

Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler*

Mark A. ZÖLLER**

I. Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen

Im deutschen Strafverfahren gilt trotz zahlreicher Ausnahmen im Einzelfall dem Grundsatz nach noch immer das Legalitätsprinzip¹. Die Staatsanwaltschaft wird auf diese Weise verpflichtet, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts Ermittlungen aufzunehmen und – falls sich dieser Verdacht bestätigen sollte – Anklage zu erheben. Um diese Aufgabe zu erfüllen, steht für Polizei und Staatsanwaltschaft – ebenso wie in der Türkei – eine Fülle unterschiedlicher Eingriffsmaßnahmen zur Verfügung. Dazu gehören zunächst „klassische“ Ermittlungsmaßnahmen wie die Befragung von Zeugen, die Durchsuchung von Wohnungen oder die Einholung von Auskünften. Diese Ermittlungen werden auch als „offene“ Ermittlungen bezeichnet, da die Strafverfolgungsbehörden hier nach außen erkennbar in ihrer amtlichen Funktion auftreten und das Ziel ihres Handelns, d.h. die Aufklärung begangener Straftaten, für die von der Maßnahme Betroffenen, zumindest aber für Dritte klar erkennbar ist². Die Reichsstrafprozessordnung aus dem Jahr 1877, also der Vorläufer der heutigen deutschen Strafprozessordnung (StPO), ging noch ganz selbstverständlich davon aus,

* Mit Fußnoten versehene Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 1. Juni 2012 im Rahmen der Tagung „Verdeckter Ermittler, V-Person und Informant im Straf- und Strafprozessrecht“ an der Istanbul Universität gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

** Prof. Dr., Universität Trier.

¹ Meyer-Gofßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., München 2011, § 152 Rn. 2; Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl., München 2010, § 18 Rn. 7.

² Vgl. Löwe-Rosenberg StPO/Erb, 26. Aufl. 2008, § 160 Rn. 42a; Keller, StV 1984, 521 (523).

dass den Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich nur solche offenen Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen sollten. Dieses Grund- und Selbstverständnis der Ermittlungsarbeit hat sich erst in den letzten gut vierzig Jahren dramatisch gewandelt. Diese Entwicklung der StPO von einer Verfahrens-, Schutz- und Freiheitsordnung hin zu einem Operativgesetz der Strafverfolgungsbehörden ist unter dem Stichwort der „Verpolizeilichung“ bzw. „Vernachrichtendienstlichung“ des Strafprozesses treffend beschrieben worden³. Aber es gilt auch der Realität der Ermittlungspraxis Rechnung zu tragen. Insofern hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass man modernen Formen der Kriminalität, die immer stärker arbeitsteilig, international und unter Einsatz technischer Hilfsmittel operiert, mit offenen Ermittlungsmaßnahmen alleine nicht beikommen kann.

Die deutsche Strafprozessordnung enthält daher im Jahr 2012 eine große Anzahl von Befugnisnormen für Ermittlungsmethoden, die typischerweise *ohne* das Wissen der Betroffenen erfolgen. Sie sind systematisch nicht an einer Stelle gebündelt, sondern finden sich weit verstreut zwischen § 98a und § 163f StPO. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um ein „Recht der kleinen Buchstaben“. Die zahlreichen kleinen Ordnungsbuchstaben reichen hier von „a“ bis „i“ und machen deutlich, was ich bereits angedeutet habe, dass nämlich heimliche oder verdeckte Ermittlungen historisch betrachtet kein genuiner Bestandteil des deutschen Strafverfahrens sind, sondern erst später ergänzt wurden. Dies zeigt sich besonders deutlich an den Regelungen über den Einsatz verdeckter Ermittler, die durch das Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität⁴ im Jahr 1992 in den §§ 110a bis 110c StPO verankert wurden.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird allerdings schon begrifflich meist nicht ausreichend zwischen „heimlichen“ und „verdeckten“ Ermittlungsmaßnahmen differenziert. Diese Differenzierung ist aber auch für ein tieferes Verständnis des Einsatzes Verdeckter Ermittler von erheblicher Bedeutung. *Heimliche Ermittlungen* sind

³ Hefendehl, GA 2011, 209 (218); Schünemann, ZStW 119 (2007), 945 (948).

⁴ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), BGBl I, 1302 ff.

solche Maßnahmen zur Aufklärung von Straftaten, die für den Betroffenen vor ihrer Anordnung und während ihrer Durchführung typischerweise nicht zu erkennen sind, da ansonsten der Ermittlungszweck ad absurdum geführt würde. Konkret geht es vor allem um technikgestützte Überwachungsmaßnahmen wie die akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO), die Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) oder die Rasterfahndung (§ 98a StPO). Auf der anderen Seite sollte man von „verdeckten Ermittlungen“ sprechen, wenn der von ihnen Betroffene sich zwar der Tatsache bewusst ist, dass er Informationen von sich preisgibt, die möglicherweise Relevanz als Beweismaterial in potenziellen Strafverfahren gegen ihn besitzen, dies aber im Vertrauen darauf tut, dass sein Gegenüber gerade *nicht* für die staatlichen Strafverfolgungsbehörden tätig ist. Das Paradebeispiel hierfür ist der Einsatz Verdeckter Ermittler. Hier steht für den Betroffenen nicht das Element des Unbemerktseins (seine Person wird ja als solche von seinen Kommunikationspartnern wahrgenommen), sondern eine *Täuschung* im Vordergrund. Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers basiert also auf einer bewussten Täuschung durch die Strafverfolgungsorgane über seine Identität und Zielsetzung⁵. Diese Erkenntnis hat auch Auswirkungen auf das Beweisrecht. Wie wir noch sehen werden, geht es dort letztlich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Aufbau einer solchen Täuschungskulisse überhaupt zulässig ist und inwieweit dabei begangene Fehler die Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse beeinträchtigen.

II. Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen verdeckt eingesetzter Personen

Zunächst ist jedoch der Begriff des Verdeckten Ermittlers etwas genauer bestimmen, um deutlich zu machen, worum es der Sache nach geht bzw. nicht geht. Er ist damit vor allem von anderen Personen abzugrenzen, die im Rahmen der Strafverfolgung ebenfalls verdeckt eingesetzt werden.

⁵ Quentin, JuS 1999, 134 (135).

Für den „Verdeckten Ermittler“ findet sich in § 110a Abs. 2 der deutschen StPO eine Legaldefinition. Danach müssen insbesondere *drei Voraussetzungen* erfüllt sein:

1. Verdeckte Ermittler sind immer Beamte des Polizeidienstes, also Bedienstete des Staates.
2. Sie ermitteln unter einer veränderten Identität (der sog. *Legende*).
3. Sie tun dies nicht nur einmalig oder vorübergehend, sondern auf Dauer.

Abzugrenzen sind Verdeckte Ermittler also zunächst von sog. **Vertrauenspersonen**, die häufig abgekürzt auch als „**V-Leute**“ bezeichnet werden. Dabei handelt es sich um *Privatpersonen*, die zwar keine Polizeibeamte, aber dennoch bereit sind, diese bei der Aufklärung von Straftaten *auf längere Zeit* vertraulich zu unterstützen. Ihre Identität wird grundsätzlich geheim gehalten⁶. Hier kann es sich etwa um Personen handeln, die in der Gastronomie tätig sind, um Taxifahrer, aber auch um Angehörige des kriminellen Milieus.

Eine persönliche Erkenntnisquelle der Strafverfolgungsbehörden können daneben auch bloße **Informanten** sein. Darunter sind solche Privatpersonen zu verstehen, die nur *im Einzelfall* bereit sind, den Strafverfolgungsbehörden gegen die Zusicherung der Vertraulichkeit Informationen zu geben. Hier besteht gerade keine dauerhafte oder institutionalisierte Zusammenarbeit, sondern die Personen treten in einzelnen Fällen mit bestimmten Informationen an Polizei oder Staatsanwaltschaft heran oder werden von diesen „angeworben“⁷.

Schließlich gibt es noch den **nicht offen ermittelnden Polizeibeamten** (kurz: *noeP*). Dabei handelt es sich ebenso wie bei den Verdeckten Ermittlern um Beamte des Polizeidienstes. Sie treten allerdings nur gelegentlich verdeckt, also nicht dauerhaft unter einer *Legende* auf⁸. Dabei können sie auch einen falschen Namen verwen-

⁶ Karlsruher Kommentar StPO/Senge, 6. Aufl. 2008, Vor §§ 48-71 Rn. 54.

⁷ KK/Nack § 110a Rn. 9.

⁸ Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 423; Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung/Gercke, 5. Aufl., Heidelberg 2012, § 110a Rn. 11; KK/Nack § 110a Rn. 6.

den⁹. Der typische Anwendungsfall hierfür ist das Auftreten als „Scheinkäufer“ im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität.

Ein großer Teil der rechtlichen und praktischen Probleme im Umgang mit verdeckt operierenden Personen in Deutschland resultiert daraus, dass der Gesetzgeber im Jahr 1992 nur für die Verdeckten Ermittler eine gesetzliche Grundlage geschaffen hat¹⁰. Demgegenüber ist der weitaus größere Anwendungsbereich verdeckter Ermittlungsmethoden, wie der Einsatz von Vertrauenspersonen, Informanten und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten, nicht gesetzlich geregelt und damit einer rechtlichen Grauzone überlassen worden. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass solche Personen potenzielle *Zeugen* in späteren Strafverfahren sind. Insofern sollen auch die durch sie erlangten Erkenntnisse im Wege der Zeugenvernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Das überspielt natürlich ihren gezielten Einsatz zu Strafverfolgungszwecken durch staatliche Stellen.

III. Beweisrechtliche Probleme

Kommen wir also zu den beweisrechtlichen Fragen in diesen Fällen. Dabei stellt sich zunächst ein grundsätzliches Problem.

1. Defizite der Beweisverbotslehre

Ausführungen über beweisrechtliche Fragen sind nicht nur im Zusammenhang mit dem Einsatz Verdeckter Ermittler, sondern ganz generell mit gewissen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten verbunden. Dies liegt vor allem daran, dass die deutsche Beweisverbotslehre nur sehr bruchstückhaft kodifiziert worden ist¹¹. Dies wiederum hat dazu geführt, dass die Beantwortung der Frage, wann von einem Beweiserhebungsverbot oder von einem Beweisverwertungsverbot gesprochen werden kann, im Wesentlichen der Rechtsprechung überlassen wurde. Kurz gesagt: Beweisrecht in Deutschland ist nahezu ausschließlich Richterrecht. Auch der Rechtsprechung ist es aber bis-

⁹ *Schneider*, NSTZ 2004, 359 (359).

¹⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 37 Rn. 9; *Hilger*, NSTZ 1992, 523 (523).

