

Neues vom V-Mann

A. Die rechtlichen Komplikationen

¹Die Problematik der Befragung des V-Mannes in der Hauptverhandlung besteht weniger in besonderen Fragen der Techniken, als vielmehr in der Chance, diesen Zeugen überhaupt befragen zu können. Das generelle Interesse von Polizei an Geheimhaltung schlägt hier tiefe Kerben bis in den Gerichtssaal. Ermittlungsergebnisse durch Zeugenwahrnehmung sollen geheim produziert und anschließend der Zeuge zur Vermeidung seiner Enttarnung von einer Befragung in der Öffentlichkeit ferngehalten werden. Geheimhaltung der Ermittlungsbehörden kollidiert hier mit dem Aufklärungsinteresse des Gerichts und insbesondere dem Konfrontationsrecht der Verteidigung.

Nirgendwo ist der Aufklärungs- und Fragebedarf größer, um die Einhaltung strafrechtlicher und prozessualer Grenzen durch die Polizei zu überprüfen. Die versuchten rechtlichen Lösungen der Kollisionen sind ebenso komplex wie volatil. Spezielle Verteidigungsaktivitäten sind gefordert, damit im Einzelfall Befragungen überhaupt durchgeführt werden können.

I. V-Mann als geheimes polizeiliches Ermittlungsmittel – die Historie

²Für Agenten und Spione der Geheimdienste ist ihr geheimes Tun unverzichtbarer Teil ihrer Tätigkeit. Seit Jahrhunderten wird dies gesellschaftlich akzeptiert. Denn zum einen richtet sich die Geheimdiensttätigkeit gegen bedrohliche ausländische Aktivitäten und soll den Schutz des eigenen Staates sichern. Zum anderen sind Ergebnisse geheimdienstlicher Recherchen nicht dazu bestimmt, in öffentlicher Verhandlung präsentiert und verifiziert zu werden.

Die **Bespitzelung der eigenen Bevölkerung zum Zweck der Kriminalitätsbekämpfung** ist demgegenüber traditionell skeptisch beurteilt worden. Die StPO von 1877 sah keinerlei Ermittlungen vor, die die Bürgerrechte unter Verschleierung polizeilicher Aktivitäten hätten tangieren können. Auch der die Kriminalität bekämpfende und ermittelnde Staat trat den (potenziellen) Rechtsbrechern mit offenem Visier gegenüber. Gleichzeitig beschränkte die allgemeine Skepsis aufgrund historischer Erfahrung die Rolle der Ermittlungsbehörden in Strafverfahren.¹ Das von der Polizei produzierte Ermittlungsmaterial war eine wenig verbindliche Richtschnur für die Gestaltung des entscheidenden strafgerichtlichen Geschehens. Das Verbot der Verlesung polizeilicher Vernehmungprotokolle im Gerichtssaal ist hierfür das bekannteste Beispiel.

³Die Idee, Polizisten zu Ermittlungszwecken als getarnte Agenten in das bürgerliche Leben einzuschleusen, war dieser Vorstellungswelt fremd. Dementsprechend ablehnend verfuhr Rechtsprechung und Literatur mit diesem Phänomen, insbesondere wenn die Idee der schlichten Aufklärung im kommunikativen Kontakt in die Aktivitäten eines „Lockspitzels“ mündeten.²

Die Aufdeckung der Stasi-Aktivitäten in der DDR hat in vielen erschütternden Beispielen verdeutlicht, wie menschenverachtend das heimliche Eindringen in die Intimsphäre und damit die Instrumentalisierung des Bürgers zur Informationsgewinnung sein kann.

⁴Der Zeitgeist hat sich gewandelt. Das Geheime ist im Rechtsstaat Bundesrepublik Deutschland verfahrensadäquat geworden. Die vergangenen Jahrzehnte haben zu einer qualitativen gesetzlichen Änderung der Ermittlungsbefugnisse geführt. Nach Genehmigung durch den Ermittlungsrichter verfügen die Ermittlungsbehörde über eine Fülle von klandestinen Möglichkeiten, unbemerkt zu Ermittlungszwecken in die private Welt ihrer Bürger einzudringen. Die Gestattung der Telefonüberwachung löste einen Dambruch aus, der über geheime Observationen, Datensammlungen und kleine und große Lauschangriffe führt und dessen Ende nicht abzusehen ist. Auch wenn bislang keine Nachweise darüber vorliegen, dass die historischen und menschlichen Erfahrungen mit Ermittlungsbehörden, der Einseitigkeit von Ermittlungen, die dem Aufklärungsdruck geschuldet ist, und der Tendenz zur Willkür und Machtmissbrauch sich geändert haben könnten, wird diese Tendenz von einer Woge gesellschaftlicher Ansichten und eines Rechtssprechungsapparats gestützt, der die Idee des offenen Visiers verworfen hat und stattdessen die Geheimhaltung als Essentiale des Ermittlungsverfahrens anzusehen scheint.

⁵**Ausgangspunkt der Bespitzelungs-Entwicklung durch verdeckte Agenten** war keine gesetzgeberische oder gerichtliche Entscheidung. Es war eine veränderte polizeiliche Praxis, die mangels gesellschaftlichen Widerspruchs das traditionelle Verständnis überrollte. Erst heimlich und allmählich ohne jede Scham praktizierten die Ermittlungsbehörden den Einsatz von Informanten in gemutmaßten kriminellen Szenen – und zwar sowohl durch eigene Beamte als auch durch außen stehende Informanten. Gerade die sich verändernde sogenannte organisierte Kriminalität – insbesondere auf dem Feld der Betäubungsmittelkriminalität – erfordere neue „Bekämpfungsmethoden“, hieß es. Blieb dieser Einsatz von rechtlicher und richter-

¹ Zum „Blick zurück“ s. Bernsmann, StV 1998, 217 f.

² RG, ZStW 33 (1913), 694, das den Einsatz „entschieden mißbilligte“; für „eines Rechtsstaates unwürdig“ hielt dies OG Zürich, DStrRZ 1920, 121; die Bewertungen des Untergrundagenten in der Literatur reichten von „unmoralischem Charakter“ (Kohler in Annalen, 40, 1874, S. 64) bis zur Abqualifizierung seiner „verächtlichen, unwürdigen Manöver“ (Glaser, Kleinere Schriften 1868, S. 121).

licher Seite zunächst unkommentiert, setzte das BVerfG mit dem Thor-Hammer einen Meilenstein. Ohne dass es hierfür irgendwelche kriminologischen Untersuchungen gab (und gibt³), behaupteten drei Verfassungsrichter ohne jede ergänzende Begründung, dass die **Ermittlungsbehörden auf den Einsatz verdeckter Ermittler grundsätzlich angewiesen seien**.⁴ Der Kernsatz taugte zum selbstreferentiellen Begründungssystem. Die Strafsenate des BGH nahmen ohne eigene weitergehende Begründung die Prämisse auf. Polizeiliche Zeitschriften verbreiteten mit Verve die neue Wahrheit.

Dass Üblichkeiten und angebliche kriminalistische Notwendigkeiten keine polizeiliche Eingriffsbefugnis begründen, wurde deutlich, als das massenhaft auftretende Phänomen des V-Mannes erste juristische Auseinandersetzungen provozierte. Die Legislative reagierte und reihte den Einsatz von V-Männern in die lange Reihe der in der StPO umschriebenen polizeilichen Geheimoperationen ein. Die neuen §§ 110a ff. StPO verlangen die richterliche Zustimmung für den Einsatz verdeckter Ermittler und regeln deren Befugnisse – von den Einsatzbedingungen bis hin zu den Grenzen des Aktionsfeldes. Für die Einführung der derart legal gewonnenen Erkenntnisse in den Strafprozess sahen die Gesetzesnovellen keine Besonderheiten vor. In der Praxis halten Polizeibehörden den verdeckten Ermittler erfolgreich aus dem Gerichtssaal fern, indem seine Identität zum einen durch Manipulationen der Ermittlungsakten und zum anderen durch sogenannte Sperrerkklärungen geheim gehalten werden, die mit zumeist gerichtlicher Absegnung für jeden Einzelfall die Gefahr von Leib und Leben des verdeckten Ermittlers behaupten, falls dieser in der Öffentlichkeit auftrete.

6Der Konflikt zwischen den **Geheimhaltungsinteressen der Polizei** einerseits und dem Bedürfnis nach **Transparenz auf Seiten der Verteidigung** andererseits ist damit bei weitem nicht gelöst. Die Entwicklung der vergangenen 20 Jahre hat gezeigt, dass das polizeiliche Bedürfnis nach Informationserlangung durch verdeckt agierende Personen mit der gesetzlichen Regelung der §§ 110a ff. StPO bei weitem nicht abgedeckt ist. Vielmehr empfanden Ermittlungsbehörden den schmalen Grat des gesetzlichen Einsatzgebietes als Rückschlag und haben – gelegentlich mit Billigung der Rechtsprechung – damit begonnen, Phänomene außerhalb der gesetzlichen Regelungen zu kreieren. Das Internet hat auch für Geheimagenten zusätzliche Aktionsräume eröffnet.⁵

Zwangsläufig steigt hierdurch das Bedürfnis der Verteidigung, zusätzliche Informationen über die Art und Weise des polizeilichen Einsatzes und die Zuverlässigkeit der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse zu erhalten. Der Konflikt hat auf der rechtlichen Ebene zu einer differenzierten und oft fallbezogenen Rechtsprechung zu Einsatz und Umfang verdeckter Ermittlungen einerseits und zum Ausmaß der Konfrontationsrechte der Verteidigung andererseits geführt. Der Konflikt besteht weiterhin und wird täglich in den Gerichtssälen ausgetragen.

II. Gesetzliche Regelung des verdeckt agierender polizeilicher Agenten

7Gesetzlich geregelt ist für das Ermittlungsverfahren der Einsatz verdeckt agierender Personen ausschließlich in den §§ 110a, b, c StPO. Voraussetzungen und **Umfang des Einsatzes** sind hier **abschließend** durch den Gesetzgeber **konkretisiert** worden.

Verdeckte Ermittler sind nach der gesetzlichen Definition nur Beamte des Polizeidienstes, die unter einer Ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten veränderten Identität (Legende) zur Aufklärung bestimmter in § 110a Abs. 1 Satz 1 StPO aufgezählter Straftaten ermitteln. Voraussetzung der Ermittlungen ist ein konkreter Tatverdacht. Das Gesetz führt bestimmte schwerwiegende Straftaten wie beispielsweise aus dem Betäubungsmittelrecht oder bei der Bandenkriminalität auf. Ist der Verdächtige konkretisiert oder zumindest identifizierbar, verlangt der Einsatz die schriftlich zu erteilende Zustimmung des Ermittlungsrichters (§ 110b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO). Ein aktueller Richtervorbehalt ist nur in Fällen der Gefahr im Verzug verzichtbar. Die Polizei selbst darf den Einsatz des verdeckten Ermittlers ausnahmsweise nur dann allein anordnen, wenn auch die zuständige Staatsanwaltschaft nicht erreichbar ist. Insoweit ist sie verpflichtet, gemäß Nr. II 2.7 Anl. D der RiStBV einen Vermerk anzufertigen. Spätestens nach drei Tagen muss die richterliche Erlaubnis eingeholt sein. Erfolgt innerhalb dieser drei Tage – möglicherweise mangels Anfrage – keine richterliche Zustimmung, ist der Einsatz des verdeckten Ermittlers sofort zu beenden.

Eine **richterliche Zustimmung** ist nur dann taugliche Ermächtigungsgrundlage für den polizeilichen Agenten, wenn sämtliche verdächtige „Zielpersonen“ konkret und identifizierbar benannt worden sind. Entstehen im Laufe des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers Verdachtsmomente auch gegen weitere Personen, so haben die Ermittlungsbehörden unverzüglich darauf hinzuwirken, dass die Eingriffserlaubnis durch den Richter sich auch gegen den neuen Verdächtigen richten darf. Vergleichbar den Situationen der **Gefahr im Verzug** ist vorstellbar, dass in der Dynamik eines Ermittlungsgeschehens sich die Erstreckung des Tatverdachts auf weitere Personen sehr kurzfristig ergibt. Das polizeiliche Bedürfnis, außerhalb richterlicher Fesseln zu agieren, ist sicherlich hier besonders groß, der Versuch der Vertuschung der tatsächlichen Verdachtslage und der Aktenmanipulation ist für den Ermittler verlockend, weshalb diese Konstellationen der besonderen Dokumentation und Nachvollziehbarkeit bedürfen.

³ Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme: rechtliche Grenzen der Beweiserhebung und Beweiserwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafverfahren, 2014, 29, 93.

⁴ BVerfGE 57, 250.

⁵ Soiné, NSTZ 2014, 248 ff.

8 Das vom Gesetz beschönigend als „Legende“ dargestellte Lügenkonstrukt ist die erstmalige gesetzliche Erlaubnis, dass Staatsdiener ihre Bürger täuschen dürfen. Das **absolute Täuschungsverbot des § 136a StPO** ist damit ausgehebelt.⁶ Auch wenn diese Norm sich konkret auf die klassischen Vernehmungen „mit offenem Visier“ bezieht, spiegelt sie doch generell den ungebrochenen rechtsstaatlichen Anspruch an ein faires Verfahren wider. Nur derjenige verdächtige Bürger kann sich autonom im Rahmen der Selbstbelastungsfreiheit für eine Informationserteilung an staatliche Behörden entscheiden, der weiß, mit welchem Gesprächspartner er es zu tun hat.⁷ Stattdessen regelt das Gesetz in der Ausnahmesituation nunmehr, dass der Polizeibeamte in ausdrücklicher Ausübung seines Dienstes Bürgern tiefgründige Lügengeschichten über seine Person offerieren darf. Er darf nicht nur einen falschen Namen nennen, er darf seine tatsächlichen Absichten kaschieren, abenteuerliche eigene Lebensgeschichten präsentieren und zu deren Unterstützung sogar die notwendigen gefälschten Papiere vorweisen (§ 110a Abs. 3 StPO).

