

Schriften zum Prozessrecht

Band 187

**Die verdeckte Ermittlungstätigkeit
der Strafverfolgungsbehörden
durch die Zusammenarbeit mit
V-Personen und Informanten**

Von

Klaus Ellbogen



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS ELLBOGEN

Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der
Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit
V-Personen und Informanten

Schriften zum Prozessrecht

Band 187

Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten

Von

Klaus Ellbogen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaften
der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im Wintersemester 2003 / 2004
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 517

Alle Rechte vorbehalten

© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 3-428-11563-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2003/2004 von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Soweit möglich, sind Rechtsprechung und Literatur bis März 2004 berücksichtigt worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Uwe Hellmann, für seine intensive Betreuung und die gewährte Unterstützung. Seine kritische Würdigung vorgelegter Teile der Arbeit gab mir wertvolle und weiterführende Anregungen.

Herrn Prof. Dr. Georg Küpper danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Potsdam, im April 2004

Klaus Ellbogen

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

	Einleitung und Begriffsbestimmungen	23
§ 1	Einleitung	23
	I. Begriff der verdeckten Ermittlungen	24
	II. Verdeckte Ermittlungen im Bereich der Organisierten Kriminalität	25
	III. Bedeutung verdeckter Ermittlungsmethoden	28
	IV. Untersuchungsgegenstand der Arbeit	29
§ 2	Begriffsbestimmungen	31
	I. Verdeckte Ermittlungen durch Polizeibeamte	31
	1. Verdeckte Ermittler	31
	a) Definition	32
	b) Legende des Verdeckten Ermittlers	32
	c) Einsatzbedingte Straftaten des Verdeckten Ermittlers	33
	d) Richterliche Zustimmung zum Betreten fremder Wohnungen	34
	e) Einsatzcharakteristika	36
	f) Auswahl und Führung von Verdeckten Ermittlern	37
	g) Anordnung des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers	37
	2. Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte	39
	a) Abgrenzung zum Verdeckten Ermittler	39
	b) Unanwendbarkeit der §§ 110a ff. StPO	40
	c) Einsatzcharakteristika	41
	d) Einfache und qualifizierte nicht offen ermittelnde Polizeibe-	
	amte	41
	aa) Einfache nicht offen ermittelnde Polizeibeamte	42
	bb) Qualifizierte nicht offen ermittelnde Polizeibeamte	42
	3. Under Cover Agent	43
	II. Verdeckte Ermittlungen durch Privatpersonen	44
	1. Typen ermittelnder Privatpersonen	44

2. V-Personen	45
a) Definition und eingesetzter Personenkreis	45
b) Sozialer Hintergrund und Motivation der V-Personen	46
c) Einsatzcharakteristika	47
d) Führung und Überwachung von V-Personen	47
e) Problem der Vertraulichkeitszusage	48
3. Informanten	49
4. Privatpersonen, die weder V-Person noch Informant sind	49
III. Agent Provocateur	49
1. Grenzen zulässiger Tatprovokation	50
2. Strafflosigkeit des Lockspitzels bei zulässiger Tatprovokation	52
3. Strafbarkeit des verlockten Täters	54

Zweiter Teil

	Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen	58
§ 3	Verfassungsrechtliche Grundlagen	58
	I. Begriff und Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes	58
	II. Totalvorbehalt	59
	III. Wesentlichkeitstheorie	60
	IV. Kritik an der Wesentlichkeitstheorie	62
	V. Stellungnahme	63
§ 4	Faires Verfahren	63
	I. Herleitung des Anspruchs auf ein faires Verfahren	64
	II. Schutzbereich	64
	III. Verletzung der Chancengleichheit durch den Einsatz von V-Personen?	66
	IV. Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten?	67
	V. Lockspitzel-Einsatz gegenüber Unverdächtigen	68
	VI. Ergebnis	68
§ 5	Grundrechtsbeeinträchtigungen	68
	I. Recht auf informationelle Selbstbestimmung	68
	1. Schutzbereich	69
	2. Abgrenzung zu anderen Grundrechten	70
	3. Informationelle Selbstbestimmung und der Einsatz von V-Leuten	71

