des § 136 StPO gewährt hierzu zwei Auslegungen unterschiedlicher Reichweite. Die Belehrungspflicht nach § 136 I 2 StPO sichert die Kenntnis des Beschuldigten von seiner Aussagefreiheit. Sie könnte daher den Beschuldigten vor dem irrtümlichen Glauben schützen, er sei zur Aussage verpflichtet, auch wenn er sich durch diese selbst belasten oder überführen würde.⁶⁵

Andererseits ist auch eine weitergehende Auslegung des § 136 I 2 StPO möglich, die eher dem nemo-tenetur-Grundsatz gerecht werden würde. Nach diesem Gebot ist es dem Staat möglicherweise generell verwehrt, den Beschuldigten durch die Vorenthaltung der Belehrung zu einer Selbstbelastung zu veranlassen.⁶⁶ Maßgeblich wird dieser Unterschied dieser beiden Ansätze dann, wenn die Äußerung gegenüber einer Person in einer Unterhaltung erfolgt, der der Beschuldigte privaten Charakter zumißt, während die Person in der Tat ein V-Mann, Informant oder eine sonstige von den Ermittlungsbehörden auf einen Beschuldigten angesetzte Privatperson⁶⁷, oder eben ein privat, nämlich verdeckt auftretender Ermittler ist. Für eine ausdehnde Bedeutung des § 136 I 2 StPO spreche, daß der Schutzgehalt hinsichtlich der Freiheit des Beschuldigten, über seine Mitarbeit an der Aufklärung zu entscheiden, nur zum Tragen kommt, wenn er nicht ohne Mühe umgangen werden kann.⁶⁸

In diesem Sinne begründete die Rechtsprechung das Verwertungsverbot einer durch Täuschung erlangten Stimmprobe des Angeklagten damit, daß das Verbot, sie vom Angeklagten zu erzwingen, wirkungslos wäre, würde es durch die Täuschung des Angeklagten zur Erreichung desselben Zwecks umgangen werden können⁶⁹. Das

⁶⁴ vgl. Roxin, NStZ 1995, S. 468; BGH

⁶⁵ vgl. BGHSt 10, S.393 (S. 394); 22, S.35 (S. 36); 39, S.347 (S. 353); SK - Rogall, § vor 133, Rdnr. 164; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 110c, Rdnr. 2; KK- Nack, § 110, Rdnr. 7; SK - Rudolphi, § 110c, Rdnr. 13.

⁶⁶ BGH NStZ 1995, S.410 (S.411); Roxin, NStZ 1995, S. 467.

⁶⁷ BGH NStZ 1995, S.410 (S.411).

⁶⁸ BGH NStZ 1995, S.410 (S.411); Roxin, NStZ 1995, S. 466ff.

⁶⁹ vgl. BGHSt 34, S.39 (S. 43ff).

scheinbare Privatgespräch bei der Hörfalle gehe damit über die bloße Heimlichkeit bei der Erhebung des Beweises hinaus.⁷⁰ Das staatlich manipulierte Gespräch könne einem schlichten Privatgespräch deshalb nicht gleichgesetzt werden, weil im Gegensatz zum unbeteiligten Privaten die V-Person von den Ermittlungsbehörden mit Informationen ausgestattet werden, die das gezielte Aushorchen der Verhörsperson ermöglichen oder fördern.⁷¹

Demnach spreche wesentliches dafür, das Gerichte und Strafverfolgungsbehörden das Verbot der Selbstbelastung nicht dadurch umgehen, daß sie sich die Beweise heimlich verschaffen.⁷² Es ist jedoch fraglich, ob das nemo-tenetur-Prinzip und § 136 I 2 die richtigen Anknüpfungspunkte sind. Darüber, daß die Äußerungsfreiheit als Grundfall der Belehrungspflicht nicht beeinträchtigt ist, besthet nach obiger Ausführungen zunächst Einigkeit. Daß § 136 I 2 StPO nicht allein die Äußerungsfreiheit garantiert, läßt sich auch der darüberhinaus enthaltenen Hinweispflicht auf die Möglichkeit der Verteidigerkonsultation entnehmen. Zwar soll hierdurch der Beschuldigte vor unüberlegten Selbstbezeichnungen bewahrt werden⁷³; dies läßt sich aber eher dem im fair trial-Prinzip angesiedelten Gebot auf effektive Verteidigung zuordnen und nur mittelbar dem Selbstbelastungsverbot. Denn ebensowenig, wie § 136 StPO die Positivierung des gesamten nemo-tenetur-Prinzips darstellt⁷⁴, erfaßt dieses den gesamten in § 136 StPO angelegten Schutz des Verfahrensstellung des Beschuldigten. Das nemo-tenetur-Prinzip verbiete, wie die §§ 58, 81, 81a, b StPO zeigen, nicht alle Fälle, in denen der Beschuldigte an seiner Überführung mitwirke.

Es ist zwar anerkannt, daß der Zwang des Beschuldigten zur aktiven - im Gegensatz zur nur erduldeten - Selbstbelastung mit der Menschenwürde unvereinbar ist⁷⁵ und ihn zu einem bloßen Mittel der Wahrheitfindung herabwürdigen. Eine solche Verletzung kann hingegen nicht generell in der Verwertung der von ihm selbst geschaffenen Beweise liegen.

⁷⁰ BGH NStZ 1995, S.410 (S.411).

⁷¹ vgl. BGH NStZ 1995, S.410 (S.411).

⁷² vgl. BGH NStZ 1995, S.410 (S.411) unter Hinweis auf Karlheinz Meyer, JR 1987, S. 215; Roxin, NStZ 1995, S. 466.

⁷³ vgl. Roxin, NStZ 1995, S. 466.

⁷⁴ Roxin, NStZ 1995, S. 466.

⁷⁵ vgl. SK - Rogall, vor § 133, Rdnr. 141; Weßlau, Vorfelddermittlungen, S. 212.

Selbstverständlich ist die Verwertbarkeit eines formell ordnungsgemäß ergangenen Geständnisses, aber auch in dem fehlenden Willenselement des Beschuldigten, der sich selbst belastet, kann eine Verletzung nicht ohne weiteres liegen. Denn demgegenüber müßte bereits der sogar möglicherweise entgegenstehende Wille des Beschuldigten bei zweifelsfrei nach §§ 58, 81 a, b StPO zulässigen Zwangsmaßnahmen schwerer wiegen.

Die objekthafte Behandlung liegt hingegen in der Mißachtung des notstandsähnlichen Zwiespalts, in dem der Beschuldigte sich befindet, wenn er gegen die kaum beherrschbaren Selbsterhaltungs- oder Freiheitstrieb, die ihn von der Selbstbelastung abhalten, zu einer Aussage gezwungen wäre und dadurch aufgrund eigener Willenskraft sein Schicksal dem staatlichen Streben nach Strafverfolgung unterwerfen müße⁷⁶; das in § 136 StPO enthaltene nemo-tenetur-Prinzip also nicht generell vor dem Verlust der Dispositionsfreiheit über seine Aussage schützt. Ebenso wenig davor, daß sich der Beschuldigte bei freiwilligen Aktivitäten selbst verrät.⁷⁷ Auch die Täuschung ist in dieser Ausprägung nicht erfaßt, vielmehr regelt § 136a den Rahmen, in dem sie prozessual verboten ist. Festzuhalten ist daher nach dem Gesagten, daß die verdeckte Ermittlung allgemein als Methode das nemo-tenetur-Prinzip nicht verletzt und auch nicht aushöhlt.

cc) Grenzen der Befugnis zur Informationserhebung gem. § 110a StPO

Es stellt sich jedoch die Frage, ob es im konkreten Fall nicht eines Abgrenzungskriteriums bedarf, um differenzieren zu können, ob ein Gespräch des verdeckten Ermittlers noch von der Befugnis zur Informationserhebung gedeckt ist, oder ob mißbräuchlich eine sogenannte „vernehmungähnliche Situation“ herbeigeführt werden sollte.

Zunächst umfaßt die Befugnis zur verdeckten Ermittlung die Täuschung über die legendenbedingten persönlichen Daten (§ 110a II StPO) , die nötig sind, um in das Umfeld der Zielpersonen der Ermittlungen zu gelangen, die entweder selbst der Begehung der aufzuklärenden Straftat verdächtig sind, oder von denen Informationen hierüber zu erwarten sind .

Damit ist aber noch nicht der Umfang der Befugnis zur Informationengewinnung festgelegt.

⁷⁶ vgl. Günther, GA 1978, S. 194; SK - Rogall, vor § 133, Rdnr. 132ff.

⁷⁷ vgl. Weßlau, Vorfeldermittlungen, S. 212; Beulke, StV 1990, S. 182.

Durch §§ 110a II 2, 110c 2 StPO wird im Gesetz anerkannt, daß die Nutzung der Legende eine Täuschung sein kann, wobei das in § 136a StPO enthaltene Täuschungsverbot beschränkt wird.⁷⁸ Die gesetzliche Ermächtigung könnte damit aber gleichzeitig eine Begrenzung darstellen, die dann rechtstaatlichen Anforderungen genügt, wenn der Begriff des Ermittlens in § 110a III StPO seinerseits im Lichte § 136a StPO ausgelegt wird.⁷⁹

Das würde bedeuten, daß in dieser einschränkenden Auslegung schon der Umfang der Befugnis die Einschränkung des Täuschungsverbots kompensiert wird, indem dem verdeckten Ermittler untersagt ist, getarnt ein vernehmungähnliches Gespräch zu führen. Paralell hierzu wird hinsichtlich des § 136 I 2 StPO allgemein eine Befreiung des verdeckten Ermittlers von der Belehrungspflicht angenommen⁸⁰, da eine Belehrung des Beschuldigten komme stets einer Enttarnung des Ermittlers gleichkomme..

Die Belehrungspflichten und Täuschungsverbote bei Verdeckten Ermittlern können nur mit Hilfe der speziellen Gesetzesgrundlage der §§ 110aff außer Kraft gesetzt werden⁸¹.