¹¹ Zum Diskussionsstand vgl. nur *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 454 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 880 ff. jeweils m.w.N.

lang nicht gelungen, eine allgemeine Regelung dafür zu entwickeln, wann die Verletzung eines Beweiserhebungsverbots zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Als einzig sicherer Ausgangspunkt lässt sich sagen, dass nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot auch zwangsläufig ein Verwertungsverbot zur Folge hat¹². Zwar gilt im deutschen Strafverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass eine umfassende Aufklärung des für die Entscheidung bedeutsamen Sachverhalts zu erfolgen hat und hierzu grundsätzlich alle erreichbaren Beweismittel herangezogen werden müssen. Andererseits wird durch die StPO keine Wahrheitserforschung um jeden Preis vorgeschrieben¹³. Insbesondere sind die dem staatlichen Handeln durch die Grundrechte gezogenen Schranken auch von den Strafverfolgungsbehörden zu beachten. Beweisverbote sind somit primär *Instrumente zur Sicherung von Individualrechten*¹⁴. Die Abwehr von Gefahren für die Wahrheitsermittlung und die Disziplinierung von Strafverfolgungsorganen sind demgegenüber allenfalls zweitrangig zu berücksichtigende Aspekte¹⁵.

Da das deutsche Rechtssystem nur wenige gesetzlich normierte Beweisverwertungsverbote kennt, führt dies in der überwiegenden Zahl der Fälle dazu, dass im Wege einer Einzelfallprüfung festgestellt werden muss, ob der gewonnene Beweis für die Urteilsfindung verwendet werden kann. Nur am Rande sei erwähnt, dass schon die Frage umstritten ist, welche *Kriterien* für eine solche Prüfung herangezogen werden können¹⁶. Während teilweise auf den Schutzzweck der jeweils verletzen Beweiserhebungsnorm abgestellt wird¹⁷, soll nach der überwiegend praktizierten Abwägungslehre das staatliche Interesse an der Strafverfolgung im Einzelfall gegen das Individualinteresse des Bürgers auf Wahrung seiner Rechte abgewogen werden, wobei insbesondere

¹² BVerfG NJW 2000, 3557 (3557); NStZ 2006, 46; BGHSt 19, 325 (331); 38, 372 (373); KK/Senge, Vor §§ 48-71 Rn. 27.

¹³ BGHSt 14, 358 (365); 38, 372 (374); KK/Senge, Vor §§ 48-71 Rn. 20.

¹⁴ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 454; Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (21).

¹⁵ KK/Pfeiffer/Hannich, Einleitung Rn. 121.

¹⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 364; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 458 f.

¹⁷ Beispielsweise von BGHSt 46, 189 (195); Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 458.

die Schwere des Delikts und das Gewicht des Verfahrensverstößes eine Rolle spielen¹⁸. Neuerdings greift vor allem die Rechtsprechung auch wieder verstärkt auf die Argumentation der sog. Rechtskreistheorie zurück. Danach hängt die Verwertbarkeit der Beweise davon ab, ob die Verletzung den Rechtskreis des Betroffenen wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder keiner Bedeutung ist¹⁹.

Dies alles führt dazu, dass ich Ihnen die beweisrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Einsatz Verdeckter Ermittler im Rahmen meines heutigen Vortrages nicht einmal ansatzweise vollständig darlegen kann. Ich kann und muss mich vielmehr darauf beschränken, Ihnen einige besonders bedeutende Fallgruppen und Problemkonstellationen zu schildern. Allerdings hoffe ich, aus der Einzelfallbetrachtung auch einige generelle Leitlinien geben zu können. Im Folgenden möchte ich mit Ihnen daher folgende Problemfelder beispielhaft besprechen:

- ➔ Verstöße gegen die gesetzlichen Einsatzvoraussetzungen für Verdeckte Ermittler,
- ➔ die gezielte Umgehung des Schweigerechts,
- ➔ Besonderheiten bei bestehenden Zeugnisverweigerungsrechten,
- ➔ die Verwendung von Zufallsfunden und
- ➔ Besonderheiten des Verdeckten Ermittlers als Beweismittel in der Hauptverhandlung.

Andere Aspekte, etwa die Tatprovokation oder die Begehung von Straftaten durch Verdeckte Ermittler, waren bzw. sind Gegenstand eigenständiger Referate unserer heutigen Tagung, so dass ich darauf verweisen darf.

2. Verstöße gegen die gesetzlichen Einsatzvoraussetzungen

Kommen wir also zur ersten Fallgruppe, d.h. den Verstößen gegen die gesetzlichen Einsatzvoraussetzungen für Verdeckte Ermittler. Verdeckte Ermittler dürfen nach den Vorgaben des § 110a Abs. 1

¹⁸ BVerfG StV 2008, 1 (4); BGHSt 47, 172 (179); 51, 285; 54, 69 (87); KK/Nack, Vor § 94 Rn. 10; Meyer-Göfner, Einl. Rn. 55a; Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (31).

¹⁹ Vgl. BGHSt 53, 191.

StPO und im Rahmen des Verhältnismäßigen nur eingesetzt werden, wenn

→ zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine der in dem Straftatenkatalog des § 110a Abs. 1 Satz 1 StPO aufgelisteten Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen wurde,

→ ein Verbrechen aufgeklärt werden soll, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen eine Wiederholungsgefahr besteht, oder

→ ein Verbrechen aufgeklärt werden soll, wobei die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos erscheinen.

