

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs, Verdeckten Ermittlers, der V-Person und des Informanten wegen ihrer Tätigkeiten durch die Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und geheimdienstlichen Behörden

*Sigmund P. MARTIN**

A. Zur Aktualität des Themas

Das Thema der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Verdeckten Ermittlers und ähnlicher Personen (die gesamte im Titel aufgeführte Personengruppe wird im Folgenden als „verdeckt ermittelnde“ Personen bezeichnet) wegen ihrer Zusammenarbeit mit Behörden auf dem Gebiet der Strafverfolgung und des Geheimdienstes ist in mehrfacher Hinsicht von aktueller Bedeutung. Nachdem in den Lehrbüchern und Kommentaren die Problematik eines derart verdeckten Vorgehens in den letzten Jahren weitgehend für ausdiskutiert gehalten wurde, gerät dieser Bereich in jüngster Zeit wieder in die politische und rechtliche Diskussion. In der politischen Diskussion geht es dabei insbesondere um die Frage, inwieweit im Zusammenhang mit der Mordserie durch den sog. Nationalsozialistischen Untergrund (NSU) der Einsatz verdeckter Ermittler sinnvoll gestaltet worden ist. Dieser Frage, die im Moment parlamentarische Untersuchungsausschüsse beschäftigt, kann hier noch nicht nachgegangen

* Prof. Dr., LL.M. (Yale), Wiesbaden. Der Autor ist Professor an der Fachhochschule des Bundes Fachbereich Kriminalpolizei beim Bundeskriminalamt (BKA). Soweit Rechtsauffassungen vertreten werden, gibt der Autor seine persönliche Auffassung und nicht die des BKA wieder. - §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

werden, da zunächst die noch unklaren Tatsachenzusammenhänge aufzuklären sind. Die sonstigen rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des agent provocateur, des Verdeckten Ermittlers und der sonstigen verdeckt ermittelnden Personen sind aber in den vergangenen Jahren vielfach auch unter neueren Aspekten diskutiert worden. Dieser Diskussion soll im Folgenden nachgegangen werden. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die bisher gängigen Auffassungen zur Strafbarkeit des Einsatzes Verdeckter Ermittler auch bei neuen Phänomenen – wie insbesondere der Verfolgung von Kinderpornographie im Internet – sachgerecht sind.

Nachdem sich die wissenschaftliche Diskussion um den verdeckten Ermittler in den letzten Jahren hauptsächlich auf strafprozessuale Probleme beschränkt hatte¹, galt die Frage nach der materiellen Strafbarkeit dieses Personenkreises zu Unrecht als ausdiskutiert. Ein Grund dafür ist, dass die Konstruktion des agent provocateurs nur einen Teilbereich der Frage nach der Strafbarkeit der Personen aus dem „V-Bereich“ abdeckt. Zudem hat die aktuelle verdeckte Ermittlungstätigkeit der Polizei die Fragestellungen nach der materiellen Strafbarkeit des agent provocateurs verändert: Ursprünglich war mit dem agent provocateur in der älteren Literatur eine Person gemeint, die zu einer Tat mit einem bestimmten *Erfolg* anstiftete, wobei die Tat aber letztendlich nicht zur Vollendung kommen sollte.

Demgegenüber geht es heute um Fälle vor allem im Rauschgiftbereich, bei denen die Ermittlungsbehörden in planvoller Weise Lockspitzel in das kriminelle Umfeld einzuschleusen, um dort als Scheinkäufer oder Scheinverkäufer Verdächtige zum Handel mit Betäubungsmitteln zu animieren². Gerade bei Betäubungsmittelstraftaten tritt aber der Erfolg des „Handeltreibens“ i.S. des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, das als jede auf Umsatzerzielung gerichtete Tätigkeit definiert wird³, sehr schnell ein. Dass es hier nicht zum Eintritt des Erfolges kommen soll, lässt sich schwer begründen. Dies gilt entsprechend für eine Vielzahl anderer

¹ Sommer, Tatverhalten, S. 485 m.w. Nachw.

² Sommer, a.a.O.

³ Körner, § 29 Rdnr. 221.

Gefährungsdelikte oder Vorfeldtatbestände. Die Frage nach der Strafbereit des agent provocateurs und der sonstigen Beteiligten ist daher für die Mehrzahl der Fälle, in denen es heutzutage zum Einsatz verdeckt operierender Personen kommt, nicht abschließend geklärt. Dies gilt insbesondere für die Bereiche der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität und der Kinderpornographie im Internet.

B. Die Grundbegriffe

I. Agent provocateur

Der Begriff des agent provocateurs ist nicht eindeutig definiert. Es finden sich eine Vielzahl von Umschreibungen und Definitionsansätzen⁴. Dennoch kann man von einem vorherrschenden Grundverständnis ausgehen. Insbesondere in der Rechtsprechung, aber auch überwiegend im Schrifttum, erfolgt eine Gleichsetzung mit dem Begriff des Lockspitzels, der straflos sein soll, wenn er als Anstifter nicht die Vollendung der Tat, sondern nur deren Versuch will⁵.