Wenn aber der Beamte bei seiner Gesprächsführung den nemo-tenetur-Grundsatz dennoch strikt zu beachten hätte⁸², müßte nach obiger Auffassung der Schutzgehalt des § 136 I 2 StPO auch in den Umfang der Ermittlungsbefugnis einfließen, weshalb sich aus diesem Grunde ein Verbot vernehmungähnlicher Gespräche ergeben würde.

Da die Gespräche zwischen dem verdeckten Ermittler und dem Beschuligten unter Aufrechterhaltung der Legende stets nicht als Vernehmungen durchgeführt werden, sind die genannten Vorschriften zunächst nicht anwendbar. Auch wenn im Rahmen der Vernehmungsvorschriften der Vernehmungsbegriff umstritten ist (s.o.), so kann man schon aufgrund der Stellung der Vorschriften im Gesetz davon ausgehen, daß die

§§ 136ff StPO von einer offenen Vernehmung ausgehen; die bisher gemachten Erörterungen (s.o.) haben zum anderen ergeben, daß verdeckte Ermittlungen nicht gegen die genannten Vorschriften verstießen, da Äußerungen gegenüber einem getarnten Beamten stets freiwillig gemacht werden und daher nicht den besonderen

⁷⁸ vgl. Krey, Gutachten, Rdnr. 220.

⁷⁹ vgl. Strate, 13 StV-Tag 1989, S. 87: Zitat aus der Begründung des Referentenerntwurfs des StVÄG (1988), S.91.

⁸⁰ KK- Nack, § 110c, Rdnr. 16; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 110c, Rdnr. 2.

⁸¹ vgl. BGH NStZ 1995, S.513 (S. 513).

⁸² Begründung des Referentenerntwurfs des StVÄG (1988), S.91 zitiert bei Strate, 13 StV-Tag 1989, S. 87.

Schutzzweckbereich der Normen zuwiderlaufen (s.o). Problematisch ist nur, daß sich den Strafverfolgungsbehörden durch die Möglichkeit des getarnten Gesprächs ein Weg zur gezielten Umgehung von offenen Vernehmung eröffnet und somit rechtstaatliche Gewährleistungen abgebaut werden könnten.

Es stellt sich nun die Frage, wann durch den Einsatz eines verdeckten Ermittlers mißbräuchlich eine vernehmungähnliche Situation bzw. ein verdecktes Verhör herbeigeführt wird, um die durch das Prinzip der förmlichen Vernehmungen geschützten Rechte des Beschuldigten hinsichtlich seiner kommunikativen Kompetenz, wie das rechtliche Gehör oder das Recht auf effektive Verteidigung zu umgehen.

Nach einer Auffassung⁸³ komme es bei der Beurteilung der Informationsgewinnung auf die verfolgte Zielrichtung des Ermittlers hinsichtlich der gewählten Form der Befragung, auf seine Mißbrauchsabsicht an. Indizien für eine Mißbrauchsabsicht des Ermittlers können in der Art und Richtung der Fragen begründet liegen.

Genauso wie die Stärke des gehegten Verdachts und die Zielstrebigkeit des Vorgehens auf den Befragten im Fall, daß ein Verdächtiger bei der offenen Vernehmung mißbräuchlich als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen ,berücksichtigt wird, bedarf es solcher Anzeichen auch zur Bestimmung der Mißbrauchsabsicht. Ein weiterer Anknüpfungspunkt hierfür liegt in der Stärke des Tatverdachts von dem abhängt, ob und wann der Befragte von den Strafverfolgungsbehörde als Beschuldigter anzusehen ist.

Eine Vernehmung werde mißbräuchlich dadurch ersetzt, wenn die einem Gespräch zugrundeliegende Motivation nach der Verdachtsstärke und Konkretheit des Vorgehens auf die Gewinnung von Beweisen gegen einen bestimmten Beschuldigten gerichtet ist. Diese mißbräuchliche Umgehung begründe ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der hierbei erlangten Informationen.

Ebenso tendiert eine weitere Ansicht wohl in Richtung mißbräuchliche Umgehung des § 136 in Form eines verdeckten Verhörs, dann nämlich, wenn der Verdeckte Ermittler durch eine von ihm initiierte und gezielte Befragung des Tatverdächtigen über eine schon abgeschlossene Straftat Beweismittel erlangen will, die gegen den Verdächtigen eingesetzt werden sollen.⁸⁴

⁸³ Erfurth, Verdeckte Ermittlungen, S. 102ff.

⁸⁴ KK- Nack, § 110c, Rdnr. 18.

Nach den zuletzt genannten Ansichten findet die Befugnis des Verdeckten Ermittlers hinsichtlich seiner Ermittlungsmethoden also dort seine Grenze, wo die Art und Weise der Informationserhebung gezielt eingesetzt wird, um die Beschuldigtenvernehmung zu umgehen. Ergänzend ist anzumerken, daß die soeben erörterten Abgrenzungsschwierigkeiten

hinsichtlich einer vernehmungähnlichen Situation allein aus der Annahme eines formellen Vernehmungsbegriff resultiert.

Welche Bewertung sich hinsichtlich der so erhobenen Beweismittel im Hinblick auf deren Einführung in die Hauptverhandlung ergibt, wird im weiteren Verlauf der Darstellung zu erörtern sein.

dd) Beweisverwertungsverbote

Ist bei der Erhebung eines Beweises ein Verfahrensfehler unterlaufen, so stellt sich die Frage, ob dies zu einem Beweisverwertungsverbot für die Hauptverhandlung führt.

(1) Begriff

Die Behauptung, es bestehe im Hinblick auf bestimmtes Beweismaterial ein Beweisverwertungsverbot, beinhaltet, daß die Verwertung spezifischer Tatsachen bei der Beweiswürdigung nicht erfolgen und die Tatsache auch nicht Gegenstand der Urteilsbegründung sein darf.⁸⁵ Man unterscheidet selbständige von unselbständigen Beweisverwertungsverböten.

Unselbständige Beweisverwertungsverböte resultieren aus Verstößen gegen Beweiserhebungsverböten. Beweiserhebungsverböte sind einerseits Beweisthemenverböte (z.B.

§ 51 BZRG), andererseits Beweismittelverböte (z.B. § 52ff StPO) und Beweismethodenverböte (z.B. § 136a StPO)⁸⁶. Nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot führt zu einem Beweisverwertungsverbot.⁸⁷

Beweisverwertungsverböte können sich auch ohne einen Verstoß gegen Beweiserhebungsverböte ergeben. Diese selbständigen Beweisverwertungsverböte können sich aus Grundrechten, staatlichen Selbstbeschränkungen bei der Beweiserhebung und

⁸⁵ Roxin, StrafverfahrensR, § 24 Rdnr., 23ff.

⁸⁶ Roxin, StrafverfahrensR, Rdnr. § 24 14ff.

⁸⁷ Roxin, StrafverfahrensR, Rdnr. § 24 18.

aus dem fair-trial-Grundsatz konstituieren. Desweiteren wird zwischen gesetzlichen Beweisverwertungsverböten, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, und Beweisverwertungsverböten, die sich aus normativen Überlegungen (Verfassung, fair-trial-Grundsatz, allgemeine Verfahrensgrundsätze) herleiten, differenziert.⁸⁸ Die Begründung von Beweisverwertungsverböten ist unabhängig von expliziten gesetzlichen Bestimmungen zulässig, da nach einhelliger Auffassung Beweisverwertungsverböte nicht abschließend im Gesetz geregelt sind. Die Folge ist, daß bis auf die, die sich aus dem Gesetz ergebenden Beweisverwertungsverböte (z.B. § 136a III 2, StUG, § 51 I BZRG), alle anderen Fälle lebhaft umstritten sind.⁸⁹

(2) § 136a I, III

Nach dem oben gesagten finden nach überwiegender Ansicht⁹⁰ die §§ 136a I, 163 a III auf eine Befragung durch Verdeckte Ermittler keine Anwendung und somit unterliegen die Angaben des Befragten nicht dem durch § 136a III StPO angeordneten Verwertungsverbot. Begründet wird dies damit, daß bei dieser Beweiserhebung keine formelle Vernehmung vorliege und die verdeckte Ermittlung überdies eine von den §§ 110a ff StPO erlaubte Täuschung ist (s.o). Die Befragung in Form der verdeckten Vernehmung und von Hörfällen stellt nur dann eine Täuschung im Sinne von § 136a dar, wenn über die Verschleierung des amtlichen Charakters der Befragung hinaus mit spezifisch täuschenden Mitteln auf den Befragten eingewirkt wird.⁹¹

Selbst wenn man man einen materiellen Vernehmungsbegriff zugrundelegt, so verstößt die legendenbedingte Täuschung des Befragten nicht gegen § 136a StPO, denn das Merkmal der Täuschung ist nach allgemeiner Auffassung⁹² restriktiv auszulegen (s.o), es muß eine den übrigen Modalitäten des § 136a vergleichbare Zwangswirkung vorliegen.⁹³ Zu einem anderen Lösungsansatz gelangt man nur, wenn man in dem Hervorrufen und Unterhalten der irrigen Annahme beim Betroffenen, ein vertrauliches Gespräch zu führen,

⁸⁸ Gössel, GA 1991, S. 500f.

⁸⁹ Roxin, StrafverfahrensR, Rdnr. § 24 20ff.

⁹⁰ KK - Boujong, § 136a, Rdnr. 6.

⁹¹ vgl. BGHSt 33, S. 220 (S.223); SK - Rogall, § 136a, Rdnr. 21, 57;

in diesem Sinne auch KK - Boujong, § 136a, Rdnr. 6..

⁹² SK - Rogall, § 136a, Rdnr. 45; LR - Hanack, § 136a, Rdnr. 33; BGHSt. -GS- 42 , S.139 (S.149).