9 Das Gesetz hat hier vor dem polizeilichen Interesse kapituliert, selbstbelastende Angaben der Verdächtigen in Täuschungssituationen zu erlangen, da man sich durch die traditionell rechtsstaatlichen Ermittlungsgrenzen an der Effektivität des eigenen Tuns gehindert sah. Auch wenn der aktuelle Gesetzgeber keine Hemmungen hatte, aus Gründen dieser Effektivität das **Recht der Selbstbelastungsfreiheit** hintanzustellen, will man das ungehemmte Treiben des staatlichen Hochstaplers nicht völlig ohne rechtliche Grenzen lassen. Die verfassungsrechtlichen Leitlinien, auf denen § 136a StPO beruht, werden zwar ignoriert, die Grenzen des persönlichen Intimlebens sollen aber auch bei der gesetzlich legalisiertem Ausforschung durch den verdeckten Ermittler nicht vollständig freigegeben werden. Die Rechtsprechung hat sich dazu durchgerungen, einen Verfahrensfehler und konsequent ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen, wenn der V-Mann erst ein besonderes (hinterhältig aufgebautes) Vertrauensverhältnis zur Entgegennahme von Angaben nutzt, die er in einer offenen polizeilichen Vernehmung niemals erlangt hätte.⁸ Die **generelle Akzeptanz der Umgehung der Selbstbelastungsfreiheit** sieht der BGH erst dann als problematisch an, wenn der V-Mann gegenüber dem zurückhaltenden Opfer seiner Täuschung sogar Nötigungsmittel anwendet,⁹ jedenfalls durch sein Auftreten das Selbstbelastungsrisiko des Beschuldigten unzulässig erhöht.¹⁰ Angemessen wäre allenfalls eine Lösung, die die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit schon dann feststellt, wenn dem ausgeforschten Bürger eine willentliche Mitwirkung entlockt wird.¹¹ Auch der EGMR ist leider weit entfernt davon, der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten in einer manipulierten Gesprächsatmosphäre einen überragenden Wert einzuräumen¹² und vernachlässigt damit das sich durch die vom V-Mann stets angestrebte Vertrauensbildung soziale Mechanismen in Gang gesetzt werden, die den Beschuldigten in seiner Rolle faktisch entwaffnen.

10 Die kriminalistische Konsequenz für die Effektivität eines Einsatzes des verdeckten Ermittlers ist Vertrauensbildung. Auch wenn der Agent als solcher nicht erkannt wird, wird er allein deswegen keine Erkenntnisse über Straftaten erlangen. Vertrauen zu Tatverdächtigen setzt eine Nähe voraus, die gerade bei der Einschleusung in kriminogene Szenen nur durch gegenseitige Akzeptanz gewonnen wird. Nur derjenige Agentenrocker wird von der Motorradgang ins Vertrauen gezogen, wenn er die Verinnerlichung ihrer Regeln dokumentiert hat. Beteiligt sich der Agent an Einschüchterungen Dritter oder am Transport von kleinen Drogenmengen, überschreitet er eigene strafrechtliche Grenzen. Gerade dies gestattet ihm das Gesetz nicht. Er darf lügen, täuschen und fälschen, er darf allerdings keine Straftaten begehen. Dies gilt sogar für V-Leuten einschließlich ihrer sie betreuenden Beamten bei der Einschleusung in kriminelle oder terroristische Vereinigungen, die regelmäßig den Tatbestand der §§ 129 ff. StGB erfüllen wird.¹³ Eine Ausnahme hat das Gesetz lediglich für das Betreten fremder Wohnungen vorgesehen, bei denen die Erlaubnis des Wohnungsinhabers gerade auf der Täuschung über die Identität beruht. Angesichts der insoweit klaren und abschließenden gesetzlichen Regelung bleibt für § 34 StGB als allgemeiner Rechtfertigungsnorm kein Raum, so dass die Strafbarkeit von Unbestritten ist darüber hinaus, dass **weitergehende Informationsbeschaffung nach dem Betreten einer Wohnung**, die einer zusätzlichen richterlichen Erlaubnis bedürften, unzulässig sind. Der V-Mann ist keine Allzweckwaffe für Ermittlungen. Ist der verdeckt agierende Ermittler in einer fremden Wohnung, ist ihm das heimliche Durchsuchen von Sachen oder Computern beim Betroffenen ebenso wenig gestattet wie deren heimliche Beschlagnahme oder das nicht aufgedeckte Mithören von Telefonaten oder Gesprächen in der Wohnung.

III. Agenten außerhalb der gesetzlichen Regelung

11 Die sich aufdrängende Konsequenz, dass der Einsatz geheim operierender Polizeibeamter oder gar von ihm beauftragter Personen jenseits der gesetzlichen Regelung unzulässig ist, wird – allein aus praktischen Ermittlungsgründen – weder von den Ermittlungsbehörden noch teilweise von den Gerichten akzeptiert. Es haben sich daher jenseits der in §§ 110a ff. StPO geregelten Verdeckten Ermittler (VE) vergleichbare Phänomene und weitere rechtliche Begründungsansätze gebildet.

1. Gesetzlose Phänomene

12 Die Polizei sieht abseits rechtlicher Regelungen weiteren **Bedarf an personellen Geheimermittlungen**: Zum einen will man die eigenen Beamten abseits des Einsatzbildes des § 110a StPO insbesondere für kurzfristige Aktionen nutzen. Zum

⁶ Undiskutiert ist, ob Erfolgsprämien für gelungene Erkenntnisse nicht „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ i.S.d. § 136a StPO sind, s. Eschelbach/Wasserburg, FS Wolter 2013, S. 880.

⁷ Conen, StraFo 2013, 140, 141.

⁸ BGH, StV 2009, 225.

⁹ BGH, NJW 2010, 3670.

¹⁰ So zusammenfassend Kasiske, StV 2014, 423 ff., 430.

¹¹ Tyszkiewicz, 2014, 146 ff.

¹² EGMR Bykov ./ . Russland, NJW 2010, 213.

¹³ Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 ff.

anderen strebt man bei den Ermittlungsbehörden seit Jahren die Installierung eines Spitzelsystems durch Externe an. Mit dem Etikett der „VP“ werden alle diejenigen kollaborierenden Privatpersonen bezeichnet, die – regelmäßig gegen Entgelt - hereit sind, mit den Polizeibehörden bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zusammenzuarbeiten und deren Identität ebenso wie die der polizeilichen verdeckten Ermittler grundsätzlich geheim gehalten werden soll.

Allein für den engen speziellen Anwendungsbereich präventiver Maßnahmen ist der Einsatz von Privatpersonen durch das BKA gesetzlich normiert (§ 20g Abs. 2 Nr.4 BKAG). Im Übrigen ist der **Einsatz kurzzeitig agierender verdeckter Ermittler** sowie die **Verwendung privater Vertrauenspersonen** mangels gesetzlicher Grundlage rechtswidrig. Die Praxis und die sie deckende juristische Literatur tolerieren das Phänomen, auch wenn es auf einer schlicht unhaltbaren Rechtslage beruht.¹⁴ Bei beiden Formen der Agententätigkeit wird in Grundrechte des Bürgers eingegriffen. Ein solcher Eingriff von staatlicher Seite liegt regelmäßig dann vor, wenn ein verfassungsrechtlich geschütztes Bürgerrecht in seiner Wahrnehmung erschwert oder unmöglich gemacht wird. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist regelmäßig ebenso tangiert wie allgemein die Freiheit der unüberwachten Lebensführung und – im Hinblick auf das Strafverfahren – die Selbstbelastungsfreiheit. Die Grundrechtsbindung trifft nicht nur jeden Polizeibeamten, sondern auch jeden Privatmann, dessen er sich bedient. Verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen erscheint eine mögliche Zulässigkeit derart verwendeter Ermittlungsmethoden. Sie bedarf allerdings einer gesetzlichen Legitimation, die den Anlass und den Umfang der hierdurch verursachten Grundrechtseinschränkungen exakt beschreibt.

Schon aus diesen formalen Gründen verletzt dieser verdeckte Einsatz die bürgerlichen Menschenrechte der europäischen Menschenrechtskonvention. Jeder Eingriff in das Recht auf Privatheit nach Art. 8 MRK setzt zwingend eine legislatorische Grundlage voraus. Fehlt sie völlig, ist das staatliche Handeln konventionswidrig.

¹³Eine solche Funktion können die §§ 161, 163 StPO nicht übernehmen. Der BGH hat hier zwar rechtliche Anhaltspunkte gesucht¹⁵ und den angeblichen Fund ohne Begründungsansätze bis in die jüngste Vergangenheit hinein transferiert. Dass die allgemeine gesetzliche Umschreibung der Aufgaben der Ermittlungsbehörden zur Straftataufklärung gleichzeitig Ermächtigunggrundlage für Grundrechtseingriffe sein soll, widerspricht nicht nur verfassungsrechtlichen Grundsätzen, sondern auch der Struktur der Regelungen der StPO, die – bis hin zur wenig eingriffsintensiven Observation – jede Grundrechtstangierung durch Ermittlungsmaßnahmen einer besonderen Regelung und zumeist einem richterlichen Erlaubnisvorbehalt unterwirft.

2. Die Alternative: Informanten des Verfassungsschutzes

¹⁴Dass eine mögliche Regelung keine rechtsstaatliche Zumutung ist, zeigen die legislatorischen Aktivitäten im Bereich der Ämter für Verfassungsschutz. Die jeweiligen Landesgesetze regeln zum Teil detailliert, inwieweit die verdeckt agierenden Privatpersonen zum Beispiel zur Entgegennahme von Informationen oder zur Datenerhebung unter Verletzung des Rechts des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung ermächtigt sind. Die Fingierung ihrer biografischen, beruflichen und weiteren Angaben und die Verwendung der dies stützenden Papiere sind ebenso geregelt wie die Rechtsverhältnisse zwischen den Nachrichtendiensten einerseits und den V-Leuten andererseits. Einschließlich der Fixierung der Honorare und erstattungsfähigen Spesen bis hin zur Regelungen, nach denen Nachrichtendienste für die steuerpflichtigen Honorare eine Pauschale an die zuständigen Finanzbehörden entrichten können.¹⁶ Ob alle diese Normen einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten würden, ist fraglich. Als rechtsstaatlicher Tiefpunkt wurde vom niedersächsischen Verfassungsschutzgesetz dem V-Mann sogar ausdrücklich erlaubt, bestimmte enumerativ aufgelistete Straftaten zu begehen. § 6 Abs. 7 Satz 2 BbgVerfSchG öffnet den V-Leuten sogar allgemein den Weg zur Begehung von Straftaten, sofern sie sich an einer Aufzählung in einer – nicht veröffentlichten! – Dienstvorschrift orientiert. Für das Strafverfahren existiert für das grundrechtsrelevante Zulässigkeitsproblem des Einsatzes ein legislatorisches Nirwana.

3. Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter (NoeP)

¹⁵Dennoch will die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH abseits gesetzlicher Grundlagen geheimen Ermittlungen justiziellen Flankenschutz gewähren. Man rühmt sich sogar der Installation einer dem Gesetzgeber unbekanntem Figur des „**nicht offen ermittelnden Polizeibeamten**“ oder „NoeP“. Faktisch haben die Senate hierbei eine Ermittlungssituation vor Augen, wo zumeist neben einem richterlich genehmigten verdeckten Ermittler gemäß § 110a StPO in einer Endphase beispielsweise eines fingierten Rauschgiftgeschäfts die Rolle eines weiteren nur kurzfristig auftretenden Akteurs besetzt werden muss. Der BGH sah dies bei dem sogenannten „Scheinaufkäufer“ gegeben, der für die Verkäuferseite (bei der auch der VE agiert) als Interessent zur Durchführung des Geschäfts auftritt.¹⁷ § 110a StPO ist nach Ansicht des BGH hier nicht einschlägig, da es maßgeblich an dem gesetzlichen Merkmal der „auf Dauer angelegten“ Tätigkeit fehle. Der „*allgemeine Rechtsverkehr oder die beschuldigten Rechte in zukünftigen Strafverfahren*“ werden durch das lediglich kurzfristige Auftreten des täuschenden und lügenden Polizeibeamten nur geringfügig beeinträchtigt. Kein Wort verliert der BGH darüber, dass auch eine geringfügigere Beeinträchtigung eine Beeinträchtigung ist und damit der gesetzlichen Grundlage bedarf. Darüber hinaus setzt diese Einschätzung mit der Naivität der ex-post-Sicht die Steuerbarkeit eines Geschehens aus der ex-ante-Sicht der Polizeibehörden voraus. Tatsächlich werden die Drehbücher für Rauschgiftgeschäfte und andere kriminelle Aktivitäten nicht auf dem Schreibtisch von Kriminalbeamten geschrieben, sondern unterliegen einer nicht planbaren Eigendynamik. Auch ein kurzfristig angedachter Einsatz eines Scheinaufkäufers wird zu einer langatmigen Rolle, wenn Komplikationen auftreten. Es gibt

¹⁴ Hauck in Löwe/Rosenberg, § 110a Rn. 14.