4. Schranken des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	71
a) Beschränkbarkeit durch Allgemeininteressen?	71
b) Grenzziehung anhand der Sphärentheorie	73
aa) Schutzbereiche nach der Sphärentheorie	73
bb) Kritik an der Sphärentheorie	74
cc) Stellungnahme	75
c) Bestimmung des Kernbereichs des Persönlichkeitsrechts	75
d) Anwendung auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht	76
aa) Höchstpersönlicher Charakter	76
bb) Geheimhaltungswille	76
cc) Fehlender bzw. mittelbarer Sozialbezug	77
dd) Ergebnis	77
e) Informationserlangung innerhalb der Privatsphäre	78
f) Informationserlangung innerhalb der Sozialsphäre	78
5. Ergebnis	78
II. Nemo-tenetur-Grundsatz	78
1. Herleitung und Bestimmung des Schutzbereichs	79
a) Unterscheidung nach Aktivität und Passivität	80
b) Instrumentalisierungsansatz	82
c) Eigenverantwortlichkeit	83
d) Schutz vor irrtumsbedingter Selbstbelastung	84
aa) Direkte Anwendung des § 136 StPO	85
(1) Materieller Vernehmungsbegriff	85
(2) Formeller Vernehmungsbegriff	86
(3) Stellungnahme	86
bb) Analoge Anwendung des § 136 StPO	88
e) Täuschungsverbot	88
f) Stellungnahme zum Schutzbereich des nemo-tenetur-Prinzips ...	89
aa) Zur Abgrenzung nach Aktivität und Passivität	89
bb) Kein Schutz vor irrtumsbedingter Selbstbelastung	90
cc) Vereinbarkeit mit den §§ 110a ff. StPO	92
dd) Täuschung und nemo-tenetur-Prinzip	93
2. Das nemo-tenetur-Prinzip verletzendes Vorgehen	95
3. Zwischenergebnis	96

III.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht	96
IV.	Unverletzlichkeit der Wohnung	97
	1. Schutzbereich des Art. 13 I GG	98
	2. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch V-Leute	98
	3. Wirksamkeit eines Einverständnisses	99
	4. Stellungnahme	100
	5. Zwischenergebnis	101
V.	Ergebnis	102
§ 6	Ermächtigungsgrundlage	102
I.	Ablehnungstheorie	102
II.	Übergangsbonus	103
	1. Verfassungsrechtliche Herleitung eines Übergangsbonus	103
	2. Unanwendbarkeit der Bonusregelung auf V-Leute	104
	3. Ergebnis	105
III.	Analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO	105
	1. Allgemeine Voraussetzungen einer Analogie	105
	2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	106
	3. Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke	106
	4. Unterschiedliche Interessenlagen	107
	5. Ergebnis	108
IV.	§ 34 StGB	108
V.	Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht	109
	1. Fehlen der Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts	109
	2. Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht und Art. 123 I GG	110
VI.	§ 161 I StPO und die Schwellentheorie	110
	1. Ausschluss des § 163 I StPO als Ermächtigungsgrundlage	111
	2. Schwellentheorie	111
	a) Herleitung der Schwellentheorie	111
	b) Kritik an der Schwellentheorie	112
	c) Stellungnahme	112
	3. § 161 I StPO als Ermittlungsgeneralklausel	113
	4. § 161 I StPO und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	113
	a) Bestimmtheit des § 161 I StPO	114
	aa) Anforderungen des Bestimmtheitsgebots	114

bb) Bestimmtheit der Ermittlungsgeneralklausel	115
b) Beachtung der Wesensgehaltsgarantie und der Verhältnismäßigkeit	117
aa) Wesensgehalt	118
bb) Verhältnismäßigkeit	119
(1) Eignung	119
(2) Erforderlichkeit	119
(3) Angemessenheit	120
c) Zwischenergebnis	122
5. Einsatz von V-Leuten und Art. 13 I GG	123
VII. Ergebnis	124