⁹³ Sternberg-Lieben, Jura 1995, S. 307.

beispielsweise bei der sogenannten Hörfalle, eine Täuschung sieht und folglich § 136a StPO anwendet.⁹⁴

Zur Annahme eines Verwertungsverbotes gemäß §§ 136 I 2 , 136a III kommt wohl die Ansicht, der zufolge eine Stellungnahme des Beschuldigten zum Tatvorwurf nur in Form einer förmlichen Vernehmung zu erfolgen habe. Eine weitere Ansicht bewertet den Einsatz verdeckter Ermittler zwar als Grundrechtseingriff, für den es im Hinblick auf eine Kraftloserklärung der §§ 136 I 2, 163a einer Ermächtigungsgrundlage, die § 110c gerade nicht beinhaltet, bedarf, die mit der Tarnung verbundene Täuschung aber als von §§ 110a ff gedeckt und somit § 136a für nicht anwendbar.⁹⁵

(3) §§ 136 I 2, 163a IV StPO

Weiterhin ist zu klären, ob es bei Befragungen im Rahmen von verdeckten Ermittlungen zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der hieraus erlangten Angaben kommen kann.

Laut Rechtsprechung⁹⁶ führt der Verstoß gegen die Pflicht aus §§ 136 I 2, 163a IV StPO, den Beschuldigten über sein Aussageverweigerungsrecht zu belehren zu einem Verwertungsverbot. Die Nichtbelehrung unterläuft das Schweigerecht des Angeklagten und eine gleichzeitige Verwertung seiner Aussage würde den Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot vertiefen.

Ausgehend von einem formellen Vernehmungsbegriff besteht Einigkeit innerhalb der herrschenden Meinung - Rechtsprechung und überwiegende Meinung in der Literatur (s.o.) , daß die Vorschrift des § 136 I 2 zunächst nicht unmittelbar auf die Situation der verdeckten Ermittlung gemäß §§ 110a ff übertragbar ist. Darüberhinaus wird angeführt, daß die Befugnisnormen der §§ 110a ff eine Befreiung des Verdeckten Ermittlers von den sonst für ihn geltenden Belehrungspflichten nach §§ 136 I, 163a IV, V beinhalten⁹⁷, so daß für die durch Befragung ohne Belehrung erlangten Aussagen eines Beschuldigten kein Verwertungsverbot besteht.

⁹⁴ LR - Hanack, § 136a, Rdnr. 37a.

⁹⁵ Weiler, GA 1996, S. 114.

⁹⁶ BGH, NstZ 1992, S.294 (S. 294).

⁹⁷ Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 110c, Rdnr. 2.

Demgegenüber betont eine Ansicht ⁹⁸, daß ein Beweisverwertungsverbot für die Bekundungen aus solchen, vom verdeckten Ermittler initiierten vernehmungähnlichen Gesprächen über bereits begangene Taten anzunehmen ist, wenn das Schweigerecht des Beschuldigten nach den Grundsätzen der Rechtsprechung⁹⁹ oder das Zeugnisverweigerungsrecht infolge einsatzbedingt unterbliebener Belehrung mittelbar verletzt wurde.

Dafür spricht, daß § 110c S.3 für die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers auf die allgemeinen Gesetze verweist und daß der nemo-tenetur-Grundsatz Verfassungsrang¹⁰⁰ hat, durch einfache Gesetze nicht außer Kraft gesetzt werden kann.

Dies deutet an, daß innerhalb der „herrschenden Meinung“ im Grenzbereich der vernehmungähnlichen Situation ein Verwertungsverbot unter entsprechender Anwendung des § 136 I2 angenommen wird.

Umstritten ist innerhalb der „herrschenden Lehre“ jedoch, ob heimliche Befragungen, die außerhalb der eigentlichen verdeckten Ermittlungstätigkeit mit Hilfe sogenannter Hörfallen (gezielt veranlaßte scheinbare Privatgespräche, die die Ermittlungsbehörden oder von ihnen Beauftragte mithören) erfolgen, eine Umgehung der förmlichen Vernehmung unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Belehrung ein Verwertungsverbot auslösen.

Vielfach wird in diesen Fällen ein Verstoß gegen § 136 StPO angenommen. Der Grund hierfür ist, daß der Sinn des § 136 darin liegt, daß er vor staatlich veranlaßter irrtumsbedingter Selbstbelastung schützen soll (s.o).¹⁰¹ Gegen diesen Sinn wird verstoßen, wenn man die Verwertung der Beweisergebnisse der Hörfälle in einem Strafverfahren zuläßt.

Der BGH wendet hiergegen ein, daß der Sinn des § 136 nur darin liege, vor dem Irrtum zu schützen, daß man in formellen Vernehmungssituationen zur Aussage verpflichtet sei.¹⁰²

⁹⁸ KK- Nack, § 110c, Rdnr. 8.

⁹⁹ In Aufgabe der ursprünglichen Rspr. (BGHSt 22, S.170 (S.172ff)) jetzt BGHSt 38, S.214 (S. 214).

¹⁰⁰ vgl. BVerfGE 56, S.37 (S. 41).

¹⁰¹ Roxin, NStZ 1995, S. 465.

¹⁰² vgl. BGH, NStZ 1996, S.502 (S. 502).

Der BGH folgt hierbei wohl wieder seiner Abwägungslehre. Nach diesem Konzept wird ein Beweisverwertungsverbot nur angenommen, wenn die verletzte Vorschrift ein Interesse des Angeklagten schützt, was gewichtiger ist als das Interesse an der Effizienz der Strafverfolgung.¹⁰³

Diese Auffassung wird von der Literatur kritisiert.¹⁰⁴ § 136 StPO will den Subjektstatus des Beschuldigten schützen, sein Recht, sich nicht als Beweismittel gegen sich selbst verwenden zu müssen. Die Rechtsprechung des BGH entleert den Sinn des § 136 StPO. Das Bemühen des BGH das als rechtsstaatlich bedenklich erkannte Ermittlungsinstrument der Hörfälle restriktiv zu handhaben, indem in einigen Fällen ein Beweisverwertungsverbot angenommen wird., insbesondere in Fällen weniger schwerwiegender Kriminalität.

Unklar bleibt, was dies für Fälle sind und wie sich aus diesen normativ ein Beweisverwertungsverbot herleiten läßt. Diese Rechtsprechung führt also nicht zu einer klaren Regel, sondern erfordert fallspezifisches Abwägen (s.o.). Verdeckte Ausforschung eines Beschuldigten kann nur dann als legitim angesehen werden, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich in Einschränkung des § 136 StPO eine verdeckte Ermittlung zuläßt, was partiell im Rahmen des § 110a StPO geschieht.¹⁰⁵

Nach der Gegenansicht, welche einen materiellen Vernehmungsbegriff präferiert, unterliegen die Befragungen im Rahmen verdeckter Ermittlungen sowie der Hörfälle grundsätzlich den Belehrungspflichten des § 136 und somit führt ein Unterlassung dieser zu einem Verwertungsverbot. Eine Ausnahme hiervon ist nur durch eine ausdrücklich Regelung, welche eine verdeckte Befragung vorsieht oder erlaubt, in Betracht zu ziehen¹⁰⁶.

Hinsichtlich der verdeckten Ermittlung kommt diese Ansicht, wenn und soweit die Gesetzesregelung über Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff StPO) als „Erlaubnistatbestand“ für deren verdeckte Befragung betrachtet werden, gleichfalls zu dem Ergebnis, daß sich ein Verwertungsverbot nur aus § 136a und anderen rechtsstaatlichen Grundsätzen, nicht

¹⁰³vgl. BGHSt 19, S.325 (S. 325ff).

¹⁰⁴Roxin, NStZ 1997, S. 19, 20.

¹⁰⁵vgl. Roxin, NStZ 1997, S. 18.

¹⁰⁶LR - Hanack, § 136, Rdnr. 64.

jedoch aus einer unterlassenen Belehrung ergibt. Die „Hörfallen“ als Vernehmungen im Sinne von § 136 I führen bei unterlassener Belehrung zu einem Verwertungsverbot.¹⁰⁷

Die Auffassungen¹⁰⁸, die die in Frage stehende Ermittlungsmaßnahmen als Grundrechtseingriff bewertet, der durch eine ausdrückliche Befugnisnorm gedeckt sein muß (s.o.), führt bei den „Hörfallen“ wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage für verdeckte Befragungen von Beschuldigten zu strafrechtliche Verantwortung begründenden Sachverhalten in §§ 110a ff¹⁰⁹, ebenfalls zur Bejahung einer Belehrungspflicht. Die §§ 161,163 sind in diesem Zusammenhang keine Befugnisnormen für Grundrechtseingriff, sondern lediglich Aufgabennormen.¹¹⁰

Einschränkend anzumerken ist jedoch, daß der Umfang der Befugnisse, welche die §§ 110a ff gewähren noch nicht abschließend geklärt ist.¹¹¹

Zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich einer verdeckten Befragung kommt eine Auffassung¹¹², die aufgrund der Fortgeltung der §§ 136 I 2, 163a IV über § 110c S.3 für verdeckte Ermittler, in der Vorschrift des § 110c keine Befugnisnorm sehen, welche die Anwendung der §§ 136 I 2, 163a IV außer Kraft setzt und somit ein Verwertungsverbot im Falle einer unterlassenen Belehrung annimmt.

(4) §§52, 252

Im folgenden wird zu erörtern sein, ob der Einsatz verdeckter Ermittler zur Informationserhebung bei zeugnisverweigerungsberechtigten Personen zur Anwendung der §§ 52, 252 StPO führt.

Einigkeit besteht zunächst darin, daß die unterlassene Belehrung eines Angehörigen des Beschuldigten über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 I und III StPO zur Unverwertbarkeit von dessen Aussage führt¹¹³, soweit er diese in Unkenntnis dieses Rechts gemacht. Der Grund hierfür ist, daß die Zeugnisverweigerungsrechte zwischen

¹⁰⁷vgl. LR - Hanack, § 136, Rdnr. 66.

¹⁰⁸Weiler, GA 1996, S.107; so Derksen in Anmerk zu BGH JR 1997 S.163 (S.169); Fezer, NStZ 1996, S.290.