II. Verdeckter Ermittler

Verdeckte Ermittler (VE) sind nach der Legaldefinition des § 110a StPO „Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln“. Wesentlich für diesen Begriff ist insbesondere, dass der Ermittlungsauftrag über einzelne Ermittlungsaufgaben hinaus geht⁶.

III. Gelegenheits-VE

Unter Gelegenheits-VE versteht man sonstige nicht offen ermittelnde Polizeibeamte, die nur gelegentlich verdeckt auftreten⁷. Deren Einsatz ist nach §§ 161, 163 grundsätzlich erlaubt⁸.

IV. V-Person

V-Personen (VP) sind Privatpersonen und dürfen grundsätzlich zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer

⁴ Vgl. die Übersicht bei Sommer, Erfolgsunrecht, S. 1 ff. m.w.Nachw. in Fußnote 1.

⁵ Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, § 26 Rdnr. 20; Mitsch, S. 35.

⁶ Meyer-Goßner, § 110a Rdnr. 2.

⁷ Krey, Rechtsprobleme, S. 30 f.

⁸ S. näher unten unter Fußn. mit dazugehörigem Text.

Kriminalität eingesetzt werden ⁹ Solche V-Personen werden in großem Umfang eingesetzt und stammen häufig aus dem kriminellen Milieu¹⁰.

V. Informant

Informanten sind wie die VPs Privatpersonen. Sie unterscheiden sich von diesen dadurch, dass sie nur im Einzelfall bereit sind, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit den Strafverfolgungsbehörden Informationen zu geben¹¹.

VI. Besonderheiten bei der Zusammenarbeit mit geheimdienstlichen Behörden

Die soeben genannten Grundbegriffe gelten sowohl bei der Zusammenarbeit der genannten Personengruppen mit Strafverfolgungsbehörden wie mit geheimdienstlichen Behörden. Unterschiede gibt es hingegen insbesondere bei der Rechtsgrundlage für die verdeckten Ermittlungen.

1) Die Rechtsgrundlagen für verdeckte Ermittlungen der Polizei

Für die Polizei ergibt sich die Rechtsgrundlage für die Ermittlung von Straftaten allgemein aus der Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO und speziell aus den Vorschriften der §§ 110a – 110c StPO. Die speziellere Rechtsgrundlage der §§ 110a ff. StPO wurde erst 1992 geschaffen, weil die bisherige Rechtsgrundlage der Ermittlungsgeneralklausel immer mehr als unzureichend angesehen wurde¹². Der Einsatz von sog. „nicht offen ermittelnden Polizeibeamten“ unterhalb der Schwelle des VE wird aber weiter für zulässig erachtet¹³. Hieraus können sich im Einzelfall Abgrenzungsprobleme ergeben. Insbesondere bei „virtuell verdeckten Ermittlern“ in sozialen Netzwerken und Internetboards stellt sich die Frage, ab wann die

⁹ Vgl. BGHSt 45, 321; Soine, NStZ 2010, 596, 601.

¹⁰ Weiler, S. 1 m.w.Nachw.

¹¹ S: Anlage D I 2.1 zu den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), abgedruckt bei Meyer-Goßner unter Anh. 12; vgl. zu dem Begriff des Informanten s. auch Weiler, S. 8.

¹² Vgl. Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1765 m.w.Nachw. zum Gesetzgebungsverfahren zu § 110a StPO.

¹³ BT Dr. 12/989, S. 41 f.

Schwelle zum VE mit der Konsequenz, dass die Anforderungen des § 110a StPO einzuhalten sind, überschritten ist¹⁴. Die Position des BKA ist hier die, dass das Verfahren nach § 110a StPO eingehalten wird, wenn die Beamten in sozialen Netzwerken über eine längere Zeit gezielt mit Betroffenen kommunizieren¹⁵.

2) Die Rechtsgrundlagen für verdeckte Ermittlungen der Geheimdienste

Die Rechtsgrundlage für den Einsatz verdeckt ermittelnder Personen bildet auf Bundesebene § 8 Abs. 2 BVerfSchG¹⁶. Über Verweisungsnormen – wie z.B. § 3 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) – gilt diese Norm auch für die anderen Nachrichtendienste auf Bundesebene. In den einzelnen Bundesländern gibt es Normen, die dem § 8 Abs. 2 BVerfSchG entsprechen. So findet sich beispielsweise eine ganz ähnliche formulierte Vorschrift im Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Niedersachsen (Niedersächsisches Verfassungsschutzgesetz - NVerfSchG)¹⁷ und im Gesetz über

¹⁴ Siehe die ausführliche Darstellung des Meinungsstreits bei Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1766 m.w.Nachw.

¹⁵ Auskunft der Bundesregierung vom 14.07.2011 auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Dr. 17/6587, S. 3.