¹⁵ BGH, NSTz 1995, 513.

¹⁶ S. hierzu näher Soiné, NSTz 2013, 83 ff.

¹⁷ BGH, NSTz 1996, 450; BGHSt 41, 64 ff.

keine rechtlichen Kriterien, die hier angesichts der Eingriffsintensität eine Zulässigkeitsgrenze jenseits des § 110 a StPO beschreiben könnte. Die zum Teil von der Polizei benutzten formalisierten Entscheidungshilfen, die entweder nach Anzahl der Einsatztage oder der Anzahl der kontaktierten Personen unterscheidet,¹⁸ dokumentieren nur das polizeiliche Problembewusstsein, nicht aber dessen Lösung.

4. Die Folgen

16Die Folgen eines derart gesetzlosen Handelns sind – zumindest für Verteidiger – in der üblichen rechtsstaatlichen Konsequenz deutlich:

Auch grundsätzliche Unterstützer der Rechtssprechungslinie des BGH konzedieren, dass Einsätze außerhalb der gesetzlichen Regelung der §§ 110a ff. StPO eine Verletzung dieser Vorschrift darstellen und daher „*rechtlich wohl nicht folgenlos bleiben*“ können.¹⁹ Gerade die **Bedeutung des Richtervorbehalts**, wie sie das BVerfG schon mehrfach betont hat, lässt dessen bewusste Umgehung durch die Ermittlungsbehörden als schwerwiegenden rechtsstaatlichen Verstoß erscheinen. Die Konsequenz des Beweisverwertungsverbotes liegt nahe. In der Sache nicht anders zu bewerten sind polizeiliche Aktenmanipulationen, die entgegen des tatsächlichen Erkenntnisstandes das Bild eines polizeilichen Ermittlers suggerieren (oder teilweise verschweigen), das angeblich nicht die Notwendigkeit einer richterlichen Genehmigung zur Folge hat. Entzieht sich die Polizei auf diesem Wege der richterlichen und gesetzlichen Kontrolle, muss die Massivität dieses Verstoßes ebenfalls regelmäßig zu einem Verbot der Verwendung der derart erlangten Erkenntnisse für den Strafprozess führen.

Konsequent ist eine solche Rechtsfolge auch, wenn die Bindung an Gesetz und richterliche Kontrolle durch einen angeblich nur kurzfristig agierenden polizeilichen Geheimagenten (NoeP) oder gar durch die Verwendung externer Privatleute (VP) erfolgt.

Die Praxis zieht zu einem großen Teil diese Konsequenzen gerade nicht.

IV. Agent provocateur

17Alle geheim agierenden Agenten tragen die hohe Potenz eigenen strafbaren Verhaltens mit sich. Überzeugendes Agieren in Verbrecherkreisen gelingt nur beim Mitmachen. Zurückhaltung erhöht die Gefahr der Enttarnung. Hemmschwellen sinken im Bewusstsein der Solidarität der Ermittlungsbehörden und der Chance auf Vertuschung.

Polizeiliche Effektivität setzt hier oft menschliche Defizite beim Agenten im Sozialverhalten und der Empathie voraus. Ihm geht es nicht nur um optimale Entlohnung. Er muss über Raffinesse und Skrupellosigkeit verfügen, ein unfassbares Manipulationsvermögen besitzen, das zumeist durch eine suggestive bis hin zu histrionischen Persönlichkeit gefördert wird.²⁰

18Eine zusätzliche Dimension eröffnet sich dem Agenten, wenn er das Geschehen selbst initiiert. Der eigenen kriminalistischen Logik folgend, befindet er sich getarnt in kriminellem Umfeld. Sein Einsatz nach der StPO dient der **Aufklärung erfolgter Straftaten**. Tatsächlich stößt er eher selten Beweise für gemutmaßte vergangene Straftaten auf. Die eigene **Wahrnehmung eines neuen kriminellen Geschehens** ist sein faktisches Einsatzziel. Effektive Kontrolle dieser Wahrnehmung lässt sich erreichen, wenn das Geschehen selbst animiert und gesteuert wird. Der Höhepunkt verdeckter polizeilicher Arbeit liegt damit in der Provokation einer Straftat, der Observation des animierten Täters und dessen anschließende Überführung.²¹

19Rechtsdogmatisch ist diese Figur seit langem als „agent provocateur“ bekannt. Straflosigkeit der Anstiftung wird mit dem fehlenden Willen zur Vollendung der Haupttat begründet.²² Diese Idee greift allerdings nicht bei den zahllosen Unternehmensdelikten, die keinen greifbaren Erfolg zur Tatbestandsvollendung benötigen. Das „Handeltreiben“ mit Drogen kann schon mit kurzen Telefongesprächen vollendet sein. Erst recht betritt der Agent den Bereich der eigenen Strafbarkeit, wenn sein Mitmachen sich als Mittäterschaft darstellt. Selten existiert hier ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund.²³ Vor der Anklagebank rettet ihn faktisch nur die schützende Hand der Behörden, die aufgrund seiner Nützlichkeit dessen tatsächliche Rolle in den der Verteidigung zugänglichen Akten nicht aufscheinen lassen.

Die Provokation hat einen weiteren verfahrensrechtlichen Aspekt.

Staatliche Stellen können nicht selbst eine Straftat produzieren, um anschließend den provozierten Täter zu bestrafen. Die Fairness eines Strafverfahrens im Sinne der Menschenrechtskonvention kann unwiderruflich durch inakzeptable Ermitt-

¹⁸ S. hierzu z.B. der Bericht von Schneider, NSTZ 2004, 359 ff.

¹⁹ S. Schneider, NSTZ 2004, 360.

²⁰ Eisenberg, GA 2014, 404 ff., 412.

²¹ S. ausführlich Dann, Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht, 2006.

²² RGSt 15, 315; RGSt 77, 350.

²³ Hierzu schon Sommer, Das fehlende Erfolgsunrecht – Zur Strafbarkeit des agent provocateur, S. 45 ff.; zuletzt Rönnau, Agent provocateur, JuS 2015, 19 ff.

lungsmethoden verletzt sein. Beispielhaft hat der EGMR dies gerade für den **Einsatz von Lockspitzeln** beschrieben.²⁴ Konventionswidrig ist ein Verfahren, wenn vor Gericht Beweismittel präsentiert werden, die sich als Ergebnis einer polizeilichen Provokation darstellen. Scharf unterscheidet der Gerichtshof zwischen polizeilicher passiver Undercover-Aufklärungstätigkeit einerseits und einer tatanimierenden Tätigkeit andererseits. Das gesamte Verfahren ist unfair, jeder einzelne Tag einer Haft ungerechtfertigt, selbst wenn der agierende Beschuldigte nur über vermittelnde Dritte der polizeilichen Provokation folgt. Der Staat hat sich das Handeln Privater, die unter seiner Lenkung agieren, zurechnen zu lassen.²⁵

In zahlreichen Einzelfragen existierten allerdings bis zum heutigen Tage erhebliche **Divergenzen** zwischen dem **EGMR einerseits** und der **deutschen Rechtsprechung andererseits**. Diese beziehen sich insbesondere auf unterschiedliche Auffassungen zur rechtsstaatswidrigen Intensität einer Beeinflussungsarbeit des Agenten. Zum anderen gehen die Auffassungen darüber auseinander, welche Rechtsfolgen an eine rechtsstaatswidrige Provokation zu knüpfen sind.

20 **Provokationsopfer** können auch tatgeneigte Personen sein. Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation hält der EGMR daher durchaus für möglich, selbst wenn bereits gegen den späteren Angeklagten Verdachtsmomente existieren.²⁶ Ob der tatprovokierende Agent lediglich eine ohnehin bestehende Tatgeneigtheit begleitet oder selbst entscheidend initiativ war, entscheidet der EGMR mit einer simplen hypothetischen Überlegung: Nur dann, wenn die später angeklagte Tat auch ohne jede staatliche Einflussnahme stattgefunden hätte, scheiden Überlegungen zu einer möglichen rechtsstaatswidrigen Provokation aus.

21 Jedes Strafgericht ist prinzipiell gehalten, die berechtigten Gründe für den Einsatz eines V-Mannes aufzuklären und nachzuvollziehen.²⁷ Die Fairness des Verfahrens ist schon deswegen strukturell tangiert, weil der Angeklagte zumeist keinen Zugang zu Beweisen hat, die die Berechtigung zum verdeckten Polizeieinsatz falsifizieren könnten.²⁸ Der EGMR kombiniert die Entscheidung der Rekonstruktion eines solchen psychologischen Geflechts im Prozess mit eindeutigen Beweislastverteilungen. Es ist die Aufgabe der staatlichen Behörden, zum einen nachzuweisen, dass es bereits beim Einsatz des verdeckten Ermittlers gute Gründe für einen bestehenden dringenden Tatverdacht gab. Lässt sich bei dieser Prüfung nicht austräumen, dass tatsächlich mangels hinreichenden Anfangsverdachts eine unzulässige Tatprovokation vorlag, bestimmt der EGMR in einem zweiten Schritt eine Prüfung, wie die Ermittlungsbehörden auf den Einwand der Verteidigung hinsichtlich einer unzulässigen Tatprovokation zu reagieren haben. Prozessual muss jeder Angeklagte die Chance haben, mit ausreichenden Beweismitteln eine unzulässige Tatprovokation vorzutragen. Hapert es an diesen Möglichkeiten und sind die Einwände nicht völlig unglaubwürdig, liegt es ausschließlich an den Strafbehörden nachzuweisen, dass keinerlei unzulässige Tatprovokationen stattgefunden hat.²⁹

Eine solche Beschränkung ist bislang bei der deutschen Rechtsprechung noch nicht angekommen. Hier wird den geheim agierenden Behörden eine sehr viel freiere Hand gelassen. Die Behauptung der Ermittlungsbehörden, wonach der geheime Agent eine latent vorhandene Bereitschaft des Angeklagten lediglich intensiviert habe, führt nicht zu prozessualen Konsequenzen. Eine zu beachtende Einflussnahme staatlicher Stellen liege erst dann vor, wenn gerade durch die Beeinflussung die ohnehin geplante Tat ein völlig anderes Gepräge erhalten habe („Quantensprung“).³⁰ Rechtlich kritikwürdig ist die Beeinflussung erst dann, wenn das Handeln des Agenten gegenüber dem Tatgeneigten unvertretbar übergewichtig werde; Indizien hierfür können die – auch zeitliche – Intensität der Beeinflussungsversuche ebenso sein wie das Ausmaß eines animierten illegalen Geschäfts, das weit über Verdachtsmomente zu vergangenen Geschäften hinausgeht.³¹ In der Vorstellungswelt des BGH existieren daher durchaus zulässige und unzulässige Tatprovokationen. Prozessuale Vorteile räumt die deutsche Rechtsprechung dem Provozierten bei der Aufarbeitung im Gerichtssaal nicht an.

22 Grundsätzlich scheinen auch die Vorstellungen über die **rechtlichen Konsequenzen einer unzulässigen Tatprovokation** auseinander zu gehen. In seiner grundlegenden Entscheidung Teixeira de Castro betonte der EGMR³², dass ein Verfahren von Anfang an („ab initio“) unfair sei, wenn die Struktur eines Strafprozesses darauf ausgelegt sei, einen zur Tat nicht entschlossenen Bürger zu einer Straftat zu provozieren und die Erkenntnisse zu dieser provozierten Tat durch den Provokateur anschließend selbst in der Rolle des Zeugen in die Hauptverhandlung einführen zu lassen. Ein solches unfaires Verhalten tangiert unter Umständen in Einzelfällen dann die gesamte Fairness des Verfahrens nicht, wenn die Rolle des Tatprovokanten eine absolut untergeordnete ist, insbesondere die der Verurteilung zugrunde liegenden Beweise gerade nicht durch den verdeckt agierenden Polizeibeamten erbracht wurden.

²⁴ EGMR, Teixeira de Castro ./ Portugal, EuGRZ 1999, 660 = NStZ 1999, 47 m. Anm. Sommer = StV 1999, 127 m. Anm. Kempf; Ramanaukas ./ Litauen, HRRS 2008 Nr. 200; Pyrgiotakis ./ Griechenland, HRRS 2008, 292 ff. (Nr. 500).

²⁵ EGMR Allan ./ UK, StraFo 2003, 162; Ramanaukas ./ Litauen, NJW 2009, 3565.

²⁶ S. zuletzt EGMR Bannikova ./ Rumänien, HRRS 2011 Nr.331.

²⁷ EGMR Ramanaukas./Litauen, NJW 2009, 3565 ff; Lagutin u.a. ./ Russland, v. 24.4.2014; Bulfinsky ./ Rumänien, v. 01.06.2010.

²⁸ EGMR Lagutin u.a. ./ Russland v. 24.04.2014, § 97.

²⁹ S. EGMR Bannikova ./ Russland, HRRS 2011, 96; Ramanaukas./Litauen, NJW 2009, 3565 ff.; Conen, StRR 2009, 84 ff.; Greco, StraFo 2010, 52 ff.

³⁰ BGHSt 47, 44.

³¹ BGH, NStZ 2014, 277, 279.

³² EGMR, Teixeira de Castro ./ Portugal, EuGRZ 1999, 660 = NStZ 1999.