Dritter Teil

	Der Schutz von V-Personen und Informanten	125
§ 7	Vertraulichkeitszusage	125
I.	Notwendigkeit für eine Vertraulichkeitszusage	126
II.	Rechtsgrundlage der Vertraulichkeitszusage	126
	1. Rechtsnatur der Zusage	126
	2. §§ 54, 96 StPO als Rechtsgrundlagen einer Vertraulichkeitszusage .	127
III.	Voraussetzungen einer Vertraulichkeitszusage	127
	1. Generelle Voraussetzungen	127
	2. Andere Schutzmöglichkeiten für die V-Person bzw. den Informanten	128
	3. Besonderheiten bei Informanten	129
	4. Pauschale Vertraulichkeitszusagen	129
IV.	Zuständigkeit für die Vertraulichkeitszusage	130
	1. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft	130
	2. Notkompetenz bei Informanten?	131
	3. Übergang vom präventiven zum repressiven Einsatz	132
V.	Information der Staatsanwaltschaft über die Identität	133
	1. Unbeachtlichkeit der Nr. 5.4 RiStBV/D	133
	2. Tatsächlicher Umfang der Informationspflicht	134
VI.	Aktenführung und Vertraulichkeitszusage	134
VII.	Form und Inhalt der Vertraulichkeitszusage	135

VIII.	Bindung an die Vertraulichkeitszusage	136
1.	Grundsatz der Verbindlichkeit	136
2.	Ausnahmen von der Bindungswirkung	137
IX.	Anfechtbarkeit der Vertraulichkeitszusage durch den Beschuldigten? ..	138
§ 8	Sperrerklärung	138
I.	Allgemeines	139
II.	Behandlung gerichtlicher Auskunftsverlangen	140
1.	Planwidrige Regelungslücke	140
2.	Vergleichbare Interessenlage	141
III.	Zuständigkeit für die Abgabe einer Sperrerklärung	142
1.	Zuständigkeit des Innenministers?	142
2.	Justizminister als zuständige oberste Dienstbehörde	143
a)	Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft	143
b)	Entscheidungskompetenz des Justizministers	144
c)	Gefahr sich widersprechender Ergebnisse	144
3.	Zuständigkeit bei Gemengelagen	145
IV.	Voraussetzungen einer Sperrklärung	146
1.	Sperrklärung bei Vorliegen einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit	146
a)	Gefährdung einer V-Person als Nachteil für das Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes	146
b)	Enttarnungsrisiken	148
c)	Schutz der V-Person durch andere Maßnahmen	149
2.	Weitere Gründe für eine Sperrklärung	150
a)	Streitstand	150
b)	Stellungnahme	151
V.	Form der Sperrklärung	152
VI.	Rechtsfolgen einer Sperrklärung	153
1.	Grundsätzliche Folgen einer Sperrung	153
2.	Beschlagnahme bei fehlender, willkürlicher oder offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Sperrung	154
a)	Möglichkeit der Beschlagnahme von Behördenakten	154
b)	Ausschluss der Beschlagnahme?	155
c)	Zulässigkeit der Beschlagnahme	156

aa) Grundsatz der Gewaltenteilung	156
bb) Wahrung von Amtsgeheimnissen	157
3. Fälle der fehlerhaften, nicht willkürlichen oder offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Sperrung	158
4. Unvereinbarkeit des § 96 StPO mit Art. 19 IV GG?	159
a) Fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit der Verwaltungsent- scheidung	160
b) Verfahren nach Neufassung des § 99 II VwGO	160
c) Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs	161
d) Kompensation über das Beweisrecht	162
VII. Rechtsweg gegen eine Sperrerklärung	163
1. Klagebefugnis bzw. Rechtsmittelberechtigung	163
2. Rechtsweg bei Entscheidungen des Justizministers	165
3. Rechtsweg bei Entscheidungen des Innenministers	167
a) Rechtsweg zu den Oberlandesgerichten?	167
b) Zuständigkeit nach § 13 GVG?	168
c) Verwaltungsrechtsweg?	168
d) Stellungnahme	169
aa) Voraussetzungen des § 23 EGGVG	169
bb) Sinn und Zweck der §§ 23 ff. EGGVG	170
cc) Sachnähe der ordentlichen Gerichte	171
dd) Einheit der Rechtsprechung	172
ee) Fehlender Rechtsschutz?	172
ff) Ausschluss des § 13 GVG	173
VIII. Umfang der Überprüfung einer Sperrklärung	174
1. Meinungsstand	174
2. Stellungnahme	175
a) Nichtigkeitsüberprüfung	175
b) Überprüfung der materiellen Voraussetzungen	175
§ 9 Aussagegenehmigung	176
I. Anwendbarkeit des § 54 I StPO	177
II. Zuständigkeit für die Erteilung einer Aussagegenehmigung	178
1. Zuständigkeitsregelung bei Beamten	178
2. Zuständigkeit bei förmlich verpflichteten V-Leuten	180