¹⁶ Diese Vorschrift lautet: „Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf Methoden, Gegenstände und Instrumente zur heimlichen Informationsbeschaffung, wie den Einsatz von Vertrauensleuten und Gewährspersonen, Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen, Tarnpapiere und Tarnkennzeichen anwenden. Diese sind in einer Dienstvorschrift zu benennen, die auch die Zuständigkeit für die Anordnung solcher Informationsbeschaffungen regelt. Die Dienstvorschrift bedarf der Zustimmung des Bundesministeriums des Innern, der das Parlamentarische Kontrollgremium unterrichtet.“

¹⁷ Vgl. dazu § 6 Abs. 1 NVerfSchG: Die Verfassungsschutzbehörde darf zur heimlichen Informationsbeschaffung, insbesondere zur heimlichen Erhebung personenbezogener Daten, nur folgende nachrichten-dienstliche Mittel anwenden:

- 1.Inanspruchnahme von Vertrauensleuten, sonstigen geheimen Informantinnen und Informanten und Gewährspersonen, vorbehaltlich Satz 2;
- 2.Einsatz von verdeckt ermittelnden Beamtinnen und Beamten;
- 3.Observationen, auch mit besonderen für Observationszwecke bestimmten technischen Mitteln;
- 4.Bildaufzeichnungen;
- 5.verdeckte Ermittlungen und Befragungen; ... Die nachrichtendienstlichen Mittel dürfen auch angewendet werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

den Verfassungsschutz im Land Brandenburg (Brandenburgisches Verfassungsschutzgesetz- BbgVerfSchG)¹⁸.

C. Die Grundsätze

I. Der Grundgedanke des agent provocateur

Der Sache nach ist klar, dass der agent provocateur nur scheinbar anstiftet, um in Wirklichkeit einen Straftäter zu fassen. Vom Ergebnis her ist die Konstruktion des agent provocateur also eigentlich darauf ausgelegt, den Anstifter nicht zu bestrafen, wohl aber den Angestifteten. Dies ist auch die Zielsetzung der Polizei beim Einsatz verdeckt operierender Personen.

Im Einzelfall stellen sich aber eine Vielzahl von Fragen: Wie weit darf sich der Anstiftende selber an Straftaten beteiligen? Welche Straftaten kommen überhaupt in Betracht? Ist der Angestiftete für eine Tat, die überhaupt erst durch eine im staatlichen Auftrag handelnde Person veranlasst wurde, genauso hart zu bestrafen wie für eine Tat, die allein von seiner eigenen Initiative ausging? Bei diesen und weiteren Fragen nach der Strafbarkeit der Beteiligten sind zwei Problemkreise zu unterscheiden: die Strafbarkeit des Anstifters und die des Angestifteten.

II. Strafbarkeit des Angestifteten

Inwieweit sich der angestiftete Täter – insbesondere, wenn er als bisher Nichtverdächtiger zur Tat verleitet wird – strafbar macht, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) ist bei der Tatprovokation von Nichtverdächtigen “ab initio und endgültig” der Grundsatz des fairen Ver-

¹⁸ Vgl. dazu § 6 Abs. 3 BbgVerfSchG: „Die Verfassungsschutzbehörde darf zur Informationsbeschaffung als nachrichtendienstliche Mittel die folgenden Maßnahmen anwenden:

1. Einsatz von Vertrauensleuten, sonstigen geheimen Informanten, zum Zwecke der Spionageabwehr überwobenen Agenten, Gewährspersonen und verdeckten Ermittlern;
2. Observationen;
3. Bildaufzeichnungen (Fotografieren, Videografieren und Filmen) außerhalb des Schutzbereiches des Artikels 13 des Grundgesetzes;...”

fahrens (Art. 6 I MRK) mit der Folge verletzt, dass das Verfahren gegen ihn einzustellen ist¹⁹. Während diese Entscheidung auch im deutschen Schrifttum vielfach auf Zustimmung gestoßen ist²⁰, vertritt der Bundesgerichtshof (BGH) in ständiger Rechtsprechung die sog. Strafzumessungslösung, wonach eine unzulässige Tatprovokation eines Unverdächtigen als Konventionsverstoß im Urteil ausdrücklich auszusprechen und als schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund von besonderem Gewicht anzusehen ist²¹, wobei die gesamten Umstände der Tat und der Art und Weise der Provokation entscheidend sind²².

III. Die Strafbarkeit des Anstifters

Für die Strafbarkeit eines Anstifters ist generell kennzeichnend, dass er die Vollendung der Haupttat will. Problematisch ist aber, was mit der „Vollendung“ gemeint ist und wie sich das Motiv der Tatprovokation beim agent provocateur auswirkt. Hierzu werden verschiedene Theorien vertreten²³.

1) Die gängigsten Theorien

a) Theorie der Rechtsgutsgefährdungsgrenze

Nach der *Theorie der Rechtsgutsgefährdungsgrenze*²⁴ scheidet eine Anstiftung nur in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat unter Ausschluss weiterer Gefährdung des Tatobjekts kommen lassen will. Kann die Vollendung der Tat nicht ausgeschlossen werden oder ist eine formelle Vollendung der Tat sogar notwendig, liegt danach immer eine Anstiftung vor, die allenfalls gerechtfertigt sein kann.