Auch wenn der Gerichtshof grundsätzlich keine konkreten prozessualen Konsequenzen für ein nationales Recht ziehen kann, verleiht nach der deutschen Dogmatik kaum ein anderer Weg, als das gesamte Procedere als menschenrechtswidrig zu bewerten und angesichts eines Verfahrenshindernisses einzustellen.³³ Als „Perversion staatlicher Macht“ untergräbt ein solches Vorgehen jede Legitimation staatlichen Handelns im Rahmen der Strafrechtspflege und lässt keinen Raum für eine Strafe des Provozierten.³⁴ Zum Teil wird in dieser Konstellation ein persönlicher Strafausschließungsgrund angenommen.³⁵ Die Mehrheit der Literatur plädiert trotz des grundsätzlichen Verfahrensmangels (lediglich) für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots.³⁶

23 Der BGH hat sich in seiner Rechtsprechung von der Idee einer Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs verabschiedet und sich für eine sogenannte „Strafzumessungslösung“ entschieden.³⁷ Die Auseinandersetzung mit dem Phänomen der staatlichen Pflege eines unfairen Vorgehens wird verdrängt und auf die Frage der Kompensation im Verfahren reduziert.³⁸ Unter Ausblendung der eigenen staatlichen Verantwortung für das verbrecherische Geschehen kann sich die Rechtsprechung nicht von der Vorstellung lösen, dass auch den animierten Täter ein eigenes Verschulden trifft und dieses grundsätzlich nicht sanktionslos hingenommen werden dürfe. Konstruiert wird in diesen Fällen daher ein eigener, schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation. Das Bundesverfassungsgericht billigt dies und behauptet sogar in diesen Konstellationen das angeblich fortbestehende staatliche Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafrechtspflege; die Strafzumessungslösung sei ein nicht zu beanstandender Weg. Gedanken des EGMR sollten allenfalls schonend in das angeblich dogmatisch ausdifferenzierte System der deutschen Rechtsprechung übernommen werden.³⁹

Diesem Ansatz hat der EGMR jüngst eine deutliche Absage erteilt.⁴⁰ Steht die Verletzung der Konvention durch Tatprovokation fest, lässt sich eine Kompensation durch Strafmilderung nicht erreichen. Der Gerichtshof verlangt vielmehr eine strikte Beachtung der verfahrensrechtlichen Folgen der Provokation, nämlich den Ausschluss aller hierdurch erlangten Beweismittel. Unabhängig von rechtsethischen Fragen der Berechtigung staatlichen Strafens ist die Konsequenz der Freispruch des provozierten Angeklagten, wenn die restlichen Beweise zur Überführung nicht ausreichen.

Die Diskussion hierüber dürfte noch nicht abgeschlossen sein, da seit langem anerkannt ist, dass die Strafzumessungslösung des BGH den vom EGMR vorgegebenen staatlichen Verpflichtungen zur grundsätzlichen Verhinderung derartiger ungefährender Strafverfahren widerspricht,⁴¹ die Praxis dies aber nicht angefochten hat. In jedem einzelnen aktuellen Strafverfahren lohnt daher das Ausloten der angeblichen Schuld des Angeklagten angesichts der Tatprovokation einerseits und der Feststellung der besonderen Qualität der Verfahrensunfairness andererseits.

V. Kollisionen mit dem Konfrontationsrecht der Verteidigung

24 Geheimhaltung und fehlende Kontrolle entsprechen den Interessen der Ermittlungsbehörden. Demokratische und rechtsstaatlich fundierte strafprozessuale Prinzipien wollen das Gegenteil erreichen: Transparenz und Kontrolle. Die Überprüfung der (angeblichen) Ergebnisse der geheimen Ermittlungen durch den V-Mann berühren die Qualität rechtsstaatlichen Prozessierens.⁴² Bei der Realisierung dieses Ziels kommt dem Hinterfragen solcher Ergebnisse durch die Verteidigung eine besondere Bedeutung zu.

1. Der Ursprung des Konfrontationsrechts

25 Das **traditionelle Verständnis des Fragerechts** nach der deutschen Strafprozessordnung bezieht sich nur auf den tatsächlich erschienenen Zeugen. Dass die mit dem Fragerecht verbundene Teilhabe der Verteidigung an der Gestaltung des Prozesses entscheidend von der Vorfrage abhängt, dass durch das Erscheinen des Zeugen die Ausübung dieses Rechts erst realisiert werden kann, lässt sich der gesetzlichen Konzeption nicht unmittelbar entnehmen. Gründe der allgemeinen Verfahrensfairness, der Subjektstellung des Angeklagten und der hieraus resultierenden Teilhabe am Verfahren, der Umsetzung des rechtlichen Gehörs und eine erweiterte Vorstellung eines Beweisantragsrechts der Verteidigung können hier zunächst als argumentative Bezugspunkte ausgemacht werden.

26 Anders das angelsächsische Recht. Der 6. Zusatz der US-amerikanischen Verfassung garantiert jedem Angeklagten als Grundrecht in einem Strafverfahren die Chance, mit einem Zeugen unmittelbar konfrontiert zu werden. Die Abschaffung von Geheimprozessen und der Entdeckung der Subjektstellung eines Angeklagten im Strafverfahren haben vor mehr als 200 Jahren zu der Erkenntnis geführt, dass in Abwesenheit des Angeklagten vernommene Belastungszeugen, deren Aussage später lediglich in einer Hauptverhandlung verlesen wurden, eine maßgebliche Ursache für falsche Urteile waren. Ein Gericht

³³ S. hierzu z.B. Conen, StRR 2009, 84; Sinner/Kreutzer, StV 2000, 114 Esser in Löwe-Rosenberg, Art. 6 EMRK Rn. 263; so auch anfänglich Überlegungen des BGH, s. NJW 1981, 1626; StV 1982, 221; BVerfG 2 BvR 209/14 v. 18.12.2014 hält dies bei Extremkonstellationen nach wie vor für nicht ausgeschlossen.

³⁴ Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, S. 222 ff.; Wolter, NStZ 1993, 1, 10; SK-StPO/Wolter, § 110 c Rn.10; Gaede, HRRS 2008, 285

³⁵ S. z.B. Stuckenberg in Löwe-Rosenberg, § 206a Rn. 85.

³⁶ S. z.B. Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292; Wolter, Festgabe BGH Bd. IV 2000, S. 980.

³⁷ BGHSt 45, 321; 47, 44; NStZ 2008, 39f.

³⁸ El-Ghazi/Zerbes, HRRS 2014, 209 ff.

³⁹ BVerfG 2 BvR 209/14 v. 18.12.2014.

⁴⁰ EGMR Furcht./Deutschland, v. 23.10.2014 – 54648/09, StraFo 2014, 504 ff. m. Anm. Sommer.

⁴¹ S. zusammenfassend Esser in Löwe/Rosenberg, Art. 6 EMRK Rn. 267.

⁴² S. hierzu Sommer, NJW 2005, 1242.

kann von der Qualität einer Zeugenaussage erst dann überzeugt werden, wenn die angeblichen Wahrnehmungen des Zeugen auch aus dem Blickwinkel der Interessenssituation des Angeklagten hinterfragt worden waren. Obwohl das Problem der Sicherstellung der Qualität einer Zeugenaussage auch prozessual anderweitig geregelt werden könnte, hat sich das angelsächsische Recht zu einer unlöslichen Verquickung dieser Frage mit Verteidigungsrecht entschieden. Das Konfrontationsrecht – so der US Supreme Court – bedeutet nicht nur das Ziel eines zuverlässigen Beweismittels, sondern beinhaltet darüberhinaus die eherne prozessuale Regel, dass eine solche Zuverlässigkeit nur durch ihre Überprüfung in der konfrontativen Befragung erreicht werden könne.⁴³ Der Qualitätsmangel der fehlenden Hinterfragung führt nach dem angelsächsischen Verfahrensrecht zur Konsequenz des Ausschlusses eines solchen Beweismittels. Die nicht hinterfragbare Zeugenaussage kann weder verlesen noch durch den Bericht eines weiteren Zeugen (Vernehmungspersonen) dem Gericht präsentiert werden. Konsequenz wird die Einführung eines jeden Zeugen vom Hörensagen unterbunden.⁴⁴

Als Anwendung deutschen Strafprozessrechts kommt angesichts der Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme eine Übernahme angelsächsischer Praxis unmittelbar nicht in Betracht. Der vollständige Ausschluss nicht konfrontierter Aussagen beruht auf der Erwägung, der entscheidenden Laienjury von Beginn an nur solche Beweise zu präsentieren, die angesichts ihrer Struktur ein Minimum an Zuverlässigkeit aufweisen. Einen solchen formalen Ausschluss von Beweisen kennt das deutsche Strafprozessrecht nicht. Dem professionellen Gericht wird zugetraut, auch nach Einführung von in ihren Beweiswert stark geminderten Beweismitteln deren beschränkte Wertigkeit zu erkennen und entsprechend in die Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses aufzunehmen. Die Berücksichtigung der objektiven Qualität eines Beweismittels findet nach der StPO nicht bei der Frage der Nutzung dieses Beweismittels statt, sondern bei der abschließenden Würdigung dieses Beweises.

27 Den Kernbereich auch deutschen Prozessverständnisses berührt allerdings die weitergehende **Idee des Konfrontationsrechts**, dass kein Bürger einer richterlichen Bewertung ausgeliefert sein darf, ohne nicht zuvor als Subjekt einen weitgehenden Einfluss auf Verlauf und Ergebnis der Beweisaufnahme ausüben zu können.

2. Die Idee des Konfrontationsrechts beim EGMR

28 Das Konfrontationsrecht der europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 3 lit.d EMRK beruht zwar historisch auf diesem Hintergrund angelsächsischer Rechtstradition. Der Konventionstext folgt allerdings dem damals schon vorliegenden Entwurf der Vereinten Nationen zum IPBPR, der unabhängig vom angelsächsischen Prozessmodell und der Idee der Qualitätssicherung von Zeugenbeweisen ein Hinterfragen belastender Beweismittel als Kernbereich demokratisch geprägter Teilhabe des freien Bürgers am Prozessgeschehen ausgemacht hatte.⁴⁵ Unabhängig von englischen und amerikanischen Traditionen entwickelt dieser Grundsatz auch in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen einen eigenen Charakter.

Das Verfahren, das ausgerichtet ist auf die transparente Produktion von Beweisergebnissen bei essentieller Teilhabe des betroffenen Angeklagten, ist in seiner Basis erschüttert, wenn es den Angeklagten nur zu einem Zuschauer eines solchen Spektakels degradiert. Die **konfrontative Befragung wird vom EGMR** daher in einem engen Zusammenhang mit dem aus dem allgemeinen Grundsatz der Waffengleichheit abgeleiteten Recht des Angeklagten gesehen, dass alle Beweise in einem kontradiktorischen Verfahren in seiner Gegenwart und im Hinblick auf die Möglichkeit seiner Beeinflussung vorgebracht werden müssen.⁴⁶ Es gehört zu den Verfahrensgrundrechten des Angeklagten, dass diesem die effektive Möglichkeit verschafft wird, durch kritische Fragenstellungen Antworten des Zeugen sowohl zu den belastenden Tatvorwürfen als auch allgemein zur Zuverlässigkeit des Zeugen zu erhalten.

29 Die **Konkretisierung des Konventionsrechts** hat der EGMR in zahlreichen Entscheidungen vorgenommen.⁴⁷ Der Text der Konvention („... oder stellen zu lassen“) verdeutlicht bereits, dass die Realisierung der konfrontativen Befragung nicht zwingend höchstpersönlich durch den Angeklagten erfolgen muss. Die Befragung durch die Verteidigung insgesamt muss gewährleistet sein.⁴⁸ Ist der Fragestoff überschaubar, kann die Konventionsgarantie auch bei Fragestellungen des Angeklagten persönlich in Abwesenheit seines Verteidigers erfüllt sein.⁴⁹ Da die Konventionsgarantie auf die Beeinflussungsmöglichkeit hinsichtlich des maßgeblichen Überführungsmittels abzielt, kann seine Realisierung nicht von der – unter Umständen zufälligen – Bezeichnung als Zeuge nach dem nationalen Recht abhängig sein. „Zeuge“ im Sinne des Abs. 3 lit.d kann daher der Mitangeklagte⁵⁰ ebenso sein wie der Sachverständige.⁵¹ Eine Umgehung z.B. durch Verlesung einer schriftlichen Aussage im Vorverfahren tangiert den Regelungsbereich ebenso.⁵² In jedem Fall setzt die Wahrnehmung des Fragerechts einen ausreichenden Wissensstand vom relevanten Verfahrensstoff voraus. Tauchen nach Abschluss der Befragung neue Anschuldigungen auf, kann das Konventionsrecht eine abermalige Konfrontation mit demselben Zeugen beinhalten.⁵³

⁴³ Crawford ./ Washington, 541 US 36 (2004); näher Guirao, FS Wolter 2013, S. 833, 843.

⁴⁴ S. hierzu Weigend, FS Wolter 2013, S. 1145 ff.

⁴⁵ Du Bois-Pedain, HRRS 2012, 120 ff.

⁴⁶ S. z.B. EGMR van Mechelen u.a. ./ Niederlande, StraFO 1997, 239.

⁴⁷ Zuletzt umfassend s. Mahler, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, 2011.

⁴⁸ Gollwitzer, GS Meyer 1990, S. 147, 156 ff.

⁴⁹ EGMR Isgro ./ Italien, Entsch. v. 21.01.1991.