¹⁰⁹so i.E. Fezer, NStZ 1996, S.290; a.A. Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 110e, Rdnr. 2.

¹¹⁰Lammer, Verdeckte Ermittlungen, Rdnr. 154.

¹¹¹vgl. Roxin, NStZ 1995, S. 468.

¹¹²Weiler, GA 1996, S. 107.

¹¹³BGH StV 1981, S.4 (S. 4); hierzu umfangreich m. w. Nachweise bei Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 52, Rdnr. 33.; vgl. BGHSt 33, S.154 (S. 157); BGHSt 7, S.196 (S. 197ff).

Verwandten dazu dienen, familiäre Konflikte zu verhindern. Wird der Angehörige über sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht aufgeklärt und fühlt er sich verpflichtet auszusagen, würde eine Beweisverwertung dieser Aussage gerade die Konflikte produzieren, die § 52 StPO verhindern will. Der Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot würde bei der Beweisverwertung vertieft werden. Diese Bestimmung gilt bei staatsanwaltlichen (§ 161a I 2) und polizeilichn Vernehmungen (§ 163a V) entsprechend. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur geht von einem formellen Vernehmungsbegriff - einer offenen Vernehmung - bei § 52 I StPO aus, sodaß die Befragung von Zeugen durch verdeckte Ermittler nicht zu einer Belehrungspflicht gem. §§ 163a V, 52 III StPO unter gleichzeitiger Beachtung des §§ 163a V, 136a StPO führt.

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man eine Befreiung des verdeckten Ermittlers von den Belehrungspflichten annimmt¹¹⁴, weil dies in der Natur der verdeckten Ermittlung liege¹¹⁵ (s.o.). Die strikte Anwendung des materiellen Vernehmungsbegriff bei § 52 StPO wird wohl zu einer Belehrungspflicht der zeugnisverweigerungsberechtigten Person und bei einem Verstoß hiergegen zu einem Verwertungsverbot der in einer heimlichen Befragung gemachten Angaben führen. Zum gleichen Ergebnis kommt die Ansicht im Schriftum, die in den §§ 110a ff StPO keine - im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung des Zeugen - die Belehrungspflicht ausschließenden Normen erblickt.

Strittig ist nun in diesem Kontext, ob § 252 StPO Anwendung findet, wenn ein Zeuge, der ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I StPO hat, vor der Hauptverhandlung von einem Verdeckten Ermittler befragt wird bzw. ein Gespräch über tatrelevante Details führt, von diesem Recht in der Hauptverhandlung Gebrauch macht.

§ 252 StPO ist zentrales gesetzliches Beweisverwertungsgebot. Nach Auffassung des BGH stellt § 252 StPO nicht nur ein Verlesungsverbot sondern auch ein grundsätzliches Verwertungsverbot der früheren Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten dar¹¹⁶, denn die Vorschrift des § 252 ist eine Ergänzungsvorschrift zu § 52 StPO. § 252 schränkt

¹¹⁴Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 110c, Rdnr. 2ff; KK - Nack, § 110a, Rdnr. 15.

¹¹⁵vgl. KK - Nack, § 110c, Rdnr. 16.

¹¹⁶vgl. BGHSt 2, S. 99 (S. 101).

somit die richterliche Aufklärungspflicht gemäß § 244 II StPO ein, sodaß es nach heute überwiegender Meinung¹¹⁷ prinzipiell unzulässig ist, auf andere Beweismittel, wie die Verhörsperson¹¹⁸ bzw. Zeugen von Hörensagen zurückzugreifen.

Das Verwertungsverbot aus §§ 52, 252 StPO knüpft an Aussagen des Zeugen in früheren Vernehmungen an. Die Vernehmung ist bei dieser Vorschrift im weiten Sinn zu verstehen. Der Zeuge wird nach überwiegender Auffassung auch dann vernommen, wenn er außerhalb förmlicher Vernehmungen im Sinne von § 136,161 StPO Angaben macht¹¹⁹, so z.B. bei informatorischen Befragungen. Einschränkend verlangt die Rechtssprechung und das überwiegende Schrifttum, die einen formellen Vernehmungsbegriff vertreten, daß aus der Sicht des Zeugen zumindest eine vernehmungähnliche Gesamtsituation bestand und ein Beweiserhebungswille des Amtsträgers erkennbar zu Tage tritt.¹²⁰ Demzufolge liegt bei einem Gespräch bzw. Befragung durch einen verdeckten Ermittler mangels eines nach außen erkennbaren Beweiserhebungswillens keine Vernehmung vor; der Konflikt zwischen der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage und der Rücksichtnahme auf familiäre Bindungen kann für den Zeugen nicht entstehen, denn ob und was er sagen will steht ihm frei.

Ein Verwertungsverbot käme nur in Betracht, wenn man in dem bewußten Ansetzen verdeckter Ermittler auf den Zeugen, um ein bereits ausgeübtes Zeugnisverweigerungsrecht zu unterlaufen, eine Täuschung im Sinne von § 136a sieht¹²¹; auf § 252 läßt es sich nicht gründen.

Eine materielle Begriffsbestimmung der Vernehmung führt wiederum zu einem Verwertungsverbot der Angaben, die ein gezielt auf einen Zeugen angesetzter verdeckte Ermittler erlangt hat. Die Ansicht, die für diese Form der Beweiserhebung durch verdeckte Ermittler keine mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Einklang zu bringende Befugnis in den §§ 110a sieht, bejaht ebenso ein aus § 252 resultierendes Verwertungsverbot.

¹¹⁷ Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 252, Rdnr. 12; KK- Mayr, § 252, Rdnr. 1; LR - Gollwitzer, § 252, Rdnr. 4.

¹¹⁸ vgl. BGHSt 2, S.99 (S. 99).

¹¹⁹ vgl. BGHSt 29, S.230 (S. 232); Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 252, Rdnr. 7ff

¹²⁰ SK - Schlüchter, § 252, Rdnr. 6.

¹²¹ für den Fall des V-Mann : Rogall, JZ 1996, S. 951.

(5) rechtswidriger Einsatz des verdeckten Ermittlers

Bei der Frage nach der Verwertungsmöglichkeit rechtswidrig erlangter Informationen des verdeckten Ermittlers ist zu unterscheiden, ob die Maßnahme von Anfang an unzulässig war oder ob einer Maßnahme, gestützt auf eine polizeiliche bzw. staatsanwaltliche Eilkompetenz, später die richterliche Genehmigung versagt wird.

Für den letzteren Fall ist bis zur Verweigerung der Zustimmung durch den Richter, die Maßnahme rechtmäßig, weil die Staatsanwaltschaft bzw. Polizei bis zu diesem Zeitpunkt zuständig waren. Etwas anderes gilt nur, wenn die gesetzlichen Einsatzvoraussetzungen von Beginn an nicht vorlagen.

Wenn der Einsatz des verdeckten Ermittlers von Anfang an rechtswidrig ist, erfährt der Grundsatz im Datenschutzrecht, daß rechtswidrig erhobene Daten auch nicht mehr rechtmäßig weiterverarbeitet werden dürfen, unter dem Gesichtspunkt der Fernwirkung eine Einschränkung. Die im Zusammenhang mit der Telefonüberwachung herausgearbeiteten Grundsätze der Fernwirkung, beinhalten, daß es auf eine Abwägung zwischen der Schwere der Tat, der Schwere des Verfahrensverstößes und seiner Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ankommt.¹²² Die Rechtsprechung nimmt ein Verwertungsverbot jedenfalls dann an, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu

bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern.¹²³ Die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten soll beim Einsatz Verdeckter Ermittler aufgrund der Heimlichkeit und des Täuschungscharakters der Maßnahme das Richtervorbehalt sowie die Benachrichtigungspflicht sichern.

Folglich könnte man beispielsweise bei einer Maßnahme für die der Richter seine Zustimmung verweigert hat oder bei der die Zustimmung von Anfang an gar nicht erst eingeholt wurde, von einem Verwertungsverbot für jene Informationen ausgehen, welche verdeckt erhoben wurden.

Für den Betroffenen und seinen Verteidiger kann es sich aber als schwierig erweisen, die Verfahrensverstöße und die sich daraus ergebenden Beweisverwertungsverbote zu

¹²²vgl. KK - Nack, § 100a, Rdnr. 25ff.

¹²³vgl. BGH in JZ 1993, S.425 (S. 425).

erkennen, wenn die Akten durch die Behörde geheimgehalten werden und der verdeckte Ermittler als Beweismittel gesperrt wird.

Problematisch ist auch, wenn Daten, die im Zusammenhang der Strafverfolgung von verdeckten Ermittlern erhoben wurden anschließend für die Gefahrenabwehr verwendet werden sollen, denn für diese Zweckänderung findet sich keine gesetzliche Grundlage; sie käme deshalb nur in den Grenzen des § 34 in Betracht.

(6) Geheimhaltung nach Abschluß des Verfahrens

Die Strafprozeßordnung hat mit dem OrgKG eine Erweiterung des Zeugenschutzes erfahren, indem der in § 68 I StPO angelegte Grundsatz der Personalienangabe des Zeugen erheblich durchbrochen wurde. Die Vorschrift sieht vor, daß der Zeuge, also auch der verdeckte Ermittler, je nach Gefährdungslage die Angaben zu seinem Wohnort, seiner Person und wahren Identität oder seiner neuen Identität zu verweigern.

Letztlich wird die Anwendung im Bereich der verdeckten Ermittlung jedoch weitgehend verhindert werden durch die Pflicht, die Zugehörigkeit zu den Ermittlungsbehörden offenzulegen. Die Polizeibehörde hat jedoch die Möglichkeit ihren verdeckten Ermittler zu sperren und ihn so der Beweisaufnahme zu entziehen (§ 110b III der auf § 96 StPO verweist).