¹⁹ EuGHMR, NStZ 1999, 47.

²⁰ Vgl. dazu die Übersichten bei Ambos, NStZ 2002, 628, 632 und bei Heine, in: Schönke/Schröder, § 26 Rdnr. 21.

²¹ BGHSt 32, 345; 45, 321.

²² BGH, NStZ 1995, 507.

²³ Vgl. zu der hier erfolgten Einteilung: Hillenkamp, 24. Problem, S. 173 ff., der allerdings – anders als hier – die Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung als Variante der Theorie von der materiellen Vollendungsgrenze ansieht. Z.T. werden – insbesondere im Zusammenhang mit Gefährdungsdelikten – auch andere Bezeichnungen verwendet, vgl. etwa Franzheim, NJW 1979, 2014, 2015 f.; Sommer, Erfolgsunrecht, S. 85 ff.

²⁴ Vertreten u.a. von Schmidhäuser, 14/108.

Diese Grenzziehung wird von damit begründet, dass bereits in der Möglichkeit der Rechtsgutsgefährdung die für den Teilnehmer strafbegründende Angriffsrichtung für das Rechtsgut liege. Die bloße Abwehrbereitschaft des agent provocateur könne daher dem Handeln nicht seinen rechtsgutsverletzenden Charakter nehmen. Außerdem müsse der straffreie Spielraum, der zu Lasten des Rechtsgutsträgers gehe, eingeschränkt werden. Dies hat zur Konsequenz, dass sobald eine Gefährdung des Rechtsguts nicht ausgeschlossen oder die Tat formell vollendet ist, eine Straflosigkeit nur noch über den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB möglich ist.

b) Theorie der formellen Vollendungsgrenze

Nach der *Theorie der formellen Vollendungsgrenze*²⁵ scheidet eine Anstiftung in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat kommen lassen will. Dabei spiele es aber keine Rolle, wenn der Anstifter im Einzelfall eine weitere Gefährdung nicht ausschließen könne. Nimmt er hingegen auch die formelle Vollendung der Tat in seinen Vorsatz – zumindest seinen bedingten Vorsatz – mit auf, so liegt immer Anstiftung vor.

Die Vertreter dieser Auffassung argumentieren damit, dass Vorsatz auch dann vorliege, wenn der Erfolg billigend in Kauf genommen wird, er hingegen fehle, wenn lediglich ein Gefährdungsvorsatz bestehe, es sich hinsichtlich des Erfolges also nur um bewusste Fahrlässigkeit handelt. Ab dem Zeitpunkt der Vollendung, also der eingetretenen Rechtsgutsverletzung, böten aber die Vorschriften über die Rechtswidrigkeit die besseren Abwägungskriterien.

c) Theorie der materiellen Vollendungsgrenze

Nach der *Theorie der materiellen Vollendungsgrenze*²⁶ scheidet eine Anstiftung auch in den Fällen aus, in denen es der Anstifter zur formellen Vollendung der Haupttat kommen lassen will, er aber jedenfalls die materielle Beendigung der Tat nicht will. Er ist nur dann als Anstifter anzusehen, wenn er auch die materielle Beendigung der Haupttat will. Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter nur zum Versuch oder lediglich zur formellen Vollendung

²⁵ Vertreten u.a. von Lackner/Kühl, § 26 Rdnr. 4.

²⁶ Vertreten u.a. von: Franzheim, NJW 1979, 2016; Krey, Miyazawa-FS, S. 601.

der Haupttat kommen lassen will. Er ist nur dann Anstifter, wenn er auch die materielle Beendigung der Haupttat will. Zur Begründung wird angeführt, dass der Anstifter I dem Rechtsgutsinhaber letztlich keinen Schaden zufügen wolle. Es fehle daher an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff. Die Erweiterung der Straffreiheit sei aus kriminalpolitischen Gründen sinnvoll.

2) Die Hauptkritik an den gängigsten Theorien

Der relativ frühe Zeitpunkt der Rechtsgutsgefährdung bzw. der formellen Vollendung führt zu einer Lösung der Fälle über den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB. Dessen Anwendbarkeit ist aber sehr problematisch. Die drei soeben genannten Theorien passen allerdings nicht auf die – schon als besonders problematisch herausgearbeiteten – Fälle des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nach §§ 29 I Nr.1, 29a I Nr. 2 BtMG, 26 StGB, da es sich hierbei um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, welche schon durch die Tätigkeit vollendet sind. Relevant wird daher für diesen Fall die weitere *Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung*²⁷. Eine Anstiftung scheidet hiernach in all den Fällen aus, in denen es der Anstifter nicht zu einer irreparablen Rechtsgutsverletzung kommen lassen will. Diese Ansicht wird damit begründet, dass der Anstifter dem Rechtsgutsinhaber letztlich keinen Schaden zufügen will. Es fehle daher in diesen Fällen an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff.