3. Zu präventiven Zwecken eingesetzte V-Personen	181
III. Gründe für die Beschränkung oder Versagung einer Aussagegenehmigung	182
IV. Form der Aussagegenehmigung	183
V. Rechtsweg gegen die Beschränkung oder Versagung einer Aussagegenehmigung	185
1. Allgemeines	185
2. Vorliegen eines Justizverwaltungsaktes	186
3. Geltung des § 126 I BRRG	186
4. Klage auf die Aussagegenehmigung für eine V-Person	188
5. Problem unterschiedlicher Gerichtszuständigkeiten	188

Vierter Teil

Beweisaufnahme und Beweisverwertung	190
§ 10 Zeugenschutz in der Hauptverhandlung	191
I. Allgemeine Bedeutung des Zeugen und seiner Aussagepflicht	191
II. Die einzelnen Zeugenschutzmöglichkeiten	192
1. Allgemeines	192
2. Verzicht auf die Angabe des Wohnortes nach § 68 II StPO	193
a) Voraussetzungen	193
aa) Auslegung des Gefahrbegriffs im Allgemeinen	193
bb) Gefahr im Sinne des § 68 II StPO	195
b) Entscheidungsform	196
c) Schutzwirkung	196
3. Verschweigen der Identität gemäß § 68 III StPO	197
a) Voraussetzungen	197
b) Geheimhaltungsbedürftige Angaben	198
c) Schutzwirkung	198
4. Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer	199
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen	199
b) Anwendbarkeit auf V-Personen	199
c) Schutzwirkung	201
5. Ausschluss der Öffentlichkeit	201
a) Frühere Praxis	202

b) Voraussetzungen	202
c) Schutzwirkung	203
6. Zeugenvernehmung an einem anderen Ort / Videovernehmung	203
a) Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich	203
b) Kombination mit kommissarischer Vernehmung	204
c) Technische Umsetzung	205
d) Subsidiarität und Schutzwirkung	206
7. Zulässigkeit der optischen und akustischen Abschirmung des Zeugen	207
a) Begriffsbestimmung, Abgrenzung zur Verfremdung	207
b) Meinungsstand	207
c) Unzulässigkeit der optischen und akustischen Abschirmung	209
8. Verfremdung des Äußeren	211
9. Ausschluss des Verteidigers?	212
10. Ausschluss der Laienrichter?	214
11. Zusammenfassung	215
§ 11 Beweissurrogate	216
I. Kommissarische Vernehmung	216
1. Allgemeines	216
2. Voraussetzungen	218
3. Informationspflicht und Teilnahmerechte	219
4. Schutzwirkung	221
II. Protokollverlesung und Vernehmung der Verhörsperson / des Zeugen vom Hörensagen	221
1. Protokollverlesung gemäß § 251 I StPO	221
a) Technische Ausdehnung des Anwendungsbereiches	221
b) Voraussetzungen	222
c) Verlesbarkeit richterlicher Protokolle	223
d) Schutzwirkung	223
2. Protokollverlesung gemäß § 251 II StPO	224
a) Voraussetzungen der Verlesung	224
b) Ergänzende schriftliche Befragung	226
c) Schutzwirkung	227
3. Vernehmung der Verhörsperson / Zeuge vom Hörensagen	227