In anderen Fällen ist der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers von vornherein unzulässig. Der Katalog des § 110a Abs. 1 S. 1 StPO umfasst Straftaten von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenhandels, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder auf dem Gebiet des Staatsschutzes sowie Straftaten von erheblicher Bedeutung, die gewerbs- oder bandenmäßig oder von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert begangen worden sind. Daraus wird ersichtlich, dass Verdeckte Ermittler vorrangig im Bereich der schweren Kriminalität zum Einsatz kommen sollen, insbesondere gegen die organisierte Kriminalität²⁰. In der Praxis ist dies auch einer der häufigsten Einsatzbereiche.

Beabsichtigt die Polizei den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers, so ist grundsätzlich zuvor die *Zustimmung der Staatsanwaltschaft* einzuholen (§ 110b Abs. 1 Satz 1, 3 StPO). Wenn Gefahr im Verzug besteht (also bei drohendem Verlust von Beweismitteln) kann der Einsatz – zunächst – auch ohne deren Zustimmung erfolgen. Die Zustimmung ist dann jedoch unverzüglich nachzuholen. Stimmt die Staatsanwaltschaft nicht innerhalb von drei Tagen zu, so ist die Maßnahme zu beenden (§ 110b Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Zustimmung bedarf der Schriftform und sie ist auch zeitlich zu befristen (§ 110b Abs. 1 Satz 3 StPO).

Soll der Verdeckte Ermittler nicht lediglich in einem bestimmten kriminellen Milieu gegen noch unbekannte Personen ermitteln, son-

²⁰ HK/Gercke, § 110a Rn. 2; Meyer-Goßner, § 110a Rn. 5; SK-StPO/Wolter, § 110a Rn. 1.

dem soll sich sein Einsatz gegen einen bestimmten Beschuldigten richten oder soll im Rahmen der Ermittlungen eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betreten werden, so bedarf der Einsatz zusätzlich der *Zustimmung des Gerichts* (§ 110b Abs. 2 Satz 1 StPO). Dessen Zustimmung muss ebenfalls binnen drei Tagen eingeholt werden, sonst ist die Maßnahme zu beenden (§ 110b Abs. 2 Satz 4 StPO). Die Vorschriften zur Schriftlichkeit der Zustimmung sowie zur Befristung gelten auch hier.

Rechtliche Fehler mit Konsequenzen für die Beweisverwertung können bereits auf der Ebene dieser Einsatzvoraussetzungen für Verdeckte Ermittler auftreten:

Liegen die *materiellen Voraussetzungen* für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers nicht vor, so führt dies zu einem Verwertungsverbot²¹. In der Regel geht es dabei um Fälle, in denen von vornherein kein Anfangsverdacht wegen einer Katalogtat im Sinne von § 110a Abs. 1 StPO vorlag.

Beispiel: Der Verdeckte Ermittler V wird eingesetzt, um einen einzelnen Betrugsfall aufzuklären.

Ist nach Abschluss eines Verfahrens keine Katalogtat nachweisbar, bestand aber zu Beginn des Einsatzes noch die vertretbare Annahme eines Katalogtatverdachts, so führt dies nicht zu einem Verwertungsverbot. Ein solches greift nur ein, wenn bei einer ex-ante-Betrachtung ein Katalogtatverdacht nicht vorlag und in nicht nachvollziehbarer Weise dennoch bejaht wurde, wenn also der Einsatz des Verdeckten Ermittlers *willkürlich oder unvertretbar* war²². Diese Rechtsprechung ist natürlich schon deshalb problematisch, weil sie den Strafverfolgungsbehörden im Nachhinein stets die Schutzbehauptung eröffnet, sie sei bei Einsatzbeginn davon ausgegangen, dass die Einsatzvoraussetzungen für einen Verdeckten Ermittler vorlagen.

Beispiel: Der Polizeibeamte P möchte in einem Betrugsfall einen Verdeckten Ermittler einsetzen. Anhaltspunkte für eine gewerbsmäßige oder bandenmäßige Tatbegehung liegen ersichtlich nicht vor.

²¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481a.

²² BGHSt 42, 103 (107); *Meyer-Göfner*, § 110b Rn. 11; *HK/Gercke* § 110b Rn. 24.

Dennoch behauptet er dies, um die erforderliche Genehmigung der Staatsanwaltschaft zu erhalten. Nach Abschluss des Einsatzes des Verdeckten Ermittlers rechtfertigt P sich wahrheitswidrig damit, er sei aber zu Beginn des Einsatzes fest davon überzeugt gewesen, dass es sich bei dem Beschuldigten um das Mitglied einer international operierenden Betrügerbande gehandelt habe.

Bei einer *Verletzung der Formvorschriften* ist demgegenüber zu unterscheiden:

Wurde das Erfordernis der *Schriftlichkeit* (§ 110b Abs. 1 Satz 3 StPO) nicht eingehalten, so führt dies nicht zu einem Verwertungsverbot²³. Fehlt es aber an der vorherigen oder nachträglichen Zustimmung von Staatsanwaltschaft oder Gericht zum Einsatz des Verdeckten Ermittlers, so sind die durch seinen Einsatz gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar²⁴. Dies erklärt sich daraus, dass ein Einsatz ohne die erforderliche Zustimmung von vornherein unzulässig ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) soll das Verwertungsverbot jedoch nur eingreifen, wenn der Beschuldigte der Verwertung der Aussage des Verdeckten Ermittlers in der Hauptverhandlung auch widerspricht²⁵.