Die Geheimhaltung der Behörde wird durch die gesetzliche Konzeption der §§ 96, 54 StPO ermöglicht. Hiernach kann dem Gericht zum einen die geheimnisenthaltenden Akten vorenthalten werden und dem Beamten die Aussagegenehmigung von seinem Dienstherrn verweigert werden., wenn die Voraussetzung der Weigerungsgründe vorliegt; insbesondere wenn es zu einer persönlichen Gefährdung des verdeckten Ermittlers kommt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, daß auch die Gefahr der Enttarnung des Ermittlers ein solcher Grund ist, denn wenn man die Strafverfolgung zu den staatlichen Interessen zählt, die in ihrer Gesamtheit das Staatswohl (i.S.v. § 96 StPO) ausmachen, so können die der Strafverfolgung dienenden Ermittlungen zur Beweisgewinnung gegen den Verdächtigen nur in dem Maße einen Sinn haben, als sie einer an die Vorschrift der Strafprozeßordnung gebundenen Aburteilung zugänglich gemacht werden können;¹²⁴ die Justizförmigkeit des Verfahrens garantiert ist. Hat sich

¹²⁴Lüdersen, FS-Klug, Rdnr. 532.

die Behörde für die Sperrung des Zeugen entschieden, so ist darzulegen, warum zur Tarnung die Maßnahmen des § 68 nicht ausreichen.

Kommt es gerade im Hinblick auf die Beschuldigtenrechte nicht zu einer Offenlegung des Abwägungsprozesses, der alle in Betracht kommenden Rechtsgüter zu berücksichtigen hat¹²⁵, so ist die Sperrklärung evident rechtsfehlerhaft und hindert die Zulassung von Beweissuggeraten durch das Gericht¹²⁶, wie z.B. den Zeugen von Hörensagen.

Das Gericht ist ihrer Aufklärungspflicht (§ 244II StPO) nach, verpflichtet sich um die Freigabe des Zeugen zur persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung zu bemühen, so daß das Gericht bei einer abweichenden Rechtsauffassung hinsichtlich der Sperrklärung der Behörde ein Überdenken der Entscheidung nahelegen wird¹²⁷; eine solche kann das Gericht in der Regel weder auf dem Gerichtsweg noch prozessual erzwingen.

Der Angeklagte kann hingegen zum einen auf Erteilung einer Aussagegenehmigung (§ 54) vor dem Verwaltungsgericht und hinsichtlich einer Sperrklärung (§ 96) als justiziellen Akt auf dem Gebiet der Strafrechtspflege vor einem ordentlichen Gericht klagen (§ 23 EGGVG) klagen. Die Effektivität des Rechtsschutzes wird aufgrund der Geheimhaltung aller wesentlicher Tatsachen wohl gering sein.

Auch führt die Sperrklärung nicht grundsätzlich zu einem Verbot der Beweissurrogate, z.B. die Vorabvernehmung durch die Ermittlungsbehörde, Hörensagenzeuge. Die Verwertbarkeit dieser Surrogate ist aber im Hinblick auf eine richterliche Würdigung des Beweises dadurch eingeschränkt ist, daß der Beweisstoff einer Vorauswahl durch die vernehmende Behörde unterliegt und das das Gericht auch bei Prüfung der Glaubwürdigkeit des Beweismittels auf die Angaben der Verhörperson angewiesen ist; was die Annahme einer Prozeßsteuerung durch die Exekutive nährt.¹²⁸

Festzuhalten ist also, daß die Geheimhaltung des verdeckten Ermittlers zu einer verfahrensrechtlichen Schlechterstellung des Angeklagten bzw. Beschuldigten führen kann, weil ihm zu einen ein effektiver Rechtsschutz gegen die Sperrklärung verwehrt ist, und zum anderen die Beweisführung durch ein Beweissurrogat die effektive Verteidigung (z.B.

¹²⁵vgl. BVerfGE 57, S.250 (S. 284f, 287).

¹²⁶vgl. BGHSt 36, S.159 (S. 160).

¹²⁷vgl. BGHSt 36, S.159 (S. 163); vgl auch BGH in NJW 1981, S. 1719 (S:1725).

¹²⁸Geppert, ZStW 1983, S. 835.

Kontrolle bei der Vernehmung des Zeugen über seinen Verteidiger ausüben) in der Hauptverhandlung erschwert.

(7) Beweisverwertungsverbote und Revision

Verstöße gegen Beweisverwertungsverbote sind im Rahmen der formellen Rüge in der Revision geltend zu machen - es gilt die Form des § 344 II StPO. Es sind in der Revisionsbegründungsschrift die Tatsachen darzulegen, die den Verstoß gegen das Beweisverwertungsverbot begründen. Verstöße, die sich ausschließlich im Urteil zeigen, können mit der Sachrüge angegriffen werden.

3. Vertrauensperson

a) Gewinnung von V-Personen

Der Einsatz einer V-Person muß auf freiwilliger Bereitschaft zu dieser Tätigkeit beruhen; es gibt zumindest keine polizeirechtliche Ermächtigungsnorm, eine Person zu dieser Tätigkeit zu verpflichten¹²⁹, sowie keine strafprozessuale Norm, welche eine über die Aussagepflicht des Zeugen hinausgehende Pflicht statuiert.

Die Gewinnung von V-Personen wird häufig bei Gelegenheit der vorläufigen Festnahme angebahnt, zum Teil werden sie im Strafvollzug angeworben.¹³⁰

Die Motive für die Tätigkeit von V-Personen sind verschieden, z.B. die Hoffnung auf Vorteile im eigenen Strafverfahren, Rache an der Polizei oder in der Szene, finanzielle Vorteile oder Geltungssucht.¹³¹

Ermittlungstaktisch kommt der V-Person die Funktion zu, die Polizei mit Informationen über bestimmte Gruppen eines Milieus sowie deren geplante oder durchgeführte Straftaten zu versorgen. Dies bedingt deren Zugehörigkeit zum Milieu bis hin zur Teilnahme oder Täterschaft der betreffenden Personen an zeitlich zurückliegenden Straftaten. Die Vertrauensperson werden insbesondere dann eingesetzt, wenn Verdeckte Ermittler aufgrund fehlender Sprachkenntnisse und der ethnischen Geschlossenheit der Gruppen kaum oder nicht ohne größeres Risiko für die Betroffenen eingeschleust werden

¹²⁹im Bereich der Gefahrenabwehr siehe Böhrenz/Franke, NGefAG, § 36, Erl. 2;

¹³⁰Scherp, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, S. 88ff; Anonym, Bürgerrechte & Polizei/Cilip 60 (2/98), S. 71ff.

können und andere operative Maßnahme keinen Erfolg versprechen, weil sich die Zielpersonen z.B. gegen eine technische Überwachung abschotten.¹³²

b) Rechtsgrundlage

Der Einsatz von V-Personen erfordert eine Differenzierung in der Bewertung, ob es zu seiner Zulässigkeit einer Rechtsgrundlage bedarf. Es ist zunächst jedem Privaten unbenommen, Informationen an die Polizei zu liefern. Man kann sich diesen Vorgang der Informationsbeschaffung daher so vorstellen, daß die Person bei den Betroffenen in Freiheitsausübung Daten erhebt und diese anbietet. Hier bedarf es für die Erhebung durch die V-Person keiner Ermächtigungsgrundlage, weil hier keine eingreifenden Akte öffentlicher Gewalt vorhanden sind; die Polizei nimmt eine freiwillig angebotene Information an. Eingriffe liegen aber vor, wenn die Polizei der V-Person die personenbezogenen Zieldaten übermittelt und die Informationen der V-Person speichert und verarbeitet. Dafür gibt es überall die allgemeinen Eingriffsbefugnisse. Keine Eingriffsbefugnis wird für die Anordnung des Einsatzes der V-Person benötigt, wenn man diese Entscheidung als behördeninterne Vorentscheidung ansieht. Nach neuerer Ansicht zum Eingriffsbegriff jedoch liegt ein Eingriff vor, wenn der Staat Privaten Vorteile dafür in Aussicht stellt, daß diese Handlungen vornehmen, die den Grundrechtsbereich Dritter negativ berühren¹³³. Da für die Frage der staatlichen Eingriffstätigkeit allein das Verhältnis zum Bürger maßgeblich ist, handeln V-Personen bei der geplanten Ausforschung zu Zwecken der Strafverfolgung, wie die Verdeckten Ermittler, dem Staat zurechenbar.

Der Bundesgesetzgeber hat für den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren hingegen eine Befugnisnorm für entbehrlich gehalten. Dies wird im weiteren noch zu erörtern sein.

c) Rechtliche Probleme

Die oben angeführten Bedenken hinsichtlich einer ausreichenden institutionellen Kontrolle des Verdeckten Ermittlers lassen sich ohne weiteres auf die Ausgestaltung des Verfahrens beim Einsatz einer Vertrauensperson übertragen. Im Hinblick auf die

¹³¹Scherp, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, S. 96ff.

¹³²Lützer in Besondere Ermittlungsmaßnahmen, S. 189.

¹³³Sachs in: Stern, Das Staatsrecht der BRD -, S. 193.

Beweiserhebung und deren Verwertung in der Hauptverhandlung ergeben sich bei der V-Person im Vergleich mit verdeckten Ermittlern jedoch andere Problemkreise.

aa) Fehlende Normierung des V-Personen-Einsatzes in der StPO

Die StPO enthält keine Befugnisnorm für den V-Personen-Einsatz im Strafverfahren, stattdessen wird die V-Person als Zeuge betrachtet (s.o).

Nach der Wesentlichkeitstheorie zum Gesetzesvorbehalt ist eine Ermächtigung vonnöten, wenn auch in der Tätigkeit eines V-Mannes oder Informanten ein grundrechtsrelevantes staatliches Eingriffshandeln liegt. Die Eingriffstätigkeit eines V-Person-Einsatzes wurde bereits festgestellt, so daß es einer Rechtsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes bedarf. Die Gemeinsamen Richtlinien als Verwaltungsvorschriften erfüllen wie oben schon festgestellt nicht die an ein Parlamentsgesetz gestellten Anforderungen.