a)	Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz	227
b)	Gewährleistung des Zeugenbefragungsrechts (Art. 6 III MRK) und des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG)?	228
c)	Verstoß gegen § 261 StPO?	230
d)	Charakteristik des Beweismittels	232
III.	Zusammenfassung	232
§ 12	Prozessuale Auswirkungen einer Sperrung	232
I.	Willkürliche oder offensichtlich rechtsmissbräuchliche Sperrung eines Zeugen	233
1.	Kriterien	234
a)	§ 44 VwVfG	234
b)	Beispielfälle	235
2.	Reaktionsmöglichkeiten des Gerichts	235
a)	Gegenvorstellung	235
b)	Beschlagnahme bei einer Sperrerklärung	236
c)	Beugemaßnahmen bei der Versagung einer Aussagegenehmi- gung?	236
d)	Beweisverwertung	236
aa)	Beweisverwertungsverbot	237
bb)	Beweisverbotslehre	237
cc)	Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens	240
II.	Fehlerhafte Sperrung eines Zeugen	241
III.	Sperrung des Zeugen aus rechtmäßigen Gründen	243
IV.	Ablehnung von Beweisanträgen nach § 244 III StPO	244
V.	Aussetzung des Strafverfahrens?	246
§ 13	Beweiswürdigung	249
I.	Allgemeine Grundsätze	250
1.	Darstellung im Urteil	250
2.	Würdigung der Zeugenaussagen	251
a)	Notwendiges Wissen des Gerichts	252
b)	Eigenständige Glaubwürdigkeitseinschätzung	253
II.	Spezielle Grundsätze der Beweiswürdigung bei geschützten oder gesperrten Zeugen	254
1.	Würdigung der Aussage eines Zeugen in der Hauptverhandlung	254

- a) Fehlende Angaben zum Wohnort 254
- b) Fehlende Angaben zur Identität des Zeugen 254
- c) Ausschluss des Angeklagten bzw. der Öffentlichkeit 255
- d) Videovernehmungen 255
- 2. Beweiswürdigung bei mittelbarer Einführung der Zeugenaussagen . 256
 - a) Schriftliche Äußerungen des Zeugen 256
 - b) Protokollverlesung gemäß §§ 251 I, II StPO 257
 - c) Zeuge vom Hörensagen 258
 - aa) Genereller Beweiswert 258
 - bb) Besonderheit bei Ermittlungsbeamten 260
 - cc) Fokussierung des Ermittlungsverfahrens 260
 - dd) Negative Berücksichtigung der Sperrung des Zeugen? 260
 - ee) Indizwirkung 261
- III. Zusammenfassung 262

- Wesentliche Ergebnisse 263**

- Literaturverzeichnis 271**

- Sachwortverzeichnis 298**

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kfz-Versicherung
AKGG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AKStPO	Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung
ÄndG	Änderungsgesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
AT	Allgemeiner Teil
BAT (/O)	Bundes Angestellten Tarif (/Ost)
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landgericht
BBG	Bundesbeamtenengesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH Rechtsprechung Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt
BRB	Brandenburg

BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum GVG
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f./ff.	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz

GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HbdStR	Handbuch des Staatsrechts
HKStPO	Heidelberger Kommentar zur StPO
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur StPO
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO
KR	Kriminalistik
Kripo	Kriminalpolizei
LBG	Landesbeamtengesetz
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum StGB
LR	Löwe/Rosenberg Kommentar zur StPO
M/D	Maunz/Dürig GG Kommentar
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MRK	Menschenrechtskonvention
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein Westfälisches Verwaltungsblatt
NWVerfGH	Nordrhein Westfälischer Verfassungsgerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
OVG	Oberverwaltungsgericht
PolG	Polizeigesetz
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RR	Rechtsprechungsreport
S.	Seite
scil.	nämlich
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
SKStGB	Systematischer Kommentar zum StGB
SKStPO	Systematischer Kommentar zur StPO und GVG
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
u.a.	unter anderem
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erster Teil