In den Fällen, in welchen wegen des Betretens von Wohnungen im Rahmen des Einsatzes des Verdeckten Ermittlers nicht nur eine staatsanwaltschaftliche, sondern eine *richterliche* Zustimmung erforderlich ist, kann es vorkommen, dass diese zum Zeitpunkt des Einsatzes wegen Gefahr im Verzug angesichts eines drohenden Beweismittelverlusts zunächst nicht vorliegt, sondern lediglich die Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Stimmt das Gericht dann nicht innerhalb der Frist von drei Tagen zu, so ist die Maßnahme lediglich zu *beenden* (§ 100b Abs. 2 Satz 4 StPO). Der Verdeckte Ermittler darf also nicht weiter ermitteln. Die in diesen ersten drei Tagen gewonnenen Erkenntnisse sollen nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur aber grundsätzlich verwertbar sein. Zur Begründung wird angeführt, dass das grundlegende Formerfordernis der Zustimmung der Staatsanwalt-

²³ BGH StV 1995, 398.

²⁴ KK/Nack § 110b Rn. 13; Meyer-Gößner, § 110b Rn. 11 m.w.N.

²⁵ BGH StV 1996, 529; Becker, NSTZ-RR 2001, 257(260).

schaft eingehalten sei, auch wenn das Gericht später nicht zustimmt oder auch gar nicht angerufen wird²⁶. Richtigerweise wird man ein *Beweisverwertungsverbot* aber zumindest in *Missbrauchsfällen* annehmen müssen, in denen das Erfordernis der richterlichen Zustimmung durch Polizei und Staatsanwaltschaft bewusst umgangen wird.

3. Gezielte Umgehung des Schweigerechts

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers vor, so kann dennoch seine *konkrete Vorgehensweise* im Einzelfall ein Verwertungsverbot begründen. In der Praxis ergeben sich entsprechende Probleme vor allem im Zusammenhang mit Befragungen von Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler. Im Rahmen einer offenen Beschuldigtenvernehmung durch einen Polizeibeamten sieht die deutsche Strafprozessordnung (gemäß § 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 StPO) eine Reihe von Belehrungspflichten vor, beispielsweise über das Recht, zu schweigen, einen Verteidiger hinzuzuziehen oder die Erhebung von Beweisen zu beantragen. Es liegt nun in der Natur des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers, dass dieser dem von ihm Befragten nicht seinen amtlichen Ermittlungsauftrag offenbart. Man stelle sich nur vor, ein Verdeckter Ermittler ist in einen Drogenhändlerring eingeschleust worden. Wenn er sich nun, noch bevor ihm einer der Tatverdächtigen irgendeine belastende Information geben kann, zunächst einmal als Polizeibeamter vorstellen und seinen Gesprächspartner über sein Schweigerecht belehren müsste, wäre der gesamte Einsatz natürlich sinnlos.

Infolgedessen sind Verdeckte Ermittler von der Pflicht zur Beschuldigtenbelehrung ausgenommen. Es fehlt insofern bereits an einer „Vernehmung“, da der Verdeckte Ermittler gerade nicht als amtliche Verhörfperson auftritt²⁷. Vielmehr geht sein Gesprächspartner davon aus, mit ihm ein Privatgespräch zu führen, in welchem es ihm freisteht, Dinge zu offenbaren und zu verschweigen. Eine die Belehrungspflicht begründende Konfliktsituation besteht also nicht. Angaben des Beschuldigten oder eines Zeugen, die in einer entsprechen-

²⁶ BGHSt 41, 64, (66); *Meyer-Gößner*, § 110b Rn. 11; *Beulke/Rogat*, JR 1996, 517 (520); *Rogall*, JZ 1996, 260.

²⁷ BGHSt 42, 139.

den Befragung bzw. einem Gespräch ohne Belehrung gemacht werden, unterliegen daher keinem Verwertungsverbot²⁸. Gleiches gilt auch für Observationen des Verdeckten Ermittlers bezüglich begangener Straftaten. Schließlich hat niemand einen Anspruch darauf, bei Straftaten unbeobachtet zu bleiben²⁹. Eine Verwertung von Erkenntnissen aus Gesprächen ist aber dann ausgeschlossen, wenn es zu einer *gezielten Umgehung des Schweigerechts* durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers kommt. Dies lässt sich beispielsweise an der sog. „Mallorca-Entscheidung“³⁰ des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2007 demonstrieren:

Ein Mann (A) geriet in den Verdacht, auf der spanischen Insel Mallorca ein fünfzehnjähriges Mädchen getötet zu haben. Bei einer Vernehmung durch die deutsche Polizei berief er sich ausdrücklich auf sein Schweigerecht. Da die Polizei zu diesem Zeitpunkt über keine anderen Beweismittel verfügte, wurde ein Verdeckter Ermittler auf den A angesetzt. Dieser traf den A, der sich zu jener Zeit in anderer Sache in Haft befand, während eines simulierten Gefangenentransports und besuchte ihn danach auch mehrfach in der Justizvollzugsanstalt. Nach der Entlassung besorgte der Verdeckte Ermittler dem A auch eine Wohnung und freundete sich mit ihm an. Unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis forderte er ihn schließlich auf, ihm die Wahrheit über den Mordfall zu sagen. Daraufhin gestand der A die Tat gegenüber dem Verdeckten Ermittler.