Mit dieser Theorie lässt sich in den kritischen Fällen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln eine Strafbarkeit ablehnen, denn die tatprovokierenden Beamten wollen es nicht zu einer irreparablen Schädigung kommen lassen. Der Vorteil dieser Theorie besteht also darin, dass sich die Fälle der abstrakten Gefährdungsdelikte gut erfassen lassen. Dem stehen allerdings auch Nachteile gegenüber: Zum einen ergibt sich die Problematik, dass eine exakte Bestimmung, wann eine Rechtsgutsverletzung irreparabel ist, kaum gefunden werden kann. Zum anderen ergibt sich als Konsequenz der Feststellung einer irreparablen Rechtsgutsverletzung, dass in diesen Fällen nur noch eine Rechtfertigung über § 34 StGB möglich ist.

²⁷ Vertreten u.a. von Heine, in: Schönke/Schröder, § 26 Rdnr. 20; Mitsch, S. 139 ff. Rn. 20; Schwarzburg, NStZ 1995, 470 f.

D. Der Rückgriff auf Rechtfertigungsgründe bei einsatzbedingten Straftaten

I. Die Fallgruppen der „einsatzbedingten Straftaten“

Nicht näher betrachtet wurde bisher die Frage, welche konkreten Straftaten seitens der verdeckt operierenden Person in Betracht kommen und ob bei diesen eine Straflosigkeit begründbar ist. Entsprechend der konkreten Zielsetzung innerhalb des Einsatzes lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden²⁸:

1) Eine besonders problematische Fallgruppe ist die Begehung sog. „Keuschheitsproben“, d.h. das Begehen von Straftaten seitens der verdeckt ermittelnde Person als „Aufnahmeprüfung“ der kriminellen Gruppe. Neben rechtsstattlichen Bedenken wird gegen die Zulässigkeit derartiger Keuschheitsproben ins Feld geführt, dass eine kriminelle Gruppe gerade die Keuschheitsprobe verlangen würde, die der verdeckt ermittelnden Person nicht mehr erlaubt sei²⁹.

2) Für die (wiederholte) Begehung von oder Teilnahme an sog. „milieutypischen Straftaten“ – wie z.B. Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel, Trunkenheitsfahrten oder kleinere Rauschgiftgeschäfte – zum Aufbau der Legende bzw. der Legendensicherung wird vielfach eine Rechtfertigung über § 34 StGB gefordert³⁰.

3) Ähnliches gilt für die Teilnahme an oder täterschaftliche Begehung von Straftaten, um dadurch an die Hintermänner einer Organisation heranzukommen. Hier wird z.B. im Weg der Tatprovokation durch den Verkauf kleiner Mengen Heroin oder Kokain als Proben versucht, einen „geschäftliche Kontakte“ zu Großdealern herzustellen gefordert³¹.

4) Weiter wird auch die sog. „Abstiftung“ oder „Anstiftung zu einem Minus“ in diesem Zusammenhang genannt³². Dabei geht es um die Anstiftung von Straftätern zur Begehung einer leichteren Straftat gegen einen Dritten, wenn dadurch die Täter von der geplanten Durchführung eines schwereren Verbrechens an jenem Dritten ab-

²⁸ Schwarzburg, NSTZ 1995, 469, 470; ähnlich schon Krey, Rechtsprobleme, S. 64 ff.

²⁹ Krey, Rechtsprobleme, S. 65 f. m.w. Nachw.

³⁰ Krey, Rechtsprobleme, S. 298.

³¹ Krey, Rechtsprobleme, S. 297.

³² Krey, Rechtsprobleme, S. 257.

gehalten werden, aber ansonsten der Versuch, den Dritten gänzlich zu verschonen, nur um den Preis der Enttarnung des VE möglich wäre.

5) Schließlich ist das Unterlassen polizeilicher Maßnahmen zu nennen - wie etwa das Unterlassen der unverzüglichen Verfolgung begangener oder der Verhinderung bevorstehender Straftaten, um das eigentliche Einsatzziel nicht zu gefährden³³.

II. Der Rückgriff auf Rechtfertigungsgründe

Die Begehung "einsatzbedingter Straftaten" findet weder in der StPO noch in den Polizeigesetzen des Bundes oder der Länder Erwähnung. Daraus folgt der Grundsatz, dass VEs grundsätzlich keine Straftaten begehen dürfen. Dies ergibt sich auch eindeutig aus den bundeseinheitlich geltenden Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)³⁴. Dort ist unter Anlage D II, Punkt 2.2.nämlich geregelt:

„Verdeckte Ermittler dürfen keine Straftaten begehen. Eingriffe in Rechte Dritter sind ihnen nur im Rahmen der geltenden Gesetze gestattet.“

Gleich im nächsten Satz findet sich in den RiStBV allerdings auch eine Regelung über die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes des § 34 StGB:

„Als gesetzliche Generalermächtigung kann § 34 StGB nicht herangezogen werden. Unberührt bleibt in Ausnahmefällen eine Rechtfertigung oder Entschuldigung des Verhaltens des einzelnen Polizeibeamten z.B. unter den Voraussetzungen der §§ 34, 35 StGB.“

Der Grundsatz, dass VEs keine Straftaten begehen dürfen, gilt auch für die Ermittlungen durch geheimdienstliche Behörden. Zwar könnten der Bund und die Länder zumindest in Dienstvorschriften genauere Bestimmungen über möglicherweise zulässige Straftaten regeln³⁵, doch haben sie davon – mit Ausnahme von Niedersachsen -

³³ Vgl. dazu Krey, Rechtsprobleme, S. 245 ff.

³⁴ Vgl. oben Fußn. 11.

³⁵ Vgl. dazu z.B. § 6 Abs. 7 BbgVerfSchG: „Beim Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel dürfen keine Straftaten begangen werden. Die abschließende Aufzählung der Straftatbestände, die verwirklicht werden dürfen, erfolgt in einer Dienstvorschrift nach Vorlage in der Parlamentarischen Kontrollkommission“.

abgesehen. Nur im schon angesprochenen NVerfSchG ³⁶ findet sich eine Regelung über zulässige Straftaten in Abs 3 des § 6:

„Bei der Anwendung der Mittel nach Absatz 1 dürfen keine Straftaten begangen werden. Es dürfen nur folgende Straftatbestände verwirklicht werden:

1. § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 86 Abs. 1, §§ 86a, 98, 99, 129a, 129b Abs. 1 Satz 1, soweit er auf § 129a verweist,
2. §§ 267, 271 und 273 des Strafgesetzbuchs,
3. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 4 bis 6 des Niedersächsischen Versammlungsge setzes sowie § 20 des Vereinsgesetzes.

Dabei darf weder auf die Gründung einer strafbaren Vereini- gung hingewirkt noch eine steuernde Einflussnahme auf sie ausgeübt werden. Erlaubt sind nur solche Handlungen, die unter besonderer Beachtung des Übermaßverbots unumgänglich sind.“

Neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen – d.h. insbeson- dere § 34 StGB - kommt für die Rechtfertigung von verdeckt ermit- telnden Personen bei der Zusammenarbeit mit geheimdienstlichen Behörden noch der spezielle Rechtfertigungsgrund „Wahrnehmung einer Amtspflicht“ in Betracht. Dieser Rechtfertigungsgrund, der in Fälle einer Kollision zwischen verwaltungsrechtlichen Befugnisnor- men und strafrechtlichen Verbotstatbeständen in Betracht kommt, kann im Einzelfall die Begehung einer Straftat rechtfertigen, wenn die von der Strafrechtsnorm geschützten Allgemeininteressen so an Ge- wicht verlieren, dass die von Befugnisnormen wie § 3 BVerfSchG oder § 3 NVerfSchG erfassten öffentlichen Belange überwiegen³⁷.

³⁶ Vgl. oben Fußn.17 mit dazugehörigem Text. Auch die im brandenburgischen § 6 Abs. 7 BbgVerfSchG (vgl. soeben Fußn.35) angesprochene Dienstvorschrift enthält keine Aufführung von Straftaten, die bei dem Einsatz nachrichtendienstlicher Mit- tel begangen werden dürfen –s. dazu LG Cottbus, Neue Justiz (NJ) 2005, 377, 378.

³⁷ Evers, NJW 1987, 153, 156. Bei dem von Evers besprochenen Fall, der sog. „Celler Aktion“, bei der ein „Sprengstoffanschlag“ auf die Außenmauer der Justizvoll- zugsanstalt Celle von Beamten der Grenzschutzsondergruppe 9 (GSG 9) insze- niert wurde, um eine VP als „Gewalttäter“ glaubhaft zu machen, wird neben der mehrheitlich vertretenen „Rechtfertigungslösung“ auch vertreten, dass es in die- sem speziellen Fall keines Rückgriffs auf § 34 StGB bedarf, weil insbesondere aufgrund tatbestandsausschließender Einwilligung schon keine Straftatbestand erfüllt sei; vgl. dazu Kühne, JuS 1987, 188, 192.

E. Besonderheiten bei der Bekämpfung der Kinderpornographie im Internet

Ein neues Anwendungsfeld für die Problematik der Strafbarkeit verdeckt ermittelnder Personen ist die Bekämpfung der Kinderpornographie im Internet. Auch hier ergibt sich einerseits aufgrund der Tatbestandsstrukturen ein relativ frühe Verwirklichung eines Straftatbestandes und andererseits die Situation, dass es aufgrund der Besonderheiten des anonymen Internet praktisch keine Alternative zu verdeckten Maßnahmen mittels „klassischer“ Ermittlungsmaßnahmen gibt. An diesem Beispiel sollen daher abschließend die aktuellen Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen erlaubter Ermittlungsarbeit und Strafbarkeit der verdeckt ermittelnden Personen aufgezeigt werden³⁸.