Einleitung und Begriffsbestimmungen

§ 1 Einleitung

Die Strafverfolgungsbehörden sind gemäß §§ 160 I, 163 I StPO verpflichtet, bei dem Verdacht einer Straftat den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt aufzuklären. Diese Vorschriften konkretisieren das aus § 152 II StPO folgende Legalitätsprinzip. Nach § 160 I StPO hat die Staatsanwaltschaft zur Vorbereitung der Entscheidung, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den strafrechtlich relevanten Sachverhalt aufzuklären. Dabei hat sie nach Absatz 2 die den Beschuldigten be- und entlastenden Umstände zu ermitteln und die für das Verfahren erforderlichen Beweismittel zu sichern. § 161 StPO bestimmt in genereller Form, welche Befugnisse der Staatsanwaltschaft zur Erfüllung dieser Aufgabe zustehen. Sie kann von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und eigene Ermittlungen vornehmen bzw. von der Polizei vornehmen lassen. Gemäß § 163 I StPO trifft auch die Polizei hinsichtlich dieser Aufgabe eine eigene Erforschungs- und Beweissicherungspflicht, allerdings nur im Rahmen des sog. ersten Zugriffs.

Aus den §§ 161 I, 163 I StPO wird zutreffend der Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens abgeleitet¹, der es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, die Nachforschungen zweckmäßig und nach taktischen Gesichtspunkten dem Einzelfall angemessen zu führen. So können die Reihenfolge und der Ablauf der Ermittlungsmaßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechend festgelegt werden, wobei sowohl die Erfordernisse eines ökonomischen Mitteleinsatzes als auch eines schonenden und fairen Verfahrens Berücksichtigung finden müssen². Hieraus folgt jedoch nicht, dass alle erdenklichen Ermittlungsmaßnahmen zur Erfüllung des Ermittlungsauftrages zulässig sind³. Soweit Grundrechte berührt bzw. in diese eingegriffen wird, ist der Vorbehalt des Gesetzes zu beachten. Vor allem beim Einsatz nicht ausdrücklich ge-

¹ BVerfG, NStZ 1996, 45; KMR *Plöd*, § 161, 15; *Meyer-Goßner*, § 161, 7; *Pfeiffer*, § 161, 7.

² HKStPO *Krehl*, § 160, 5; LR *Rieß*, § 160, 36.

³ *Hellmann*, Strafprozeßrecht, Teil II, § 2, 3.

regelter sog. verdeckter Ermittlungsmethoden⁴ ist ungeklärt, ob diese auf die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 I StPO gestützt werden können oder ob der Vorbehalt des Gesetzes hierfür eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich macht.

I. Begriff der verdeckten Ermittlungen

Generelles Ziel strafprozessualer Ermittlungen ist es, Informationen über Personen und Vorgänge zu suchen bzw. aufzuspüren und unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu verarbeiten und auszuwerten⁵. Zur Erlangung der verfahrensrelevanten Informationen und Daten verwenden die Strafverfolgungsbehörden teilweise Methoden, die als „offen“ klassifiziert werden können, wie etwa die Vernehmung oder die Durchsuchung. Sie sind offen, weil sie mit Kenntnis des Betroffenen erfolgen. Daneben gibt es aber auch Vorgehensweisen, die so konzipiert sind, dass sie den Kenntnisstand der Strafverfolgungsbehörden ohne bewusste oder freiwillige Mitwirkung derjenigen Person erhöhen, die Ziel der Untersuchung ist.

Eine solche Praxis kann als heimlich bezeichnet werden, da sie ohne Wissen des Beschuldigten bzw. Tatverdächtigen erfolgt. Solcherart heimliches Vorgehen sichert zum einen den Zweck bzw. Erfolg der Ermittlungen und belastet zum anderen den Tatverdächtigen am wenigsten. Das heimliche Führen des Ermittlungsverfahren ist auch zulässig, denn es ist – entgegen einer Auffassung in der Literatur⁶ – kein Grundsatz des Strafverfahrensrechts, dass offen ermittelt werden müsste⁷. Dies bestätigt z.B. § 163a I StPO, der bestimmt, dass der Beschuldigte spätestens vor Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen ist. Diese Norm soll sicherstellen, dass im Falle eines heimlichen Vorgehens der Strafverfolgungsbehörden der Beschuldigte wenigstens vor dem Abschluss der Ermittlungen Gelegenheit erhält, sich zum Tatvorwurf zu äußern und entlastende Umstände geltend zu machen. In Fällen, in denen es zu einer Einstellung des Verfahrens kommt, ist dies aber entbehrlich. Es kann daher grundsätzlich ein

⁴ Zu dem in dieser Arbeit verwandten Begriff der verdeckten Ermittlungen siehe unten § 1, I.