Der BGH hat hier – zu Recht – ein Verwertungsverbot angenommen³¹. Ein Verdeckter Ermittler dürfe einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen habe, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewin-

²⁸ BGHSt 40, 211 (218); BGH (GrS) 42, 139 (146); 52, 11 (14); *Meyer-Göfner*, § 110c Rn. 3.

²⁹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481d.

³⁰ BGH, Urt. v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07 = BGHSt 52, 11 = NSTz 2007, 714 m. Anm. *Meyer-Mews*, NJW 2007, 3138; *Rogall*, NSTz 2008, 110.

³¹ BGHSt 52, 11; ähnlich BGH NSTz 2009, 343; OLG Zweibrücken NSTz 2011, 114.

nung verstoße gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*), und habe regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.³² In der Literatur wird hier ein Verwertungsverbot teilweise auch aus der analogen Anwendung des die Belehrungspflichten enthaltenden § 136 StPO abgeleitet³³, da eine vernehmungähnliche Situation vorgelegen habe.

Auch an einem weiteren Fall aus der aktuellen Rechtsprechung des BGH³⁴ werden die Grenzen deutlich, die ein Verdeckter Ermittler im Rahmen seiner Ermittlungen einzuhalten hat:

Im April 2004 wurde die A wegen des Verdachts, ihre drei Kinder getötet zu haben, nach Belehrung über ihre Rechte polizeilich als Beschuldigte vernommen. Sie erklärte, zu dem Tod ihrer Kinder Chantal und Pascal wolle sie keine Angaben machen, weil „die Sache“ für sie abgeschlossen sei. Bezüglich ihres Sohnes Kevin war sie zu einer Aussage bereit, stellte jedoch den Vorwurf in Abrede. Auf Vorhalt der gegen sie vorliegenden Verdachtsmomente bestritt sie, ihre Kinder umgebracht zu haben. Schließlich erklärte sie, zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen nichts mehr sagen zu wollen. Nach weiteren ergebnislosen Ermittlungen kam ab Januar 2005 ein Verdeckter Ermittler gegen die A zum Einsatz. Der Verdeckte Ermittler gab sich als Verfasser eines Buches über Chatgewohnheiten im Internet aus, der Personen suche, deren Geschichten er für sein Buch verwenden könne. In der Zeit von Anfang Februar 2005 bis zum Ende August 2006 trafen sich der Verdeckte Ermittler und A insgesamt 28-mal. Darüber hinaus hatten sie per SMS, E-Mail und Telefon Kontakt. Um das Vertrauensverhältnis zu A zu untermauern, lenkte der Verdeckte Ermittler in Absprache mit seinem Führungsbeamten ab Anfang 2006 die Aufmerksamkeit der A wiederholt auf seine eigene Vergangenheit und vertraute ihr im Februar 2006 wahrheitswidrig an, er habe im Alter von ca. 20 Jahren seine Schwester getötet, was sonst niemand wisse. Schließlich gestand A dem Verdeckten Ermittler, ihren Sohn Pascal getötet zu haben. Auf Nachfragen des Verdeckten Ermittlers äußerte sie sich zu ihrem Motiv und zu Einzelheiten der Ausführung der Tat.

³² HK-StPO/*Gercke* § 110c Rn. 5; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481d.

³³ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481e; *Duttge*, JZ 2008, 261 (261).

³⁴ BGH NStZ 2009, 343; hierzu *Bauer*, StV 2010, 120.

Ebenso wie im sog. „Mallorca-Fall“ entschied der BGH auch hier, dass ein Verwertungsverbot hinsichtlich der gegenüber dem Verdeckten Ermittler gemachten Angaben eingreift. Insofern wird klar gestellt, dass die Informationsbeschaffung durch einen Verdeckten Ermittler dort ihre Grenzen findet, wo ein Vertrauensverhältnis nicht nur zur bloßen Informationsabschöpfung genutzt, sondern gezielt zu einer bedrängenden Befragung eines sich auf sein Schweigerecht berufenden Beschuldigten ausgenutzt oder missbraucht wird³⁵. Die Begründung ist jedoch hier eine andere: Auch wenn es sich bei Gesprächen des Verdeckten Ermittlers im Rahmen seiner Ermittlungen regelmäßig nicht um Vernehmungen (im Sinne des § 136 StPO) handele, so führe dies nach Ansicht des BGH nicht dazu, dass der Beamte bestehende Verbote für unzulässige Vernehmungsmethoden nicht zu beachten habe. Insofern sei § 136a StPO, der u.a. die Vernehmung unter Einsatz von Täuschungen verbietet, für ihn uneingeschränkt analog anzuwenden. Zur Begründung wird auf einen überzeugenden Erst-recht-Schluss abgestellt: Es wäre unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht tragbar, wenn der Verdeckte Ermittler Aussagen durch Täuschung, Zwang oder Drohung erwirken dürfte, der Staat sich also dieser bei offenen Vernehmungen verbotenen Methoden auf heimlichem Wege bedienen könnte. Tut er dies dennoch, so führt dies zu einem Verwertungsverbot³⁶. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Verwendung der Legende selbst noch keine verbotene Täuschung darstellt. Ein Verwertungsverbot wird erst dann ausgelöst, wenn der Beamte über die „legendenbedingten Täuschungen“ hinausgeht³⁷.

4. Umgehung von Zeugnisverweigerungsrechten

Eine ähnliche Problematik kann sich auch bei der Befragung zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen stellen, wobei insbesondere an Angehörige zu denken ist.