Eine Übertragung der Vorschriften über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers

(§ 110a StPO) verbietet sich aus der Tatsache, daß es sich bei V-Personen nicht um Angehörige der Strafverfolgung handelt, somit nicht deren Befugnisse, aber auch nicht deren aus dem Legalitätsprinzip resultierende Strafverfolgungspflicht haben. Die unregelte Zulässigkeit der V-Mann-Arbeit kann vielmehr die Gefahr der Umgehung der Einschränkung und Pflichten (z.B. aus dem Legalitätsprinzip) eröffnen, die die gesetzliche Regelung den Ermittlungen der Polizeibeamten zum Schutz rechtsstaatlicher Prinzipien auferlegt; dies, indem sich die Polizei zu grundrechtsverletzenden Handlungen nicht ihrer eigenen Beamten bedient, sondern zur unmittelbaren Ausführung eine „zivile“ V-Person zwischenschaltet, mit der die gleichen Effekte erzielt werden können.

Über die allgemeine Erfordernis einer Rechtsgrundlage hinaus könnten sich inhaltliche Konsequenzen für eine solche Norm aus der Tatsache ergeben, daß die V-Person keiner Bindung an den Behördenapparat unterliegt und sich ihr Einsatz so einer Kontrolle und Wahrung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien entziehen kann.

(1) Erhöhte Gefahren, die sich aus dem V-Personen-Einsatz ergeben

Der V-Personen-Einsatz weicht von dem eines Verdeckten Ermittlers ab, indem die Person extern erst ausgewählt und zur Mitarbeit gewonnen werden muß. Deshalb bedarf sowohl die Zuständigkeit und der gesetzliche Rahmen bei der Einleitung eines V-Personen-Einsatzes als auch dessen Durchführung, insbesondere die Kontrollkompetenz,

einer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung. Nach bisheriger Praxis wird die Arbeit mit V-Personen als rein polizeiliche Aufgabe angesehen, denn die Staatsanwaltschaft erfährt von einem Einsatz meist erst bei Vorlage des bei der Polizei zusammengestellten Ermittlungsmaterials; die Gewinnung von geeigneten V-Personen unterliegt bisher nur der Polizei.

Schon die Intention der Anwerbung von V-Personen setzt sich zahlreicher Bedenken aus. Denn die V-Person soll der Polizei Einblicke in bestimmte, sonst verschlossene Kriminalitätsbereiche gewähren.¹³⁴ Dies bedingt, wie sich aus der obigen Darstellung zur Gewinnung von V-Personen ergibt, daß die V-Personen meist dem kriminellen Milieu angehören oder eine kriminelle Karriere hinter sich haben, die erste Anwerbung somit meist im Zusammenhang mit einer Festnahme dieser Person steht.

Diese Kontaktaufnahme mit der potentiellen V-Person im Zusammenhang mit einem Ermittlungsverfahren birgt das Risiko in sich, daß die Polizei die Beschuldigtenstellung der Person dahingehend ausnutzt, daß sie ihr als Gegenleistung für ihre Mitarbeit Vorteile im Strafverfahren oder dessen Einstellung verspricht; hierzu ist aber nur die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichter befugt, so daß schon in diesem Stadium die Staatsanwaltschaft die Justizförmigkeit des Verfahrens sicherzustellen hat. Weiterhin ist die Motivation der V-Personen bei deren Auswahl von Bedeutung, denn hieraus resultiert die Zuverlässigkeit der Arbeit und Loyalität der Behörde gegenüber, aber auch die mit dem Einsatz verbundenen Risiken. Auch hier ist es angebracht, den Beweiswert der Informationen, der von der Zuverlässigkeit der V-Person abhängt, der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft zu unterstellen, die verantwortlich darüber zu entscheiden hat, ob die in einem Abhängigkeitsverhältnis stehende oder erpreßbare V-Person noch tragbar ist. Zum Vergleich ist heranzuziehen, daß als Verdeckte Ermittler in der Regel nur besonders erfahrene, zuverlässige und als stabil eingeschätzte Beamte in Betracht kommen.¹³⁵

Mit der Motivation der V-Person eng verbunden ist die von der Behörde für die Mitarbeit angebotene Gegenleistung. Da die Staatsanwaltschaft die Verantwortung für das Ermittlungsverfahren trägt, kann auch nur sie, an den Maßstab der Strafprozeßordnung

¹³⁴Körner, Kr 1983, S. 290.

¹³⁵Rogall, JZ 1987, S. 847.

gebunden, die Belohnung festlegen; dies setzt eine anfängliche Beteiligung der Staatsanwaltschaft voraus.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Zusage der vertraulichen Behandlung der Mitarbeit, die eine V-Person in der Regel zur Bedingung für ihre Mitarbeit macht. Während die V-Person vertrauliche Behandlung voraussetzt, um vor Repressalien geschützt zu sein, liegt diese Vertraulichkeitszusage, deren Zulässigkeit kaum bestritten wird¹³⁶, auch teilweise im Interesse der Strafverfolgungsbehörde im Hinblick auf die weitere Verwendung dieser Person.¹³⁷ Probleme ergeben sich aus der Zuständigkeit zur Zusage und ihrer Bindungswirkung. Eine Zusage begegnet dann keinen Bedenken, wenn die V-Person später als Zeuge entbehrlich ist. Eine uneingeschränkte Zusage erfordert jedoch eine Entscheidung, ob die Erforderlichkeit des Zeugen bei vorläufiger Bewertung des Ermittlungsstandes ausgeschlossen werden kann. Wird nicht so verfahren, so würde bei Nichteinhaltung der Zusage die Behörde ihre Glaubwürdigkeit verlieren, die für die weitere Anwerbung von V-Personen Voraussetzung ist.

Wenn die Ermittlungsbehörden andererseits im Hauptverfahren an der Vertraulichkeitszusage festhalten und eine Zeugeneinvernahme der V-Person verhindern, werden hierdurch die gerichtliche Aufklärungspflicht und auch die Beschuldigtenrechte betroffen.

Die Abwägung dieser einander widerstreitenden Interessen und Entscheidungen kann nur der Staatsanwaltschaft zustehen, die solch schwerwiegende Interessensabwägung nur im Zusammenhang mit der Entscheidung über den Abschluss des Verfahrens verknüpft treffen kann.¹³⁸ Zwar fordert die Gemeinsame Richtlinie für den gezielte Einsatz einer V-Person die staatsanwaltliche Anordnung, diese wird jedoch wiederum durch eine Eilkompetenz der Polizei mit nachträglicher Informationspflicht, aber ohne nachträgliche Genehmigung (der StA) relativiert; entzieht sich somit teilweise der Leitungs- und Entscheidungsbefugnis der Staatsanwaltschaft.

Den Risiken des V-Person-Einsatzes ist jedoch nicht nur auf der Ebene seiner Einleitung, sondern gerade auch bei seiner Durchführung, d.h. bei der Führung und Kontrolle der V-Person zu begegnen. Die V-Person leitet nicht nur ihr bereits vorhandenes Wissen über

¹³⁶vgl. BGH MDR 1952, S.659 (S. 659ff); Hass, V-Leute im Ermittlungsverfahren, S. 132; Kleinknecht/Meyer - Goßner, § 158, Rdnr. 16.

¹³⁷Hass, V-Leute im Ermittlungsverfahren, S. 131.

¹³⁸vgl. Kleinknecht/Meyer - Goßner, § 158, Rdnr. 17.

begangene Straftaten, den Aufenthalt und die Tätigkeiten bestehender krimineller Gruppen weiter. Darüber hinaus erteilt die Polizei bestimmte Aufträge zur Beschaffung konkreter weiterer Informationen innerhalb eines bestimmten Umfeldes und setzt die V-Person hierzu mit einer bestimmten Rolle ein, z.B. als Dealer, Transporteur oder Einkäufer von Drogen.¹³⁹ Zumindest diese letzte Handlungsweise hat den Charakter einer qualifizierten Täuschung, die der Tätigkeit der Verdeckten Ermittler gleichgestellt werden kann. Hier weist der Einsatz von V-Personen im Vergleich mit Verdeckten Ermittlern ein besonderes Risiko auf: Die V-Person ist nicht in den Polizeidienst, und damit nicht in ein Kontroll- und Weisungssystem eingebunden, während Polizeibeamte auch als Verdeckte Ermittler weiterhin ihren Dienstpflichten unterworfen sind, verbunden der Möglichkeit der disziplinarrechtlichen Sanktion.

Die V-Person steht außerhalb des Behördenapparates, so daß sich gerade in Hinblick auf ihre meist finanzielle oder eigennützige Motivation der Mitarbeit (s.o) grundsätzlich die Frage nach der Loyalität dieser Person gegenüber der Behörde und nach der Zuverlässigkeit ihrer Informationen stellt. Es besteht also grundsätzlich die Gefahr, daß das in sie gesetzte Vertrauen enttäuscht wird, z.B. indem falsche oder erfundene Informationen übermittelt werden. Dieses Risiko wird vergrößert bei einem gezielten Einsatz von V-Personen, um bestimmte Information zu erlangen, was ein Gefühl des Erfolgsdrucks auslösen kann, wobei die versprochene Belohnung dazu führen kann, das erst eine Straftat provoziert wird.¹⁴⁰ All diese Gefahren müssen beachtet und bei der Bewertung der Aussagen einer V-Person berücksichtigt werden, deshalb sollte die Staatsanwaltschaft hinsichtlich ihrer weiteren Verfahrensweise möglichst umfassende Kenntnis über die Person und Motivation der V-Person haben.¹⁴¹

Darüber hinaus verursacht die Kooperation als solche schon Risiken. So muß z.B. bei einer Vorleistung durch die Behörde diese überwachen, ob die V-Person überhaupt noch tätig wird. Die Aufgabe der Überwachung und Zuverlässigkeitskontrolle soll in der Regel einem V-Mann-Führer übertragen werden: ein Polizeibeamter, dem die V-Person zugeordnet ist, und der den Einsatz steuert.¹⁴²

¹³⁹vgl. Hass, V-Leute im Ermittlungsverfahren, S. 7f.

¹⁴⁰Scherp, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, S. 9ff.