⁵⁰ EGMR Luca ./ Italien, Entsch. v. 27.02.2001; Ferrantelli u. Santangelo ./ Italien, ÖJZ 1997, 151; Craxi ./ Italien v. 05.12.2002; Kaste u. Mathisen ./ Norwegen v. 09.11.2006.

⁵¹ EGMR Mantovanelli ./ Frankreich, Entsch. v. 18.03.1997; offen in Böhnisch ./ Österreich, EuGRZ 1986, 127.

⁵² EGMR Krivoshapkin ./ Russland, v. 27.01.2011.

⁵³ EGMR, Bricmont ./ Belgien, Entsch. v. 07.07.1989.

3. Grenzen des Konfrontationsrechts

³⁰Die überragende Bedeutung des Konfrontationsrechts hat den EGMR nicht an dessen Relativierung gehindert. Ein schlüssiges System dieser Relativierung existiert allerdings nicht, so dass die Bewertung der hier interessierenden Frage der Konfrontation mit geheim agierenden Zeugen vage ist.

Der EGMR zieht nicht die Konsequenz angelsächsischer Rechtstradition, eine nicht hinterfragte Aussage von vornherein als konventionswidrig anzusehen. In Anwendung des Konventionsgrundsatzes auf kontinentaleuropäische Rechtsordnungen lehnt er es auch ab, prinzipiell Zeugen vom Hörensagen auszuschließen. Die auf dieser Basis denkbare Akzeptanz von nicht konfrontierten Zeugenaussagen für ein Strafurteil beschränkte der EGMR auf wenige Ausnahmefälle.

³¹Bei der schlichten **Unmöglichkeit, einen Zeugen zu vernehmen**, weil er entweder tot oder aufgrund schwerster Krankheit vernehmungsunfähig ist, erscheint dem EGMR der völlige Verzicht auf vorliegende Vernehmungsprotokolle nicht hinnehmbar. Hat hier die Verteidigung ausreichend Gelegenheit, diese Protokolle zu hinterfragen, kann sich unter Umständen trotz des Defizits das Verfahren noch als fair darstellen.⁵⁴ Die Akzeptanz dieser Ausnahme wird allerdings stets dann reduziert, wenn in diesem Zusammenhang den staatlichen Stellen ein Nachlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann; war angesichts eines prognostizierten Ablebens eines Zeugen eine konfrontative Befragung angezeigt, aber nicht realisiert worden, ist das Verfahren unfair.⁵⁵ Dies gilt erst recht, wenn die fragliche Aussage im Zentrum des Verfahrens steht.⁵⁶

³²Dem staatlichen Verhalten kommt bei der **Gesamtbeurteilung der Fairness** auch dann eine besondere Bedeutung zu, wenn der Zeuge unauffindbar ist. Verwertungen von Surrogaten, die ohne Konfrontation erfolgten, sind nur bei objektiver Unmöglichkeit des Erscheinens des Zeugen in der Hauptverhandlung denkbar, wobei das Gericht zuvor – ggf. mehrfach – alle denkbaren Anstrengungen unternommen haben muss, um einen Zeugen der Konfrontation zuzuführen.⁵⁷ Die Erschöpfung aller denkbaren Zwangs- und Vorführungsrechte nach nationalem Recht ist zwingende Voraussetzung.⁵⁸

³³Dieser **prozessualen Gesamtverantwortung** wird das Strafgericht nicht gerecht, wenn es Beweiserhebungen im Ausland im Rechtshilfewege anstrebt, der Angeklagte im ausländischen Rechtshilfeverfahren bei der entscheidenden Zeugenvernehmung nicht zugelassen wird und das Strafgericht seine Verurteilung auf Verlesung dieses Zeugenprotokolls stützt. Hier ist in der Gesamtschau das Konfrontationsrecht des Angeklagten verletzt.⁵⁹ Andererseits: Auch wenn eine Konfrontation mit im außereuropäischen Ausland befindlichen Zeugen scheitert, können erkennbare außerordentliche Anstrengungen des Gerichts, die Befragungsmöglichkeit zu realisieren, in die Abwägung zur Feststellung einer Verletzung einbezogen werden.⁶⁰

³⁴Zur **Realisierung der Möglichkeit zur Konfrontation** haben alle staatlichen Behörden und Gerichte alle nur denkbaren zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um das Erscheinen der Zeugen vor Gericht zu garantieren.⁶¹ Schon das Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung, warum ein Zeuge vom Gericht nicht geladen wurde, ist für den Gerichtshof in Straßburg ausreichend, eine Verletzung der Konvention anzunehmen. Auch der Hinweis des Strafgerichts, dass manche Zeugen angesichts ihres weit entfernten Wohnsitzes oder anderer Gründe als entschuldigt zu gelten haben, lässt der Gerichtshof nicht als Rechtfertigung für die Missachtung des Konfrontationsgebots gelten.⁶²

Eine Konfrontation ist dem Beschuldigten auch dann genommen, wenn **der erschienene Zeuge berechtigterweise von einem Schweigerecht Gebrauch macht** und frühere belastende ohne Konfrontation zustande gekommene Aussagen durch Surrogate in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Formal hat hier der Angeklagte die Gelegenheit zur Befragung, auch wenn er keine Antworten erhält. Konfrontation ist allerdings mehr als eine leere Hülse. Es ist die effektive Möglichkeit, die Zuverlässigkeit eines Beweismittels zu hinterfragen – und hierzu gehören auch Antworten des Zeugen. Die Ehefrau, die in der Hauptverhandlung das einstmals belastende Zeugnis verweigerte, war für den Gerichtshof das Musterbeispiel, um das konventionswidrige Defizit der Verteidigung aufzuzeigen.⁶³ Da nicht der Anlass der Zeugnisverweigerung bei der Bewertung des Gerichtshofs ausschlaggebend ist, sondern ausschließlich der beeinträchtigende Effekt auf der Verteidigungsseite, ist die Konventionswidrigkeit stets dann gegeben, wenn ein erschienener Zeuge aus anderen Gründen (z.B. §§ 53, 55 StPO) die Aussage verweigern kann und das Gericht dem Urteil frühere Aussagen zugrunde legen will, bei denen der Zeuge nicht durch die Verteidigung konfrontativ befragt werden konnte.⁶⁴

Auch andere Zeugeninteressen können einer Durchführung der Konfrontation entgegenstehen: Als Ansatzpunkt nicht ausgeschlossen sind Überlegungen zu Zeugenrechten, die mit den Interessen der Verteidigung an einer Konfrontation kollidieren

⁵⁴ S. EGMR Mielke ./ Deutschland, EuGRZ 1997, 154.

⁵⁵ Farentelli u. Santangelo ./ Italien, ÖJZ 1997, 151.

⁵⁶ EGMR Al-Khawaja u. Tahery ./ Vereinigtes Königreich, HRRS 2009 Nr. 459.

⁵⁷ EGMR Bonev ./ Bulgrien, HRRS 2006 Nr. 660; Artner ./ Österreich, EuGRZ 1992, 476; Doorson ./ Niederlande, ÖJZ 1996, 715.

⁵⁸ EGMR Delta ./ Frankreich, ÖJZ 1991, 425.

⁵⁹ EGMR A.M. ./ Italien, StraFo 2000, 374.

⁶⁰ EGMR Haas ./ Deutschland, JR 2006, 289 m. Anm. Gaede, s. auch abl. Anm. Esser, NSStz 2007, 104.

⁶¹ EGMR Hümmer ./ Deutschland, Urt. v. 09.07.2012.

⁶² EGMR Nechto ./ Russland, Urt. v. 24.01.2012.

⁶³ EGMR Unterperthinger ./ Österreich, EuGRZ 1987, 147.

⁶⁴ Siehe hierzu Sommer, NJW 2005, 1240.

können. Dass **Gefahren für die Gesundheit des Zeugen** einer konfrontativen Befragung entgegenstehen können, hat der EGMR zwar theoretisch angenommen, in der Praxis hat er regelmäßig dem Konfrontationsrecht den Vorrang eingeräumt, selbst wenn – wie in einem deutschen Fall – psychische Schäden der minderjährigen, angeblich sexuellen missbrauchten Zeugin ebenso wenig auszuschließen waren wie Auswirkungen auf ihre Neurodermitis.⁶⁵

35 Ist der **Anspruch des Zeugen auf Anonymisierung** in der Hauptverhandlung durch den Gerichtshof nicht grundsätzlich ausgeschlossen, so machen zahlreiche Entscheidungen die nahezu unübersteigbaren Hürden für deren Legitimierung im Einzelfall deutlich. Abstrakte Überlegungen zur Gefährlichkeit von Zeugenaussagen in bestimmten kriminellen Milieus⁶⁶ können das Konfrontationsrecht ebenso wenig beschneiden wie ein allgemeines Prinzip des Schutzes Minderjähriger in sexuellen Missbrauchsverfahren.⁶⁷ Der Wunsch des Zeugen nach Anonymisierung rechtfertigt ebenso wenig den Entzug des Konfrontationsrechts⁶⁸ wie die von der Polizei aus nachvollziehbaren ermittlungstaktischen Gründen ausdrücklich abgegebene Zusage der Vertraulichkeit einer Zeugenaussage.⁶⁹

4. V-Leute sind konfrontativ zu befragen

36 Dass ermittlungstaktische Geheiminteressen der Exekutive Konfrontationsrechte der Verteidigung beeinträchtigen können, wird vom EGMR nicht akzeptiert.

Die **Verletzung des Konfrontationsrechts** hat der Beschuldigte u.U. ausnahmsweise hinzunehmen, wenn der Konflikt mit vorrangigen Persönlichkeitsrechten Dritter auf eine andere Weise nicht gelöst werden kann. Angesichts des überragenden Stellenwerts, den das Konfrontationsrecht in einem demokratischen Strafprozess besitzt, ist in einem Abwägungsprozess die Dominanz anderweitiger Rechte Dritter der extreme Ausnahmefall. In den zahlreichen Entscheidungen zu dieser Thematik hat der Gerichtshof ein solches Überwiegen nur in einem einzigen Fall angenommen.⁷⁰ Voraussetzung war die zweifelsfreie Feststellung, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte das Leben des Zeugen bei einer Aussage in der Hauptverhandlung bedroht gewesen wäre.

37 Droht die **Lebensgefahr** nicht „einfachen“ Zeugen, sondern **Polizeibeamten**, hat der Gerichtshof bislang keine stichhaltigen Gründe für deren Anonymisierung gefunden. Auch wenn zur Verbrechensbekämpfung die Notwendigkeit verdeckter Ermittlungen ausdrücklich betont wird, darf dies nach Ansicht des Gerichtshofs nicht dazu führen, dass der verdeckt agierende polizeiliche Ermittler zur Konfrontation auf der Ebene einer rechtsstaatlichen Gerichtsverhandlung nicht zur Verfügung steht.⁷¹ Die Anonymisierung von V-Männern zum Zwecke ihrer effektiven zukünftigen Arbeit findet in den Abwägungsüberlegungen des Gerichtshofs keinen Niederschlag. Auch die höhere Gefährdung von Polizeibeamten durch Kriminelle kann aus Sicht des Gerichtshofs kein berechtigter Grund zur Einschränkung von Verteidigungsrechten sein. Im Gegenteil: Stehen Beamte unter einer generellen Gehorsamspflicht gegenüber staatlichen Behörden und agieren sie sogar für die Staatsanwaltschaft, kann hieraus ihre erhöhte Verantwortung abgeleitet werden, in einer offenen Zeugenrolle zur Realisierung eines fairen Prozesses beizutragen.⁷²

5. Wahrung des Konfrontationsrechts im Konfliktfall

38 Sind ausnahmsweise relevante und ausreichende Gründe für die **Anonymisierung eines Zeugen** konkret nachgewiesen, erörtert der Gerichtshof in einem weiteren Prüfungsschritt, ob und inwieweit bei einer Zeugenbefragung berechnete Zeugeninteressen einerseits und Konfrontationsanspruch andererseits ausgeglichen und damit im Ergebnis die Konventionsrechte noch gewahrt werden können.

39 Ein **schriftlicher Fragenkatalog** statt einer persönlichen Konfrontation wird hierbei regelmäßig als nicht konventionskonform verworfen. Dies ist kein geeigneter Ersatz für eine direkte Beobachtung.⁷³ Die Kenntnis um die Identität eines Zeugen ist regelmäßig unabdingbar, um im Sinne des Konfrontationsrechts die Verlässlichkeit eines Zeugen hinterfragen zu können.⁷⁴ Liegt ausnahmsweise ein berechtigtes Anonymisierungsinteresse vor, kann im Einzelfall eine ausreichende kompensatorische Maßnahme darin liegen, dass ein Verteidiger ohne den Angeklagten und ohne die Kenntnis der Identität bei einer richterlichen Vernehmung sämtliche Fragen an den Zeugen richten kann, die er im Interesse der Verteidigung für geboten hält, um die Glaubhaftigkeit der Zeugenangaben in Zweifel zu ziehen.⁷⁵ Eine lediglich **mit akustischen Hilfsmitteln vorgenommene Befragung eines Zeugen**, der sich in einem Zimmer neben dem Gerichtssaal aufhielt, hielt der Gerichtshof als kompensatorische Maßnahme nicht für ausreichend. Über das **Hilfsmittel der audiovisuellen Übertragung der Zeugenvernehmung** hatte der Gerichtshof bislang nicht zu entscheiden. **Auf Video**⁷⁶ **festgehaltene Zeugenaussagen Minderjähriger**

⁶⁵ P.S. ./ Deutschland, NJW 2003, 1893.