I. Die Anknüpfungspunkte in § 110 a StPO

Die Voraussetzungen für den Einsatz Verdeckter Ermittler finden sich in § 110 a I StPO. Diese Vorschrift enthält allerdings keine „Katalogstraftaten“, d.h. es sind keine Strafvorschriften als Anknüpfungspunkte gegeben. Stattdessen werden Kriminalitätsbereiche beschrieben, zu deren Aufklärung Verdeckte Ermittler eingesetzt werden dürfen. Zu diesen zählen Verstöße gegen das Betäubungsmittel- oder Waffenrecht, die Geld- oder Wertzeichenfälschung (Nr. 1) und das Gebiet des Staatsschutzes- (Nr. 2). Ein Einsatz Verdeckter Ermittler gemäß § 110 all Nr. 1 und 2 StPO kommt daher in Fällen der Verbreitung von Kinderpornographie im Internet nicht in Betracht.

Denkbar ist aber ein Anknüpfungspunkt über § 110 all Nr. 3 StPO. Diese Vorschrift (Nr. 3) setzt eine gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehungsweise voraus. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tätigkeit eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will³⁹. Solche gewerbsmäßigen Taten sind auch materiell-rechtlich über § 184 IV Alt. 1 StGB erfasst, der das gewerbsmäßige Handeln mit kinderpornographischen Schriften unter Strafe stellt. § 110 a I Nr. 3 StPO gestattet insofern im Einzelfall den Einsatz von Verdeckten Ermittlern. Ge-

³⁸ Eine vergleichbare Problematik wird bei Kubiciel, NStZ 2003, 57 ff. bzgl. der möglichen Strafbarkeit von V-Leuten nach §§ 86, 86a, 130 StGB erörtert.

³⁹ BGH NStZ 1992, 86 f.

wohnheitsmäßiges Handeln liegt vor, wenn der Täter einen durch Übung erworbenen, ihm vielleicht aber unbewussten Hang zu wiederholter Tatbegehung besitzt⁴⁰. Auch in diesen Fällen kann der Einsatz von VE in Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Verbreitung von Kinderpornographie im Internet zulässig sein.

Schließlich bietet § 110 all Nr. 4 StPO, der eine Bandenmitgliedschaft oder sonstige organisierte Begehungsweise erfordert, einen Anknüpfungspunkt für den Einsatz von VE.

II. Die Problematik des grundsätzlich strafbaren Downloads

Für die polizeiliche Ermittlungstätigkeit stellt sich die Problematik, dass die Kontaktaufnahme zu Tätern meist nur durch einen Download des kinderpornographischen Materials möglich ist. Ein solcher Download ist aber strafbar. Aus den herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätzen ergibt sich vor diesem Hintergrund, dass eine Ermittlungstätigkeit eigentlich nicht möglich ist. Trotzdem werden solche Ermittlungen geführt und für zulässig erachtet. Dabei wird die schon mehrfach angesprochen Rechtfertigungslösung über § 34 StGB herangezogen, die sich einer Vielzahl von Problemen stellen muss. Neben der grundsätzlichen Frage, ob § 34 StGB überhaupt auf hoheitliches Handeln anwendbar ist⁴¹, ist bei der konkreten Anwendung des § 34 StGB problematisch, ob die einzelnen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind.

Geht man mit der Rechtsprechung von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 34 StGB in diesen Fällen aus⁴², so bleiben insbesondere die Fragen zu klären, ob die Gefahr nicht anders abwendbar ist und ob bei der Rechtsgutsabwägung das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt.

Zu diesen Fällen führt Soine überzeugend aus⁴³, dass in Fällen der Herstellung und Verbreitung von Kinderpornographie im Internet,

⁴⁰ BGHSt 15, 377, 379.

⁴¹ Siehe dazu näher Hillenkamp, 5. Problem, S. 38 ff. und speziell im Zusammenhang mit der VE-Problematik, S. 45 f. und Soine, NSTz 2003, 225, 229 m.w. Nachw.

⁴² Vgl. z.B. BGHSt 27, 260, 262; BGH, NSTz 2005, 31; OLG Frankfurt a.M., NJW 1975, 271.

⁴³ Vgl. zum Folgenden Soine, NSTz 2003, 225, 229.

denen ein durch Bild- oder Videoaufnahmen dokumentierter sexueller Missbrauch vorausgegangen ist, die Täter die Individualrechtsgüter Leib, Freiheit, Gesundheit, Ehre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der kindlichen Opfer sowie das Strafverfolgungsinteresse als notstandsfähiges Rechtsgut der Allgemeinheit verletzen.