¹⁴¹vgl. Hass, V-Leute im Ermittlungsverfahren, S. 266.

¹⁴²Scherp, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, S. 9ff.

Größe Risiken birgt zudem der Einsatz von V-Personen zu inszenierten Geschäften, weil hier schon bei den Strafverfolgungsbehörden Unsicherheiten und Grauzonen bestehen; dies gerade im Hinblick auf die Tatsache, daß im Rauschgiftbereich mit erheblichen Mengen an staatlichem Vorzeigegeld operiert wird, das die V-Person zunächst erhält.

Damit kann sich für die V-Person die Möglichkeit ergeben, sich strafbare Vorteile zu verschaffen. Daneben kann die V-Person im Schatten ihrer Tätigkeit selbst strafbare Geschäfte durchführen, denn der gute Kontakt zur Polizei kann auch zur Verschleierung von Eigengeschäften mißbraucht werden. Gegen eine der Staatsanwaltschaft nicht bekannte V-Person kann schwerlich selbst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden, Besonders wenn noch ein Fehlverhalten des V-Mann-Führes vorliegt, weswegen er zur Verantwortung gezogen werden könnte, könnte eine zusätzliche Verschleierung der Vorgänge durch die Polizei erschwerend hinzukommen.

Schließlich besteht noch die Gefahr, daß neben einer unzureichenden Gegenleistung seitens der V-Person diese die Strafverfolgungsbehörden ihrerseits ausforscht und ihr taktisches Wissen gegen zusätzliche Vorteile an die Betroffenen weiterleitet.

Diesen Gefahren kann dadurch begegnet werden, daß die Polizei die Staatsanwaltschaft lückenlos informiert über Einsätze von V-Personen und deren Ablauf und Zielsetzung schriftlich fixiert, um so der Staatsanwaltschaft durch diese Aktenführung die Möglichkeit zu geben, die Arbeit der mit V-Personen operierenden Polizeibehörde nachzuvollziehen und gleichzeitig die Spielräume der V-Person einzuzugrenzen.

Kurzum: Neben der anfänglichen Zustimmung der Staatsanwaltschaft muß ihre laufende Beteiligung an dem Verfahren durch einen ständigen Informationsfluß gesichert werden.

Hiermit kann auch einer gegenläufigen Tendenz der Polizei begegnet werden, eigene Ermittlung anzustellen, sowie der Tendenz der V-Mann-Führer, ihre Vorgesetzten und insbesondere die Staatsanwaltschaft im Dunkeln zu lassen, um eine Beanstandung ihrer oft in Augenblicksentscheidungen getroffenen Anordnungen zu vermeiden.

(2) Zusammenfassung

Aus der Betrachtung ergibt sich, daß neben den Einsatzvoraussetzungen ein Mindeststandard an Zusammenarbeit zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei, die V-Personen einsetzt, gesetzlich zu normieren ist - dies aus Gründen der Leitungs- und Entscheidungsfunktion der Staatsanwaltschaft, aber auch um eine sorgfältige

Überwachung der V-Mann-Einsätze sowie eine Verfahrensentscheidung auf der Grundlage einer durchgängigen Aktenführung zu gewährleisten.

Ein Eingriff in die bisherige Praxis und die damit verbundenen Abstriche in der Effizienz der Maßnahme durch solche Vorgaben sind durch das erheblich größere Risiko eines V-Person-Einsatzes gerechtfertigt. Indem sich die Polizei dem Milieu, gegen das sie vorgehen will, in Form der Zusammenarbeit öffnet, schafft sie gleichzeitig eine Lücke, durch die sie selbst vom kriminellen Milieu bestimmt, ausgeforscht oder korrumpiert werden kann. Der Einsatz von V-Personen müßte wegen dieser Gefahren sehr restriktiv gehandhabt werden..

bb) Geheimhaltung nach Abschluß des Verfahrens

V-Personen können unter entsprechender Heranziehung von § 96 StPO von der Behörde nach den für Verdeckte Ermittler geltenden Grundsätzen geheimgehalten werden, insbesondere im Falle einer persönlichen Gefährdung des Zeugen. Die ihnen erteilte Vertraulichkeitszusage begründet für sich keinen Auskunftsverweigerungsgrund, wenn auch durch sie ein Vertrauenstatbestand hervorgerufen wurde. Wiederum ergeben sich aus der Sperrung der Vertrauensperson bzw. des Zeugen verfahrensrechtliche Folgeprobleme dahingehend, inwieweit das Gericht an die Sperrerkklärung der Behörde gebunden ist, denn die Behördenentscheidung entzieht sich einer gerichtlichen Kontrolle, und zudem steht dem Gericht bei fehlerhafter Sperrerkklärung offen, seine Gegendarstellung zu erheben und auf die Freigabe des Zeugen hinzuwirken; eine Änderung der Entscheidung der Behörde kann es jedoch nicht erzwingen.¹⁴³ Hieraus resultiert, wie bei der Sperrung von Verdeckten Ermittlern, daß die Verteidigungsrechte des Angeklagten eingeschränkt werden; die Effektivität der Rechtsschutzmöglichkeiten (§ 23 EGGVG) für den Angeklagten in Form einer Klage gegen diese Maßnahme (auf dem Gebiet der Strafrechtspflege) wäre gering, denn durch die Geheimhaltung ist das erkennende Gericht in seiner Beurteilung ebenso begrenzt wie das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht.

cc) Beweisverwertungsverbote

¹⁴³Kleinknecht/Meyer - Goßner, § 96, Rdnr. 14.

Im sich anschließenden Abschnitt soll zunächst die Anwendbarkeit der §§ 136 I2, 136a, 163a IV auf die Befragung von Beschuldigten und der §§ 52, 252 auf die Befragung von Zeugen durch V-Personen erörtert werden, um sodann bei möglichen Verstößen gegen die jeweiligen Pflichten, ein sich hieraus ergebendes Verwertungsverbot zu untersuchen.

(1) Befragung von Zeugen durch V-Personen , §§ 52, 252

Umstritten ist zunächst die Frage, ob die §§ 52, 252 StPO auf die Befragung des aussageverweigerungsberechtigten Zeugen durch eine private V-Person Anwendung finden.

Die Rechtsprechung und eine Meinung in der Literatur. -ausgehend von einem formellen Vernehmungsbegriff- betonen, daß § 252 (entsprechend) nur auf frühere Äußerungen eines Zeugen bei einer Vernehmung anwendbar sei; der Zeuge aber auch dann i.S.v. § 252 vernommen werde , wenn er außerhalb von förmlicher Vernehmungen Angaben mache.¹⁴⁴ und dies unabhängig davon, auf wessen Initiative die Befragung stattgefunden hat.¹⁴⁵

Bei einem Gespräch zwischen einer V-Person und einem Zeugen liege keine Vernehmung vor, weil dem Zeugen keine ihm erkennbare Vernehmungsperson, Angehöriger einer Ermittlungsbehörde gegenübertritt. Heimliche Ermittlungsmaßnahmen seien also auch dann keine Vernehmungen im Sinne der StPO oder diesen gleichzustellen, wenn sie durch förmlich für den öffentlichen Dienst verpflichtete V-Personen erfolgen. Die V-Person sei Zeuge und unterliege den Regeln der StPO, dies begründe die Verwertbarkeit ihrer Wahrnehmungen im Hauptverfahren.

Zunächst wird hiergegen eingewandt, daß Beamte, die im Ermittlungsverfahren Vernehmungen durchgeführt haben, ebenfalls Zeugen im Hauptverfahren sind.

Die vom BGH angeführte gesetzgeberische Äußerung hinsichtlich der V-Personen, zeige nur, daß sich der Gesetzgeber über die Frage der Verwertbarkeit der von V-Personen erhobenen Informationen beim Beschuldigten (i.S.d. §§ 136,163a IV StPO) oder von aussageverweigerungsberechtigten Zeugen (i.S.d. §§52, 252) keine Gedanken gemacht¹⁴⁶ und nur auf die Tätigkeit der V-Person unterhalb der Schwelle eines Eingriffs in

¹⁴⁴vgl. BGHSt. 29, S.230 (S.232ff.); Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 252, Rdnr. 7ff.

¹⁴⁵vgl. BayObLG in NJW 1983, S.1132 (S. 1132).

¹⁴⁶vgl. KK- Nack, § 110a, Rdnr. 8.

Grundrechte bezogen hat. Dies zeige der § 110c, der die Befugnisse des verdeckten - Ermittlers bei der Befragung den allgemeiner Normen §§ 136 I 2, 163a IV, 52 III StPO unterstellt.

Das gleiche müsse nach einer Auffassung, welche Ausnahmen von diesen Vorschriften nur zuläßt, wenn diese gesetzlich geregelt sind, erst recht für den Einsatz von Vertrauenspersonen gelten; vorausgesetzt allerdings, daß man ihr Handeln dem Staat zurechnen kann.

Wenn es schon fraglich ist, ob die heimliche Befragung der zeugnisverweigerungsberechtigten Person durch den verdeckten Ermittler durch die Befugnisnorm der § 110a ff gedeckt ist und somit die Pflichten aus §§ 136 I 2, 163a IV, 52 III StPO außer Kraft gesetzt sind, so ist dies zweifellos der Fall, wenn für die Befragung durch V-Personen jede gesetzliche Regelung für einen Eingriff als solchen und nicht nur für dessen Umfang fehlt. Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums wendet hiergegen ein, daß die Befragung durch V-Personen den privaten Lebensbereich nicht verlasse und somit keine Eingriffsqualität habe.