³⁵ SK-StPO/Wolter, § 110a Rn. 4 m.w.N.

³⁶ HK-StPO/Lemke Einleitung Rn. 109 ff.; HK-StPO/Gercke Vor §§ 94 ff. Rn. 29 ff.; HK-StPO/Julius § 261. Rn. 10 ff.; Beulke, Strafprozessrecht Rn. 454 ff., 481a.

³⁷ HK/Gercke § 110c Rn. 5; Meyer-Göfner, § 110c Rn. 3; Lagodny, StV 1996, 167 (172); Rogall, NSTZ 2008, 110 (111).

Beispiel: Die Ehefrau E wird im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gegen ihren Mann M wegen Mordes als Zeugin vernommen, macht aber unter Berufung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht keine Angaben zur Sache. Daraufhin setzen die Strafverfolgungsbehörden einen Verdeckten Ermittler auf sie an, der sich ihr Vertrauen erschleicht und ihr schließlich belastende Informationen in Bezug auf M entlockt.

Zeugnisverweigerungsberechtigte Personen haben gem. § 252 StPO das Recht, die in einer früheren Vernehmung gemachte Aussage in der Hauptverhandlung zu annullieren. Diesbezüglich gilt dann ein Verwertungsverbot. Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers darf dieses Verwertungsverbot nicht außer Kraft setzen. Allerdings gilt – wie bereits beim Beschuldigten – dass Gespräche eines Verdeckten Ermittlers mit einem Angehörigen nicht unter den Vernehmungsbegriff der deutschen Strafprozessordnung fallen. Auch § 252 StPO kann also keine direkte Anwendung finden. Der Angehörige wähnt sich in einem Privatgespräch, nicht in einer Vernehmung. Er weiß also, dass er zu Aussagen über seinen (beschuldigten) Angehörigen nicht verpflichtet ist, sondern frei entscheiden kann, was er preisgibt und was nicht. Eine pauschale analoge Anwendung des § 252 StPO scheidet daher mangels vergleichbarer Interessenlage aus³⁸. Auch von einer Täuschungshandlung (im Sinne von § 136a StPO) wird man kaum ausgehen können, denn ein Verdeckter Ermittler erklärt als Gesprächspartner eines Angehörigen nicht konkludent, dass er kein Verdeckter Ermittler sei. Dies hat zur Folge, dass die Angaben eines Angehörigen gegenüber dem Verdeckten Ermittler grundsätzlich durch dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung verwertet werden können³⁹. Bei einer Gesamtbetrachtung wird man aber, auch im Hinblick auf die bereits besprochene Rechtslage zum Vorgehen bei Beschuldigten, bei zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen aber zumindest dann ein Beweisverwertungsverbot analog § 252 StPO annehmen müssen, wenn durch den Einsatz eines Verdeckten

³⁸ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481f.

³⁹ BGHSt 40, 211 (216); die Entscheidung erging zum Einsatz einer Vertrauensperson, nicht eines Verdeckten Ermittlers, lässt sich aber auf Letzteren übertragen.

Ermittlers eine offene Vernehmung des Angehörigen bewusst umgangen und ein bereits ausgeübtes Zeugnisverweigerungsrecht ausgehebelt werden soll.⁴⁰

5. Verwertung von Zufallsfunden und Erkenntnissen über dritte Personen

Schließlich stellt sich die Frage nach möglichen Verwertungsverböten auch in Bezug auf die Verwertung von Zufallsfunden und Erkenntnissen über dritte Personen. Ein Verdeckter Ermittler erlangt im Rahmen seines Einsatzes regelmäÙig nicht nur Erkenntnisse über die Zielperson und die von ihr begangenen Straftaten. Häufig wird er auch mit Kontaktpersonen der Zielperson zusammentreffen und von Straftaten dieser Personen Kenntnis erlangen.

Beispiel: Der Verdeckte Ermittler V soll angesichts des Verdachts möglicher Betäubungsmitteldelikte Erkenntnisse in Bezug auf A gewinnen. Bei seinen Ermittlungen erlangt er aber auch belastende Erkenntnisse in Bezug auf B und C, die als Geschäftspartner des A ebenfalls in Drogengeschäfte verstrickt sind, was den Ermittlern aber vorher nicht bekannt war.

Soweit die formellen und materiellen Voraussetzungen eines Einsatzes gegen einen bestimmten Beschuldigten vorliegen, können die dabei erlangten Erkenntnisse auch in späteren Strafverfahren gegen Dritte verwendet werden, die notwendigerweise mit dem Beschuldigten zusammentreffen. Dies gilt aber nur, wenn bei einer hypothetischen Betrachtungsweise auch gegenüber dem Dritten die Voraussetzungen des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers erfüllt gewesen wären, also auch diesbezüglich insbesondere der Verdacht einer Katalogtat vorliegt⁴¹. Hier kommt also die allgemeine Rechtsfigur des *hypothetischen Ersatzeingriffs* zum Tragen.

Vergleichbar ist die Lage hinsichtlich der Verwertung von Zufallsfunden. Erlangt der Verdeckte Ermittler im Rahmen seines Einsatzes personenbezogene Informationen, so können diese grundsätzlich nur in dem Strafverfahren zu Beweis Zwecken verwendet werden,

⁴⁰ Vgl. auch HK-StPO/Julius Vor § 252 Rn. 7; SK-StPO/Velten Vor § 252 Rn. 19.