⁶⁶ EGMR Saidi ./ Frankreich, ÖJZ 1994, S. 232.

⁶⁷ EGMR PS./ Deutschland, StraFo 2002, 123 = NJW 2003, 1893.

⁶⁸ EGMR Kostovski ./ Niederlande, StV 1990, 481; Visser ./ Niederlande, StraFo 2002, 160.

⁶⁹ EGMR Windisch ./ Österreich, StV 1991, 193.

⁷⁰ EGMR Doorson ./ Niederlande, ÖJZ 1996, 715.

⁷¹ EGMR Lüdi ./ Schweiz, EuGRZ 1992, 300.

⁷² EGMR van Mechelen u.a. ./ Niederlande, StraFo 1997, 293 mit Anm. Sommer; Anm. Wattenberg/Violet, StV 1997, 617.

⁷³ EGMR Kostovski ./ Niederlande, StV 1990, 481.

⁷⁴ EGMR Windisch ./ Österreich, ÖJZ 1991, 25.

⁷⁵ EGMR Doorson ./ Niederlande, ÖJZ 1996, 715.

⁷⁶ EGMR S. N. ./ Schweden, Entscheid. v. 02.07.2002.

werden ebenso wie sog. **Einwegspiegel**⁷⁷ zumindest als Möglichkeit von Kompensationen erwogen. Denkbar erscheint ihm allerdings das Auftreten des zu vernehmenden Zeugen in einer Verkleidung.⁷⁸

40Das **Defizit einer vollständigen fehlenden Konfrontation einer Zeugenaussage** auf der Ebene der Beweisaufnahme kann – so die bisherige Rechtsprechung – nicht dadurch kompensiert werden, dass nicht hinterfragte Beweissurrogate später vom Gericht einer besonders kritischen Würdigung hinterzogen werden.⁷⁹ Der Gerichtshof betonte mehrfach, dass kaum davon auszugehen ist, dass beispielsweise eine ermittlungsrichterliche Beurteilung, die Zeugenaussagen aus dem Vorverfahren seien glaubhaft gewesen und es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass sie versucht hätten, den Beschuldigten übermäßig zu belasten, die Möglichkeit der Verteidigung oder des Tatgerichts, die Zeugen in Anwesenheit zu befragen und sich selbst ein Urteil über deren Auftreten und Vertrauenswürdigkeit zu bilden, angemessen ersetzen könne.⁸⁰

Wenn dennoch häufiger vom Gerichtshof auf den notwendigen vorsichtigen Umgang mit derartigen Beweismitteln hingewiesen wird, erfolgt dies zumeist in Abrundung der stets komplexen Interessenabwägungen und der Gesamtschau auf ein faires Verfahren. Sie wurzelt offensichtlich in dem Institut des „summing up“ des angelsächsischen Geschworenenverfahrens, das jedenfalls eingebettet ist in die strenge Beachtung der Rechte der Verteidigung.⁸¹ Eine der Abstraktion zugängliche Konsequenz ist bei dieser „ominösen Gesamtbetrachtungs-Methode“⁸² allerdings nicht auszumachen.

41Der Gerichtshof kommt gelegentlich zum Ergebnis der fehlenden Konventionsverletzung, weil trotz fehlender Konfrontation staatliche Anstrengungen einerseits und differenzierte Wertungen des lückenhaften Beweisergebnisses andererseits die Gesamtfairness wahren sollen.⁸³ Es zeigt sich hier eine merkwürdige und unbegründete Tendenz, den Teilhabecharakter des Konfrontationsrecht in ein reines Zuverlässigkeitsproblem der Zeugenaussage umzudeuten, das auch ohne Mithilfe der Verteidigung vom Gericht allein adäquat gelöst werden könnte.

6. „Sole or decisive“

42Eine **Verletzung der Konventionsrechte** kommt dann nicht in Betracht, wenn der nicht zu hinterfragende Zeuge für das Urteilsergebnis letztlich irrelevant war. Praktischen Verfahrensüberlegungen folgend will der Gerichtshof unwesentlich erscheinende Verteidigungsbeschränkungen ausscheiden. Die Maßstäbe dafür, welchen Stellenwert das bemakelte Beweismittel im gesamten Beweisgefüge haben muss, werden allerdings unterschiedlich formuliert. Niemals sollte die Verurteilung allein auf einem unzulässigerweise nicht hinterfragten Zeugen beruhen.⁸⁴ Zumeist fordert der Gerichtshof zur Bejahung der Konventionswidrigkeit, dass das Urteil, das sich auch auf andere Beweismittel stützt, jedenfalls zu einem wesentlichen Teil auf den Angaben des nicht hinterfragten Zeugen beruht.⁸⁵ Oder anders formuliert: An der Konventionswidrigkeit führt trotz aller Kompensationsbemühungen zumeist kein Weg vorbei, wenn es sich bei der nicht hinterfragten Zeugenaussage um das einzige oder das entscheidungserhebliche („*sole or decisive*“) Beweismittel handelt.

Diese **Entscheidungserheblichkeit** wird sehr unterschiedlich bewertet. Konventionswidrigkeit wird zum Teil bei Beweiskonstellationen angenommen, in denen zahlreiche andere Beweismittel auf die Schuld des Angeklagten hinweisen.⁸⁶ Sind die nicht hinterfragten Aussagen die einzig schlüssigen und stützen andere Zeugen das Ergebnis der Schuld nur mittelbar, können diese nicht den Charakter einer Kompensation haben.⁸⁷ Sogar ein nachfolgendes Geständnis als tragende Urteilsgrundlage vermag unter Umständen den entscheidenden Charakter einer nicht hinterfragten anonymen Aussage nicht zu verändern.⁸⁸ Andererseits hat der Gerichtshof in einem Einzelfall gerade aufgrund der Fülle unterschiedlicher mittelbarer Beweismittel, die sich hinsichtlich der Bestätigung der Schuld deckten und ergänzten, eine relevante Verletzung von Verteidigungsrechten verneint.⁸⁹ Neuere Tendenzen weichen die Klarheit der Regel weiter auf: So will es der Gerichtshof nicht ausschließen, dass

⁷⁷ EGMR Accardi u.a. ./ Italien, Entsch. v. 20.01.2005.

⁷⁸ EGMR van Mechelen u.a. ./ Niederlande, StraFo 1997, 239.

⁷⁹ EGMR Al-Khawaja and Tahery ./ Vereinigtes Königreich, HRRS 2009 Nr. 459.

⁸⁰ Zuletzt Hümmel ./ Deutschland NJW 2013, 3225.

⁸¹ S. hierzu Gaede, HRRS 2004, 44, 50.

⁸² SK-StPO/Paeffgen, Art.6 MRK Rn. 162 e.

⁸³ Ohne nähere Überprüfung wurde die Zurückhaltung eines V-Mannes im Strafprozess ausnahmsweise als Legitimation der Einschränkung des Konfrontationsrechts akzeptiert durch EGMR, Sapunarescu ./ Deutschland, StraFo 2007, 107 mit Anm. Sommer; ähnlich undurchsichtig EGMR Haas ./ Deutschland, JR 2006, 289 m. Anm. Gaede, s. auch abl. Anm. Esser, NStZ 2007, 104; irritierend auch die Entscheidung der großen Kammer Al-Khawaja u. Tahery./UK HRRS 2012 Nr.1, die Guirao (FS Wolter, S. 840) schon als Staßburgs Abschied vom Rechts auf Konfrontation deutet.

⁸⁴ EGMR Rachdad ./ Frankreich, Entsch. v. 13.11.2003; Al-Khawaja and Tahery ./ Vereinigtes Königreich,

HRRS 2009 Nr. 459, HRRS 2012 Nr.1 (Große Kammer).

⁸⁵ S. EGMR Unterpertinger ./ Österreich, EuGRZ 1987, 147; Asch ./ Österreich, EuGRZ 1992,474; P.S. ./ Deutschland, StraFo 2002, 123; Lucà ./ Italien, HRRS 2006 Nr.62.

⁸⁶ EGMR Visser ./ Niederlande, StraFo 2002, 160.

⁸⁷ EGMR, StV 2014, 452, 455 m. Anm. Pauly.

⁸⁸ EGMR Lüdi ./ Schweiz, EuGRZ 1992, 300.

⁸⁹ EGMR Haas ./ Deutschland, JR 2006, 289.

der von der Verteidigung unbefragte Zeuge doch als entscheidendes Beweismittel ausnahmsweise dem Urteil zugrunde gelegt werden kann, wenn weitere Beweismittel dessen Zuverlässigkeit belegen.⁹⁰

43 Insgesamt ist der Weg des EGMR nicht sehr durchsichtig. Die Spruchpraxis des EGMR zum Konfrontationsrecht gilt als das komplexeste Gebilde in seiner Rechtsprechung zum Fairnessgrundsatz.⁹¹ Das Ergebnis eines unfairen Einsatzes verdeckter Ermittler muss allerdings nach wie vor konsequent ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben.⁹² Entgegen früheren Entscheidungen zur Absolutierung dieses Maßstabs als Minimum der Wahrung der Verteidigungsgarantie lässt die Große Kammer des EGMR Tendenzen erkennen, den spezifischen Kern eines Beschuldigtenrechts dann verblasen zu lassen, wenn die Qualität der nicht hinterfragten Aussage durch das Gericht anderweitig abgesichert ist.⁹³ Maßstäbe für diese Prozessalternative stehen jedoch noch aus.

7. Konfrontation im deutschen Strafprozess

44 Die Umsetzung dieser Vorgaben durch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung ist in den letzten Jahren ein ständiger Kritikpunkt der Literatur gewesen.⁹⁴

Kritikwürdig ist der nach wie vor bestehende Ansatz der Rechtsprechung, vorschnell in einer Abwägung auf die Gesamtbetrachtung abzustellen⁹⁵ und sich dadurch die Möglichkeit zu verschaffen, sämtliche Verfahrensdefizite mit der richterlichen Versicherung der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung zu kompensieren.⁹⁶ Diese **Beweiswürdigungslösung** verliert den überragenden Wert des Konfrontationsrechts aus den Augen und gestattet im Ergebnis auch Verfahrensweisen, bei denen unterbliebene Befragungen niemals kompensiert werden können.

Den konkreten Inhalt der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung hat die Rechtsprechung niemals deutlich gemacht. Die Abgrenzung zur normalen, womöglich gar unvorsichtigen Beweiswürdigung bleibt rätselhaft. In der Literatur ist unbestritten, dass der Begriff letztlich eine Leerformel⁹⁷ oder bloße Beschwichtigung⁹⁸ bleibt.

Eine Auswirkung der besonderen Vorsicht könnte allerdings darin bestehen, Verteidigungsvorbringen in Anwendung des Zweifelsatzes dann als zutreffend zu behandeln, wenn dessen Richtigkeit bei konfrontativer Befragung des gesperrten Zeugen hätte geprüft werden können.⁹⁹ Im Rahmen der Beweiswürdigung versucht die deutsche Rechtsprechung darüber hinaus, polizeiliche Überwachungspflichten anzumahnen und Defizite in die Bewertung mit einzubeziehen. Betont wird die Verpflichtung, V-Leute bestmöglich zu überwachen¹⁰⁰ sowie deren Einsatz aktenkundig zu machen.¹⁰¹ Kontrollmechanismen durch Beweiswürdigung sind jedoch angesichts der Phänomenologie des V-Mann-Einsatzes „strukturell unbrauchbar“. ¹⁰² Sie verkennt auch den grundsätzlich skeptischen Ansatz des EGMR zu dieser Art der Kompensation, wonach selbst eine zurückhaltende Bewertung unkonfrontierter Aussagen nichts daran ändert, dass ein wesentliches Verfahrensgrundrecht der Verteidigung nicht ausgeübt werden kann.¹⁰³

45 Sehr viel großzügiger setzt die Rechtsprechung des BGH auch die **Vorgaben hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit des kritisierten Beweismittels** um. Obwohl der zur Überzeugung entscheidende Zeuge nicht befragt werden kann, soll das Verfahren fair sein, wenn das Ergebnis lediglich durch sekundäre Beweismittel bestätigt und gestützt wird, auch wenn diese Hilfsüberlegungen im konkreten Fall niemals ausreichend sind, um allein eine Verurteilung zu fundieren. Auch wenn Tendenzen zu einer kritischen Umsetzung des höchst fragwürdigen Beweiswerts eines nicht konfrontativ befragten Zeugen erkennbar sind,¹⁰⁴ erscheint die Begründung der deutschen Rechtsprechung nach wie vor gemessen am Kern des „sole and decisive“-Konzepts als Fassade einer Berücksichtigung der Konventionsanforderungen.

⁹⁰ EGMR Al-Khawaja and Tahery./.. Vereinigtes Königreich, HRRS 2009 Nr. 459, HRRS 2012 Nr. 1 (Große Kammer).

⁹¹ Meyer, HRRS 2012, 117 ff.

⁹² Gaede, JR 2009, 493 ff.

⁹³ Du Bois-Pedain, HRRS 2012, 120 ff.