⁵ Creutz, ZRP 1988, 415, 416; *Rebmann/Schoreit*, NStZ 1984, 1.

⁶ Siehe hierzu unten § 5 II, 2 a), aa).

⁷ BGHSt 39, 335, 346; 42, 139, 150; *Krey*, Miyazawa FS, S. 595, 599; *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514, 515; LR *Rieß*, § 160, 41a; *Rogall*, JZ 1987, 847, 850. Einschränkend: *Hund*, StV 1993, 379; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, S. 142, 154; *Makrutzki*, Verdeckte Ermittlungen, S. 52. Siehe auch unten § 5 II 1, d), aa), (3).

Ermittlungsverfahren geführt und beendet werden, ohne dass der Beschuldigte hiervon Kenntnis erlangt⁸.

Beispiele für solche heimlichen Ermittlungsmethoden sind die Observation und technikgestützte Maßnahmen zum Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes oder der Überwachung des Fernmeldeverkehrs.

Der Begriff der verdeckten Ermittlungen kann – in einem weiten Sinne verstanden – solche heimlichen Ermittlungsmethoden mit erfassen. Teilweise werden beide Begriffe auch synonym gebraucht. Im Folgenden wird jedoch ein engerer Begriff verwendet, der als verdeckte Ermittlungen nur solche Ermittlungshandlungen bezeichnet, bei denen sich die Strafverfolgungsbehörden verfahrensrelevante Informationen und Daten durch die Mitwirkung von Privatpersonen oder Polizeibeamten verschaffen, welche über ihre wahre Identität und/oder ihre Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden täuschen oder diese nicht offenbaren. Die Zielperson, also der Beschuldigte oder ein Zeuge, wird dabei gezielt dazu veranlasst, Wissen preiszugeben. Verdeckte Ermittlungen stellen folglich eine besondere Form der Daten- und Informationsgewinnung durch den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel und Methoden durch die Strafverfolgungsbehörden dar⁹. Ein wesentliches Element der verdeckten Ermittlungsmethoden ist das der Täuschung. Dies kann auch die Schaffung einer Legende, also einer fingierten Lebensgeschichte der im staatlichen Auftrag handelnden Person, umfassen. Der Beschuldigte weiß in diesen Fällen zwar, dass er z.B. in einem Gespräch Informationen preisgibt, aber er weiß nicht zu welchem Zweck und mit welchen Konsequenzen.

II. Verdeckte Ermittlungen im Bereich der Organisierten Kriminalität

Verdeckte Ermittlungsmethoden sind verschiedenen Bedenken ausgesetzt. Zum einen, weil ein „offenes“ Ermittlungsverfahren gefordert wird¹⁰, und zum anderen, weil die Abwehr- und Schutzmöglichkeiten des Beschuldigten durch diese Vorgehensweise zu stark eingeschränkt würden¹¹. Vor allem die Organi-

⁸ Dies ist weitgehend unbestritten, soweit eine Einstellung nach § 170 II StPO erfolgt. Siehe zu diesem Problemkreis: AKStPO *Achenbach*, § 163a, 5; *Dahs*, NJW 1985, 1113, 1115; *Fincke*, ZStW 95 (1983), 918, 956 ff.; *KK Wache*, § 163a, 5; *KMR Plöd*, § 163a, 6; *Wagner*, ZStW 109 (1997), 545, 574 ff. Zum Problem des „offenen“ Ermittlungsverfahrens siehe auch unten § 5 II 1, d, aa), (3).

⁹ *Rogall*, JZ 1987, 847, 849. Ähnlich *Kramer*, Jura 1988, 520; *Makrutzki*, Verdeckte Ermittlungen, S. 21.

¹⁰ Siehe oben § 1 I sowie § 5 II 1, d, aa), (3).

¹¹ *Lisken*, DRiZ 1987, 184, 188.