⁴¹ BGH NStZ 1997, 294; Meyer-GöÙner, § 110b Rn. 11.

das Auslöser seines Einsatzes war, also zur Aufklärung der Anlasstat. Für *andere* Strafverfahren, also *andere prozessuale Taten* als die Anlassstat, ist eine Verwendung zu Beweis Zwecken nur zulässig, wenn der Betroffene einwilligt, oder – ohne dessen Einwilligung – der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers auch diesbezüglich zulässig gewesen wäre. Dies regelt seit dem 1.1.2008⁴² in Deutschland § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO, der damit den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs ausdrücklich normiert hat⁴³.

Demgegenüber wird es überwiegend als zulässig erachtet, die gewonnenen Erkenntnisse *als Spurenansatz* zu verwerten, sie also zur Grundlage weiterer Ermittlungen zu machen. Eine mittelbare Verwertung in der Weise, dass auf Grund der erlangten Erkenntnisse weitere Ermittlungen geführt und dabei dann andere Beweismittel gewonnen werden, verstößt aber gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, da hierfür keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage existiert. Sie ist somit nach richtiger Ansicht als unzulässig einzustufen⁴⁴.

6. Der Verdeckte Ermittler als Beweismittel in der Hauptverhandlung:

Schließlich kann sich aus dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers auch ein beweisrechtliches Problem in der Hauptverhandlung ergeben, namentlich im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz⁴⁵, nach dem sich das Gericht einen möglichst direkten, unvermittelten Eindruck vom Tatgeschehen zu verschaffen hat. § 110b Abs. 3 Satz 1 StPO erlaubt die Geheimhaltung der Identität des Verdeckten Ermittlers auch im weiteren Verlauf des Strafverfahrens, somit auch in der Hauptverhandlung. Insofern kann er auch als Zeuge unter seiner Legende aussagen. Allerdings führt auch die Aussage unter einer falschen Identität regelmäßig dazu, dass der Verdeckte Ermittler von

⁴² Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG (BGBl. I S. 3198).

⁴³ SK-StPO/Wohlers § 161 Rn. 51 ff.; HK-StPO/Zöller § 161 Rn. 31 f.; Meyer-Göfner, § 161 Rn. 18b ff.; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 481c.

⁴⁴ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 476 m.w.N.

⁴⁵ SK-StPO/Velten Vor § 250 ff. Rn. 1 ff.; HK-StPO/Julius Vor §§ 250 ff. Rn. 1 f.; Meyer-Göfner, § 250 Rn. 1 ff.

seiner früheren Zielperson oder Dritten in der Hauptverhandlung erkannt wird und daher in Zukunft nicht mehr für Ermittlungen im jeweiligen kriminellen Milieu eingesetzt werden kann. Er gilt dann als „verbrannt“. Aus diesem Grund besteht (nach § 110b Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 96 StPO) auch die Möglichkeit, den Verdeckten Ermittler für die Hauptverhandlung vollständig zu sperren. In solchen Fällen können dann der Führungsbeamte des Verdeckten Ermittlers als Zeuge vom Hörensagen⁴⁶ vernommen oder Vernehmungsprotokolle (gem. § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO) verlesen werden. Im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung ist dann allerdings zu beachten, dass derart eingeführte Informationen „aus zweiter Hand“ nur dann Grundlage einer Verurteilung sein dürfen, wenn sie einer besonders kritischen Prüfung unterzogen werden und zudem durch andere Beweise in ihrer Aussage bestätigt werden⁴⁷. Liegen solche zusätzlichen Indizien nicht vor, ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo freizusprechen⁴⁸. Bei willkürlichen oder offensichtlich rechtsfehlerhaften Sperrerklärungen wird man zudem von einem Verwertungsverbot hinsichtlich der Angaben des Verdeckten Ermittlers ausgehen müssen⁴⁹.

IV. Fazit

Diese – notwendigerweise kursorischen – Ausführungen zu den beweisrechtlichen Problemen des Einsatzes Verdeckter Ermittler lassen sich für unser Tagungsthema vielleicht wie folgt abstrahieren: Der Einsatz Verdeckter Ermittler stellt eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme dar, die auf einer von staatlicher Seite geschaffenen Täuschungskulisse basiert. Diese für den Einsatz zwingend notwendigen Täuschungen über die Identität und die Zielvorstellungen des Verdeckten Ermittlers führen für sich genommen noch nicht zur Annahme von Beweisverwertungsverböten. In den Anwendungsbereich solcher Verwertungsverböte gerät man erst dann, wenn die Strafver-

⁴⁶ SK-StPO/Rogall Vor § 48 Rn. 25; HK-StPO/Gercke Vor § 48 Rn. 20; Meyer-Göfner, § 250 Rn. 4.

⁴⁷ BGHSt 49, 112 (118).

⁴⁸ BGHSt 45, 321 (340); 47, 44 (47).

⁴⁹ BGHSt 36, 159 (163) unter Verweis auf BVerfGE 57, 250 (290).

folgungsbehörden über die reinen Täuschungshandlungen hinausgehen. Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn sie sich rechtsmissbräuchlich verhalten, weil sie Verdeckte Ermittler auch dann einsetzen, wenn die gesetzlichen Einsatzvoraussetzungen erkennbar nicht vorliegen, oder mit ihrer Hilfe prozessuale Schutzrechte wie das Schweigerecht des Beschuldigen oder das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen bewusst umgehen. Es gilt also, zulässige Täuschungen von unzulässigem Rechtsmissbrauch zu unterscheiden.