⁹⁴ Siehe z.B. Schleiminger, Konfrontation im Strafprozess, 2001; Demko, HRRS 2004, 416; Gaede, StraFo 2004, 195; Ambos, NStZ 2003, 17; ders., ZStW 115 (2003), 613; Sommer, StraFo 2000, 150; ders., StraFo 2002, 309; Renczkowski, in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, S. 97; Pauly, StV 2002, 291; Krauß, V-Leute im Strafprozess u. die EMRK, 1999; Schlothauer, StV 2001, 127; Wohlers, GA 2005, 11; Safferling, StV 2010, 339 ff.; Eschelbach/Wasserburg, FS Wolter 2013, S. 877 ff., 880 ff.

⁹⁵ Generelle Bedenken gegen diese „Methode“ der Rechtsfindung finden sich bei Jäger, FS Wolter 2013, S. 947 ff. BGHSt 33, 178, 181; BGH, StV 2000, 593; 2000, 649.

⁹⁶ Nehm, FS Widmeier 2008, S. 375.

⁹⁷ SSW-StPO/Eschelbach, § 96 Rn. 24; SK-StPO/Wohlers § 96 Rn. 45; Wohlers, StV 2014, 563 ff.

⁹⁸ BGHSt 49, 112 ff, 122; Meyer-Göfner, § 96 Rn. 10; Wohlers, StV 2014, 567; kritisch Mosbacher, JR 2004, 523 ff.

⁹⁹ BGHSt 45, 321, 336.

¹⁰⁰ BGH, NStZ 2014, 277, 281.

¹⁰¹ Eschelbach/Wasserburg, FS Wolter, S. 883.

¹⁰² EGMR Hulki Günes ./.. Türkei v.19.06.2003.

¹⁰³ BGH 1 StR 493/06, StraFo 2007, 111.

46 Bewegung in das nationale Recht hat die Rechtsprechung aus Straßburg allenfalls gebracht, wenn z.B. zur Vermeidung eines abschabaren Konfrontationsverlustes über eine frühe Pflichtverteidigerbestellung nachgedacht wird.¹⁰⁵ Durchaus phantasiereich nimmt die deutsche Rechtsprechung auch die Anregung aus Straßburg auf, das Konfrontationsrecht trotz Anonymisierung und letztlichem Verbergen des Zeugen durch adäquate Ausgleichsmaßnahmen zu bewahren. Hilfestellung bietet hier die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Videovernehmung, die auch durch Stimmverzerrungen und elektronische Verfremdung von Gesichtszügen zusätzlichen Zeugenschutz erlauben soll.¹⁰⁶ Ob im Ergebnis massiver Verfremdung das Verteidigungsrecht noch gewahrt ist, darf allerdings bezweifelt werden.¹⁰⁷

8. Fazit

47 Insgesamt widerspricht die aktuelle deutsche Praxis sowohl Vorgaben der Verfassung als auch der Menschenrechtskonvention.¹⁰⁸

Rechtlich kann damit das Problem der Konfrontation als ungelöst angesehen werden. Nach wie vor gehen grundsätzliche Erwägungen in einem unkalkulierbaren Abwägungssumpf unter, den beispielsweise die sogenannte Gesamtbewertung des fairen Verfahrens oder die Frage eröffnet, in wie weit andere als die nicht hinterfragte Zeugenaussage für das Strafgericht entscheidungserheblich sind. Es gibt Versuche der Systematisierung zu schlüssigen Prozessmodellen, die mögliche Verletzungen und Kompensationen des Konfrontationsgebots verarbeiten wollen. Sie reichen von der sogenannten „Drei-Stufen-Theorie“¹⁰⁹ bis zu einem komplexen System, das ein differenziertes prozessuales Vorgehen empfiehlt, je nachdem, ob es sich um unerreichbare, gefährdete oder „sensible“ Zeuge handelt, eine Abwägung ihres Gefährdungsgrades und den abgestuften Möglichkeiten bestmöglicher Kompensation.¹¹⁰

48 Ein schlüssiges System ist in der deutschen Rechtspraxis nicht erkennbar. Der Verteidigung obliegt in einem Strafprozess nicht der Zwang zur systematischen Stringenz. Sie muss allein damit rechnen, dass ihr unter isolierter Berufung auf eine Einzelentscheidung das Konfrontationsrecht genommen wird. Sie hat daher auf der anderen Seite die Aufgabe, gerade unter Ausnutzung der zum Teil verwirrenden Rechtsprechung alle nur denkbaren für die Realisierung der Konfrontation sprechenden Gesichtspunkte herauszufiltern und auf allen möglichen Kompensationsstufen ein Optimum für Verteidigungsbelange zu realisieren.

VI. Sperrerklärungen

49 Verkompliziert wird das Geflecht rechtlicher Überlegungen dadurch, dass die Frage der Notwendigkeit der Präsentation eines bislang geheim agierenden Ermittlers als Zeugen und hieran anschließend die Bewertung einer möglichen Verletzung des Konfrontationsrechts der Verteidigung kein Binnenproblem des Strafprozesses ist. Rechtlich bindende Vorgaben sollen hier von der Exekutive gemacht werden können. Sie soll Zeugen „sperrern“ können.

50 Wenn allein die Polizei selbst entscheidet, ob ihre Ermittler und deren Helfer als potenzielle Zeugen gegenüber dem Strafgericht offen gelegt werden, gerät ein wichtiger Baustein rechtsstaatlicher Struktur ins Wanken. Es ist die Aufgabe der unabhängig agierenden Strafjustiz, mit den bestmöglichen Beweismitteln Aufklärung darüber zu betreiben, ob eine strafrechtliche Schuld eines Angeklagten in einem justizförmigen Verfahren festgestellt werden kann. Wenn die von der Polizei zu verantwortenden Ermittlungshandlungen als wesentlicher Bestandteil dieses justizförmigen Verfahrens nur anhand der von der Polizei selektierten Informationsmöglichkeiten denkbar ist, entscheidet letztendlich der vom Gericht zu Kontrollierende über das Ausmaß seiner Kontrolle.

Um der Gefahr eines solchen rechtsstaatlichen Systembruchs zu begegnen, muss die Möglichkeit des Vorenthaltes von Beweismitteln durch die Exekutive auf – kontrollierbare – Extremfälle reduziert werden. Im Gegensatz hierzu versuchen die Ermittlungsbehörden, diese Art der strafprozessualen Manipulation im Bereich ihrer geheim operierenden Ermittler zum Regelfall des Alltags werden zu lassen. Ernsthafter Widerstand deutscher Strafgerichte gegen dieses Ansinnen ist kaum erkennbar.

51 Beamte und weitere in § 54 StPO genannte Personen können als Zeugen zu geheimhaltungsbedürftigen Sachverhalten ohne Aussagegenehmigung ihres Dienstherrn schweigen. Die Genehmigung ist allerdings regelmäßig nach den gängigen Beamtengesetzen zu erteilen. Ein **ausdrücklicher gesetzlicher Hinweis auf die Möglichkeit der „Sperrung“** geheim agierender Polizeibeamter für den Strafprozess findet sich lediglich im § 110b Abs. 3 StPO. Ausschließlich für den verdeckten Ermittler, also dem über längere Zeit unter einer Legende geheim agierenden Polizeibeamten, ist geregelt, dass seine Identität auch nach Beendigung des Einsatzes geheim gehalten werden könne. Zulässig sei dies insbesondere dann, „*wenn Anlass zu der Besorgnis besteht, dass die Offenbarung Leib, Leben oder Freiheit des verdeckten Ermittlers oder einer anderen Person oder die Möglichkeit der weiteren Verwendung des verdeckten Ermittlers gefährden würde*“. Der Gesetzgeber war bei Ein-

¹⁰⁵ BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505; einschränkend wieder BGH, StV 2005, 533, mit abl. Anm. Wohlers.

¹⁰⁶ BGH, NStZ 2003, 274; 2004, 345; BGH, NStZ 2005, 43; BGH, NStZ 2006, 682; anders noch BGHSt 32, 115, 124.

¹⁰⁷ Renzikowski, FS Mehle 2009, S. 538 ff.

¹⁰⁸ So zusammenfassend statt vieler Mahler, HRRS 2013, 334 ff.

¹⁰⁹ S. hierzu näher Esser in Löwe-Roseberg, EMRK Art. 6 Rn. 788 ff.

¹¹⁰ S. hierzu z.B. Krausbeck Konfrontative Zeugenbefragung: Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit.d EMRK für das deutsche Strafverfahren.

führung dieser Regelung nicht der Ansicht, dass er Neuland betreten würde, vielmehr ging er lediglich von einer „Klarstellung“ aus.¹¹¹

52 Als klassische und bereits vorgefundene Regelungsmaterie hat auch der ändernde Gesetzgeber die ausdrücklich in Bezug genommene Norm des § 96 StPO anerkannt. Letztlich soll hier abschließend der sensible Bereich markiert sein, in dem Eingriffe der Exekutive in den Strafprozess denkbar sind. Allerdings: § 96 StPO behandelt nicht den Zeugenbeweis, sondern regelt die Pflicht von Behörden, dem Strafgericht Akten vorzulegen. Diese umfassende Pflichten können nur dann eingeschränkt werden, wenn die oberste Dienstbehörde erklärte, dass das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akte dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. Die gesetzgeberische Idee, dass die Bewahrung von Staatsgeheimnissen der strafprozessualen Aufklärung vorgehen könnte, ist nachvollziehbar. Angesichts der Sprengkraft für das rechtsstaatliche System sollte die restriktive Anwendung einer solchen Ausnahmegesetzvorschrift selbstverständlich sein. Vereint in der Idee eines Jagdfiebers gegen einen unfassbaren kriminellen Feind hat die deutsche Justizpraxis jedoch genau das Gegenteil getan. Sie hat nicht nur gemeint, zu Lasten von Prozessgrundrechten Analogien zwischen der gesetzlich geregelten Aktenherausgabe und der Benennung von Zeugen vornehmen zu dürfen. Man definierte zusätzlich das Staatsgeheimnis auf das Niveau praktisch erscheinender polizeilicher Arbeit herunter.

53 Das Resultat aktuell ist die **Steuerung von strafprozessualen Beweisaufnahmen durch polizeiliche „Sperrerkklärungen“**. Die äußeren Formalien zur Wirksamkeit dieses Eingriffs sind durch die Rechtsprechung zwischenzeitlich geklärt. Die im Gesetz genannte oberste Dienstbehörde ist regelmäßig der Innenminister des zuständigen Landes, der als Fachminister für den Einsatz der tatabklärenden Polizei zuständig ist,¹¹² ausnahmsweise unter Umständen das gesamte Kabinett.¹¹³ Eine **Sperrerkklärung bedarf zwar einer Begründung**, ernsthaft überprüfbar ist diese jedoch nicht. Die Strafjustiz hat diese zu akzeptieren, wenn sie plausibel erscheint und die erkennbare Bewertung als geheimhaltungspflichtig so einleuchtend dargelegt wird, dass sie als triftig anerkannt werden kann.¹¹⁴ Leibes- oder Lebensgefahr eines Menschen sind grundsätzlich kein Nachteil für das Staatswohl iSd § 96 StPO.¹¹⁵ Materiell hat die höchstrichterliche Rechtsprechung dennoch unter Heranziehung der argumentativen Allzweckwaffe der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ den Weg geebnet, die Gefährdung ebenso dem Staatswohl zuzuordnen wie sogar die weitere Verwendungsmöglichkeit eines verdeckten Ermittlers.¹¹⁶

Die aktuelle Praxis des Strafprozesses wird folgerichtig dominiert von ebenso umfangreichen wie nichtssagenden Sperrerkklärungen der Innenministerien, die nahezu ohne jede Ausnahme jedem beteiligten Kleinkriminellen die Potenz eines Mörders andichten, trotz entgegenstehender empirischer Daten die Todesgefahr eines jeden geheim agierenden Ermittlers in schwarzen Farben malen und ohne jede konkrete Nachvollziehbarkeit die dringende Notwendigkeit der zukünftigen Verwendung propagieren.

Wenn dies ins ermittlungstaktische Konzept passt, wird diese Begründungsfolie nicht nur beim verdeckten Ermittler unter Hinweis auf die gesetzliche Erwähnung in § 110b Abs. 3 StPO angewandt, sondern faktisch bei jeder als Zeuge in Betracht kommenden Person, die im Vorfeld mit der Polizei zusammengearbeitet hat. Hierzu gehören nicht nur gelegentlich mit Lügengeschichten agierende Polizeibeamte, sondern auch jeder gegen Entgelt im Untergrund tätige Privatmann sowie jeder Hinweisgeber. Der argumentative Tiefpunkt zur Begründung des geheimhaltungsbedürftigen Staatswohls stellt hier die Überlegungen dar, dass eine vorab von der Polizei einem Hinweisgeber gegebene Vertraulichkeitszusage zur Vermeidung eines Vertrauensbruchs eingehalten werden müsse, da andernfalls künftig keine Zeugen mehr zu einer Zusammenarbeit mit Behörden bereit wären.¹¹⁷

54 Die nirgendwo gesetzlich erwähnte **polizeiliche Kompetenz einer „Vertraulichkeitszusage“** wird damit einerseits von der Polizei usurpiert, um im Nachgang zur Einschränkung von Prozessrechten des beschuldigten Bürgers gewendet zu werden. Die Praxis hat die Legalität ihres Tuns aus den Augen verloren. Sowohl der gesetzliche Hinweis für den V-Mann als auch die parallelen Anwendungen auf gesetzlich nicht geregelte Ermittler reduzieren die Berechtigung der Exekutive zur Beschränkung strafprozessualer Beweisaufnahmen auf die Konstellationen einer zumindest denkbaren Gefährdung staatlicher Essentialien. Dass hierzu nicht die allein finanziellen und praktischen Erwägungen entspringenden Überlegungen zu einer Fortführung von geheimer Ermittlungstätigkeit zählen kann, dürfte selbstverständlich sein. Ob der Hinweis des § 110b Abs. 3 StPO für V-Leute in Abwägung zu den beeinträchtigten Grundrechten des Bürgers verfassungsgemäß ist, ist schon zweifelhaft. Die Berechtigung einer solchen Argumentation bei anderen geheim agierenden potenziellen Zeugen ist jedenfalls nicht erkennbar. Ebenso inakzeptabel ist die Gleichsetzung der allgemeinen Gefährlichkeit geheimer Ermittlungstätigkeit mit der angeblichen Legitimation, sich der staatsbürgerlichen Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung vor dem Strafgericht zu entziehen.