Bei der weiteren Frage, ob diese gegenwärtige Gefahr nur durch die Erfüllung eines Straftatbestandes abwendbar sei, müsse berücksichtigt werden, dass der Einsatz von VE gemäß § 110 a I 3 und 4 StPO bereits subsidiär gegenüber anderen Ermittlungsmethoden sei. Soweit im Einzelfall nur der "Download" oder der "Upload" bzw. das "Posting" von kinderpornographischen Schriften durch die VE geeignet seien, einen Kontakt mit Straftatverdächtigen aufzubauen und zu vertiefen, sei die Erforderlichkeit der Notstandshandlung regelmäßig zu bejahen.

Bei der nach § 34 S. 2 StGB vorzunehmenden Interessenabwägung stehe beeinträchtigten Individualrechtsgütern Leib, Freiheit, Gesundheit, Ehre und Recht auf informationelle Selbstbestimmung der kindlichen Opfer ein hoheitlicher Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Straftatverdächtigen gegenüber. Da in diesem Fall weder in höchstpersönliche Rechtsgüter von Tatverdächtigen wie z.B. in die Menschenwürde (Art. 1 I GG) oder in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 I GG) eingegriffen werde, noch unbeteiligte Dritte durch den "Upload" bzw. das "Posting" inkriminierter Schriften durch Verdeckte Ermittler betroffen würden, könne zur Bekämpfung von Kinderpornographie im Internet der auf eine einzelfallorientierte Notstandsbefugnis ausgerichtete § 34 StGB als Rechtfertigung für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Verdächtigen herangezogen werden.

F. Die Notwendigkeit genauerer gesetzlicher Regelungen

Schon der kurze Überblick hat gezeigt, dass die Praxis zwar in der Lage ist, mit Hilfe der ausnahmsweisen Heranziehung des Rechtfertigungsgrundes des Notstandes bzw. der Wahrnehmung eines Amtsrechts auch problematische Fälle einer tatbestandlichen Straftatbegehung durch eine verdeckt ermittelnde Person zu lösen, doch ist

dieser Zustand nicht befriedigend. Zum einen ist die Frage, inwieweit sich der Staat generell auf allgemeine Rechtfertigungsgründe berufen kann, sehr problematisch, so dass diese Rechtfertigungsgründe allenfalls ausnahmsweise bemüht werden können. Zum anderen zeigt gerade die Entwicklung im Bereich der Verfolgung der Kinderpornographie, dass es hier gerade nicht nur um Phänomene mit Ausnahmecharakter geht. Wünschenswert wäre vor diesem Hintergrund eine klarere gesetzliche Regelung über die Begehbarkeit einzelner Straftaten durch verdeckt ermittelnde Personen mit klaren Grenzen. Dass eine solche Regelung – selbst im geheimdienstlichen Bereich – prinzipiell möglich ist, zeigt der Fall des § 6 Abs. 3 NVerfSchG.

Literatur

- Ambos, Kai: Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil I, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2002, 628 ff.
- Drywa, Jürgen: Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes, Pfaffenweiler 1986.
- Evers, Hans-Ulrich: Sprengung an der Celler Gefängnismauer: Darf der Verfassungsschutz andere Behörden und die Öffentlichkeit täuschen?, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1987, S. 153 ff.
- Fischer, Thomas *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München 2011 (zit.: Fischer, StGB).
- Franzheim, Horst: Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftaten, *NJW* 1979, S. 2014 ff.
- Hillenkamp, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2010.
- Krey, Volker: Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, Wiesbaden 1993 (zit.: Krey, Rechtsprobleme).
- Krey, Volker: Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden 1995 (zit.: Krey, Miyazawa-FS).
- Kirkpatrick, David Ryan: *Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern*, Hilden, 2011

- Körner, Harald Hans: Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2007
- Kubiciel, Michael: rechtsextremistische Musik von und mit V-Leuten, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2003, S. 57 ff.
- Kühne, Hans-Heiner: Die sog. "Celler Aktion" und das deutsche Strafrecht, Juristische Schulung (JuS) 1987, S. 188 ff.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2011 (zit.: Lackner/Kühl, StGB)
- Mitsch, Wolfgang: Strafloße Provokation strafloser Taten, Lübeck 1986.
- Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl., München 2011.
- Rosengarten, Carsten/Römer, Sebastian: Der „virtuelle verdeckte Ermittler“ in sozialen Netzwerken und Internetboards, NJW 2012, 1765 ff.
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter, in: Schönke/Schröder).
- Schwarzburg, Peter: Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler, NStZ 1995, 469 ff.
- Soine, Michael: Verdeckte Ermittler als Instrument zur Bekämpfung von Kinderpornographie im Internet, NStZ 2003, S. 225 ff.
- Sommer, Ulrich: Das tatbestandslose Tatverhalten des Agent Provocateur, Juristische Rundschau (JR) 1986, 485 ff. (zit.: Tatverhalten).
- Sommer, Ulrich: Das fehlende Erfolgsunrecht, Zur Strafbarkeitsbewertung des Agent provocateur, Pfaffenweiler 1987 (zit.: Erfolgsunrecht).
- Weiler, Edgar: Grundlagen und Grenzen des polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren, Marburg 2001.