Nach dem oben (unter II 3b) skizzierten neueren Eingriffsbegriff, stellt die staatlich veranlaßte Befragung des Zeugen mittels einer V-Person einen Eingriff dar, der dem Staat zurechenbar ist. Die im Verwaltungsrecht verbreitete Argumentation, daß von Handlungen staatlich beauftragter Dritter betroffene Bürger nicht schlechter gestellt werden, als er es wäre¹⁴⁷, wenn die staatlichen Organe in eigener Verwaltung, also durch Beamte gehandelt hätten, muß um so mehr im eingriffsintensivsten Bereich des öffentlichen Rechts, dem Strafrecht folglich seine Anwendung finden.¹⁴⁸ Analog zur Rechtsfigur des Verwaltungshelfer nimmt der staatlich eingesetzte Dritte Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisungen der Behörde wahr und übernimmt somit die eigentlich den staatlichen Organen zugewiesene Aufgabe der Strafverfolgung. Die Tätigkeit der V-Person muß deshalb den Strafverfolgungsbehörden zugerechnet werden und dessen Befragung ist so zu beurteilen, als hätten die beauftragenden Polizisten selbst gehandelt. Es ist also unerheblich, ob Beamte oder von den Behörden beauftragte V-Personen das Zeugnisverweigerungsrecht durch ihr heimliches Vorgehen unterminieren, denn der

¹⁴⁷Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 17ff.

¹⁴⁸Weiler, GA 1996, S. 108.

Staat muß sich diese Rechtsfehler , insbesondere die fehlende Belehrung gemäß § 52 III zurechnen lassen.¹⁴⁹

Nach dem soeben gesagten, führt die Befragung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen durch eine V-Person zu einem Verstoß gegen die von § 52 I geschützte Willensfreiheit, beeinträchtigt das Informationsbeherrschungsrecht des Zeugen. Die hierdurch erlangten Angaben führen zu einer ähnlichen Zwangslage des sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufenden Zeugen wie die, die von § 252 als Ergänzungsvorschrift zu § 52 sie eigentlich verhindern soll - die Entschließungsfreiheit des Zeugnisverweigerungsrechtes bis zur Einvernahme des Zeugen in der Hauptverhandlung aufrechtzuerhalten. und ihn davor zu schützen voreilig zur Belastung des Angeklagten beizutragen. Der durch die Angaben gegenüber der V-Person entstandene Aussagedruck beim Zeugen soll durch den § 252 mit seinem Verwertungsverbot verhindert werden. Demnach kommt es bei der heimlichen Befragung durch V-Personen zur entsprechenden Anwendung des § 252 mangels positiv-rechtlicher Ausnahmeregelung¹⁵⁰.

Zum gleichen Ergebnis kommt eine Auffassung¹⁵¹, die ihren Lösungsansatz von materiellen Vernehmungsbegriff aus entwickelt und den Einsatz von V-Personen gleichfalls den Staat zurechnet.

(2) Befragung von Beschuldigten durch V-Personen, §§ 136 I 2, 136a, 163a IV

Das Problem der Befragung des Beschuldigten durch V-Personen weist Parallelen zu dem Fall der Befragung aussageverweigerungsberechtigter Zeugen auf.

Die Rechtssprechung und die überwiegende Meinung des Schrifttums sehen in der heimlichen Befragung durch V-Person schon keine Vernehmung im Sinne von § 136 (s.o).

Dem Einwand der Gegenmeinung¹⁵², für die Informationserhebung durch V-Personen bestehe keine Befugnisnorm, die das Ob und den Umfang dieser Ermittlungsmethode regelt, hält diese Meinung entgegen, daß sich die Zulässigkeit der staatliche beauftragten V-Person aus den §§ 161, 163 ergebe. Hiergegen ließe sich aber anführen, daß diese

¹⁴⁹vgl. Weiler, GA 1996, S. 108.

¹⁵⁰vgl. Weiler, GA 1996, S. 111.

¹⁵¹Bosch, Jura 1998, S. 238ff.

¹⁵²LR - Hanack, § 136, Rdnr. 65.

Normen nur Aufgabenzuweisungen sind und somit keine speziellen Befugnisnormen ist, die die allgemeinen Vorschriften der §§ 136a, 136, 163a IV beschränken können.¹⁵³

Demnach ist der Anwendungsbereich der §§ 136a, 136, 163a IV zunächst grundsätzlich eröffnet. Zunächst ist zu klären, ob die heimliche Befragung eine Täuschung im Sinne von § 136a ist. Eine Ansicht sieht in der bloßen Täuschung des Befragten über den Zweck der Befragung kein den übrigen Modalitäten des § 136a entsprechende Handlung, die Freiheit der Willensbetätigung und der Willensentschließung wird nicht beeinträchtigt. Ein Verstoß gegen § 136a liegt wegen der gebotenen restriktiven Auslegung der Täuschung folglich nicht vor.¹⁵⁴ Ein Beweisverwertungsverbot wegen fehlender Belehrung gemäß § 136 I 2 StPO hängt davon ab, wie man diese Vorschrift auslegt [s.o. II 2b) (1)].

Vertritt man die Ansicht, daß sie den Beschuldigten vor dem irrtümlichen Glauben schützen, er sei zur Aussage verpflichtet, auch wenn er sich durch diese selbst belastet oder überführen würde, so ist § 136 nicht verletzt, wenn sich der Beschuldigte durch seine Angaben gegenüber einer V-Person selbst belastet.

Legt man § 136 dahingehend aus, daß es dem Staat generell verwehrt ist, den Beschuldigten zu einer Selbstbelastung zu veranlassen, indem man ihn die Belehrung vorenthält, so führt diese Annahme auf die heimliche Vernehmung durch eine V-Person, bei der der Beschuldigte wegen der nicht erfolgten Belehrung sich selbst belastet.

Die Vertreter eines materiellen Vernehmungsbegriffes gelangen unter den oben genannten Voraussetzungen zur Annahme eines Verstoßes gegen den nemo-tenetur-Grundsatz und einem sich hieraus ergebenden Verwertungsverbot.

Die herrschende Meinung, insbesondere die Rechtsprechung sieht ein Verwertungsverbot allenfalls bei vernehmungähnlichen Situationen und bei den Hörfällen vor, begründet hierbei aber uneinheitliche Verwertungsverbot mit der analogen Anwendung des § 136a oder Verstößen gegen allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze unter Anwendung der Abwägungslehre (s.o.)

¹⁵³ Weiler, GA 1996, S. 114.

¹⁵⁴ Bosch, Jura 1998, S. 240.

III. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich im Zusammenhang mit der heimlichen Informationsgewinnung durch Personen zahlreiche Folgeprobleme ergeben, weil hierin ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt, der einer besonderen gesetzlichen Legitimation bedarf.

Diesem Gebot ist wohl in formeller Hinsicht durch die Verrechtlichung dieser Eingriffe in im Strafverfahrensrecht entsprochen worden.

Anzumerken ist jedoch, daß diese Ermittlungsmethoden in der Strafprozeßordnung einen „Fremdkörper“ darstellen. Der repressive Charakter der StPO mit seiner Ausrichtung auf die Verfahrensausgestaltung ist nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen mit der präventiven Grundausrichtung der neuen verdeckten Ermittlungsmethoden, dessen Tatbestände eher in ein „Operativhandbuch der Polizei“ passen, also eher dem Polizeirecht als dem Strafprozeßrecht zuzuordnen sind.

Die Tatsache, daß gerade die „operative“ Methode, die die meisten tatsächlichen und rechtlichen Gefahren in sich birgt im Bereich der Strafverfolgung und in einigen Landespolizeigesetzen nicht geregelt wurde, lassen ernsthafte Zweifel aufkommen, ob eine rechtsstaatliche Kontrolle wirklich ernst gemeint ist und nicht in Wahrheit einem kriminaltaktischen Effizienzstreben untergeordnet werden soll.

Zudem ist durch die Legalisierung des operativen Konzepts der Kriminalitätsbekämpfung die klassische Unterscheidung zwischen polizeirechtlicher Gefahrenabwehr einerseits und strafprozeßrechtlich geregelter Strafverfolgungstätigkeit anderer aufgegeben worden. Das Unterfangen, ein entgrenztes Konzept polizeilicher Kriminalitätsbekämpfung in rechtliche Normen mit begrenzender Funktion zu übersetzen, mußte scheitern.

Auch hinsichtlich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung der Maßnahme sind Zweifel angebracht, ob nämlich diese geeignet ist, die Organisierte Kriminalität bzw. andere neuere Kriminalitätserscheinungen wirksam zu bekämpfen. Was die faktische Geeignetheit angeht, so ist zu befürchten, daß sich die professionellen Täter ohnehin auf die neuen Methoden einstellen, ihre Struktur besser abschirmen gegen Infiltration und gegebenenfalls ihrerseits den Polizeiapparat ausspähen. Selbst wenn man unterstellt, daß sich in der Bundesrepublik Deutschland moderne Kriminalitätsformen entwickelt haben, die einen Organisationsgrad aufweisen, der mit den klassischen Ermittlungsmethoden nicht wirksam bekämpft werden kann, so stellt sich doch die Frage welche Konsequenz

man hieraus zieht. Ist es effektiver, die Strafverfolgung im Bereich der Organisierten Kriminalität generalisierend-flächendeckend zu organisieren, oder sollte man statt dessen darüber nachdenken, Spezialisten, die sich in den von der Organisierten Kriminalität besonders betroffenen wirtschaftlichen und technischen Bereichen auskennen, einzusetzen, um der Organisation den Nährboden zu entziehen ? Dies würde z.B. bedeuten, die Bekämpfung des illegalen Drogenkonsums nicht vornehmlich als Problem des Rechtsstaates, sondern als Aufgabe des Sozialstaates zu sehen, der in entkriminalisierten Bereichen wieder präventiv tätig werden könnte. Stattdessen ist zu befürchten, daß gerade durch den Einsatz privater V-Personen rechtsstaatliche Standards schon bei der Informationserhebung wie auch bei der späteren Einführung dieser in die Hauptverhandlung unterlaufen werden.

Vielleicht stellt sich auch grundsätzlich, über diese im System des Rechts verbleibende Betrachtungsweise hinausgehend, die Frage, ob die alten Konditionalprogramme des formalen Rechts geeignet sind, die in der Risikogesellschaft rapide ansteigenden Anforderungen (Risikoversicherung zu betreiben) an die Politik rechtlich umzusetzen.