55 Soll nicht bereits diese allgemeine Konstellation der Geheimermittlung ausreichender Anlass sein, ist die **Außergewöhnlichkeit der Leibes- und Lebensgefahr für den geheim agierenden Ermittler** dezidiert darzulegen. Die sehr weiten Maßstäbe polizeilicher Gefahrenanalysen sind nicht mit denen der legitimen Einschränkung prozessualer Rechte identisch. Nicht

¹¹¹ BT-Drucks. 12/989, S. 42.

¹¹² BGH, NJW 1995, 2569.

¹¹³ BGH, NJW 2007, 3010.

¹¹⁴ BVerfG, v. 19.08.86, juris Rn. 61; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.08.2012, juris Rn. 4; KK-Nack, § 96 Rn. 1.

¹¹⁵ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 1036 m.w.N.

¹¹⁶ BGHSt 30, 90; BGHSt 36, 164; BVerfGE 57, 285; BVerfG, NJW 2010, 925 f.; BVerwG, BeckRS 2009, 35992.

¹¹⁷ S. z.B. OLG Frankfurt, StV 1983, 54; BVerfG, NJW 2010, 925 f.

jede – angebliche – kraftmeierische Drohung trägt bei kritischer Würdigung die Potenz einer realen Lebensgefahr für einen V-Mann in sich. Nicht jeder realistisch zu erwartende Faustschlag in das Gesicht eines decouvierten Ermittlers ist eine Lebensgefahr, die mit dem Wohl und Wehe des Staatstaatswesens gleichgesetzt werden kann. Eine realistische Gefährdung eines potenziellen Zeugen muss sich an kriminalistischen Erfahrungssätzen messen lassen. Ist beispielsweise der Täter im Rahmen eines Drogenhandels festgenommen worden, so dürfte von ihm regelmäßig keine unmittelbare Gefahr gegen Dritte mehr ausgehen. Wenn Sperrerklärungen in dieser Situation auf die Begründung zurückgreifen, dass ein Zeuge mit Repressionen der hinter dem Festgenommenen stehenden Organisationen zu rechnen habe, entspricht diese Rachetheorie zumeist nicht der Realität der deutschen Kriminalitätsszene. Für von der Polizei gemutmaßte Organisationen (und seien sie im fernen Kolumbien) ist der unmittelbar vor Ort gefasste Drogenhändler „verbrannt“. Es gibt Nachfolger, die seine Rolle übernehmen, weshalb es auch keinen Anlass gibt, Solidarität mit dem Inhaftierten bis hin zur Begehung von Kapitaldelikten zu zeigen.

Wer mit dem Kern der Regelung des § 96 StPO ernst machen will, muss in einer Sperrerklärung daher eine dezidierte und nachvollziehbare Begründung erwarten. Diese wird das Innenministerium jenseits der üblicherweise verwandten pauschalen Satzbausteine nicht leisten können.

56 Das Strafgericht soll an eine den formellen Anforderungen entsprechende Sperrerklärung gebunden sein¹¹⁸. Dies gilt allerdings nicht für eine unwirksame Sperrerklärung, die sich erkennbar nur in formelhaften Wendungen erschöpft, den Wesenskern der tangierten angeklagten Rechte nicht einmal andeutungsweise erkennt oder deren Begründung auf einer offensichtlich unrichtigen Tatsachengrundlage oder einer unzutreffenden Rechtsauffassung beruht.¹¹⁹ Der Zeuge ist nicht unerreichbar. Das Gericht kann dann alle Zwangsmaßnahmen bis hin zur Durchsuchung der betroffenen Behörde durchführen, um seiner Aufklärungspflicht nachzukommen.

VII. Zeugenschutzprogramme

57 Die Ermittlungsbehörden haben einen weiteren Weg fruchtbar gemacht, um der Verteidigung die Möglichkeit einer effektiven konfrontativen Befragung zu entziehen. Diese potenziellen Zeugen sind zwar keine geheim agierenden Ermittlungshelfer. Unter dem Etikett der durch die Straftat gefährdeten „Opfer“ ergibt sich gleichzeitig eine bis in die Hauptverhandlung hineinragende Kooperation zwischen Zeugen und Polizei.

Anlass der Kooperation ist häufig die Einschätzung der Ermittlungsbehörden, dass aufgrund der eigenen Ermittlungsergebnisse ein potenzieller Zeuge (weiterhin) Gefahr läuft, Opfer der Kontinuität einer Straftat zu werden. Wenn diese Person durch bestimmte Maßnahmen zusätzlich vor diesen Gefahren geschützt wird, entspricht dies den genuinen polizeilichen Aufgaben der Gefahrenabwehr. Sollte jede dieser ausgemachten Gefährdungen zur **Optimierung des Schutzes** führen, müsste die Polizei jährlich hunderttausende von Zeugenschutzprogrammen auflegen. Tatsächlich realisiert sie den besonderen Aufwand eines Zeugenschutzprogramms, der von der Veränderung des Wohnortes über komplett neue Identitäten zu kostspieligen Manövern führt, nur unter dem Blickwinkel der ihr genehmen Gestaltung eines späteren Strafprozesses. Unmittelbar gewährte Vorteile an den Zeugen verknüpfen sich mit deutlichen polizeilichen Erwartungshaltungen an den Inhalt einer Aussage, das Programm selbst entwickelt ein Geflecht gegenseitiger Erwartungen und Verpflichtungen.

58 Die rechtlichen Grundlagen für das polizeiliche Agieren sind schmal. Bis auf wenige Regelungen des **Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes** (zu Identitätsänderungen, finanziellen Zuwendungen oder Datenschutz) existieren keinerlei rechtliche Vorgaben für dieses Phänomen eine Einladung für Polizeibehörden zur unüberprüfbaren Fixierung rechtlich relevanter Sachverhalte. Die Maßnahmen zu Aufnahme und Beendigung des Zeugenschutzprogramms sind in ihrer rechtlichen Qualifizierung ungeklärt (begünstigender VA?). Die Justiziabilität des Verhältnisses Zeuge/Polizei wird beschworen. Auch von ihren Verfechtern wird angesichts der hohen Geheimhaltungsbedürfnisse, der Abschottung der Polizeibehörden und der belastenden Wohlverhaltensklauseln hieraus resultierende Ansprüche als „in der Lebensrealität nicht problemlos durchsetzbar“ anerkannt.¹²⁰

Es werden Zusagen auch hinsichtlich der Verschwiegenheit gemacht, die man meint, später nicht einhalten zu müssen. Soweit derartige Zeugen tatsächlich in ihrer Rolle vor Gericht erscheinen, ist ihre Vernehmung durch die Verteidigung von der Aufdeckung der besonderen Interessensituation geprägt. Das ZSHG konstituiert keine von der StPO abweichenden Regelungen, sieht allenfalls eine Geheimhaltungspflicht des Teilnehmers des Zeugenschutzprogramms entsprechend dem Verpflichtungsgesetz vor. Die Verpflichtungserklärung führt in einem Strafprozess allerdings nicht zu einem Aussageverweigerungsrecht.¹²¹

Der Einfluss des Programms auf das Zeugenverhalten ist subtilerer Natur. Die Details der die Aussage potentiell beeinflussenden Umstände des Zeugenschutzprogramms sind durch Fragen aufzudecken, damit eine sinnvolle Beurteilung ihrer Glaubhaftigkeit erfolgen kann. Fragen zu Maßnahmen des Zeugenschutzprogramms sind nicht per se ungeeignet und damit unzulässig,¹²² sie sollten daher gestellt werden. Dass damit der polizeilich intendierte Schutz weitgehend aufgeweicht wird, ist die rechtlich notwendige Konsequenz.

¹¹⁸ BGHSt 29, 109, 112.

¹¹⁹ BGHSt 33, 178; 38, 237; BVerfGE 57, 250.

¹²⁰ Mischkewitz, Das staatliche Zeugenschutzprogramm in Deutschland, S. 73.

¹²¹ BGHSt 50, 318, 327.

¹²² BGHSt 50, 318, 322..

59Für die Verteidigung problematisch ist allerdings die Situation, in der die Ermittlungsbehörden auch diesen Zeugen der Verteidigung vorenthalten. Dies kann faktisch erfolgen, indem der Zeuge im Zusammenhang mit der Aufnahme in das Zeugenschutzprogramm bereits eine Aussage – möglichst eine richterlich protokollierte – tätigt und nach Durchführung des Programms und Übersiedlung ins Ausland bedauerlicherweise „außer Kontrolle“ gerät und damit für das Verfahren unauffindbar bleibt. Stehen die Polizeibehörden zu einem kontinuierlichen Kontakt zum geschützten Zeugen und erscheint ein vorhandenes Vernehmungsprotokoll für das gewünschte Ergebnis des Strafprozesses eher förderlich als eine kritische Befragung durch einen Verteidiger, mündet die polizeiliche Sorge um die Gefährdung des Lebens ihres Zeugen durch den Angeklagten oder dessen Freunde ebenfalls in einer Sperrklärung.

B. Das Prozessverhalten der Verteidigung

60Die Idee der Polizei ist, den verdeckt agierenden Agenten heimlich auf- und ebenso heimlich wieder abtauchen zu lassen. Erscheint entgegen dieser Konzeption der geheim im Ermittlungsverfahren agierende Ermittler, V-Person oder Hinweisgeber als offener Zeuge in der Hauptverhandlung, hat die Verteidigung sich zwar bei der Befragung auf einen Zeugen einzustellen, der bei seinen Antworten in besonderer Weise die polizeilichen Belange stützen wird. Die grundsätzliche Struktur des Befragungsverhaltens durch die Verteidigung ist aber unverändert.

Das Prozessverhalten ist zu modifizieren, wenn diese Struktur durchbrochen wird, d.h., wenn der Zeuge der Verteidigung ganz oder zum Teil entzogen wird. Der komplexe rechtliche Hintergrund dieser Prozesskonstellation muss die Verteidigung zu einem höchst differenzierten Verhalten veranlassen.

Abstrahierend lassen sich unterschiedliche Stufen und Modifikationen von Verteidigungsverhalten feststellen.

I. Notwendigkeit der Anhörung des Zeugen

61Front- und Solidaritätslinien verlaufen im Gerichtssaal möglicherweise ungewöhnlich, wenn es um die Frage geht, ob ein in der Akte auftauchender V-Mann auch als Zeuge vor Gericht zu erscheinen hat. Ist es das Ziel der Verteidigung, den **V-Mann konfrontativ zu befragen**, besteht der erste Taktik dieser Strategie darin, das Gericht von der Notwendigkeit einer solchen Befragung zu überzeugen.

Der Wille des Gerichts, zur Umsetzung seiner Aufklärungspflicht alle Anstrengungen zu unternehmen, kann regelmäßig nur dann aktiviert werden, wenn die Verfahrensrelevanz möglicher Aussagen dieses Zeugen verdeutlicht wird. Richter werden die auf sie zukommenden Mühen scheuen, wenn die Beweisstruktur der Anklage darauf ausgelegt ist, Straftaten ohne die Involvierung des V-Mannes nachzuweisen. Sind möglicherweise insoweit relevante Taten nach § 154 StPO eingestellt, konzentriert sich die Anklage auf die gravierende Straftat, bei der der Angeklagte in unmittelbarem Tatzusammenhang – möglicherweise noch im Besitz der inkriminierten Sache – festgenommen worden ist. Dort scheint der Verzicht auf den im Umfeld dieser Verhaftung geheim agierenden V-Mann naheliegend. Auf der anderen Seite unentbehrlich wäre der V-Mann als Zeuge in einer Konstellation, bei der allein er Wahrnehmungen zu Straftaten des Angeklagten gemacht hat oder er allein über Hinweise des Angeklagten zu früheren Straftaten berichten kann.

62Die **Glaubwürdigkeit eines verdeckten Agenten** ist angesichts der Ermittlungskonstellation zwangsläufig ein wichtiges Prozessthema: die „private“ V-Person ist per se von antisozialen Aussagemotiven getragen; der langhaarige und überzeugend tätowierte V-Mann des Polizeidienstes darf sich stets die Frage nach seiner anderweitigen innerbehördlichen Verwendung stellen, wenn er nicht „funktioniert“ oder gar „verbrannt“ ist.

63Die **Relevanz von Wahrnehmungen des V-Mannes** lassen sich häufig angesichts des komplexen rechtlichen Hintergrunds und hieraus resultierenden rechtlichen Folgen für das Strafverfahren verdeutlichen: Unabhängig von der rechtlichen Einordnung eines Verfahrenshindernisses oder der Strafzumessungslösung erschließt sich die Relevanz für jeden Richter hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit ein V-Mann als Lockspitzel animierend tätig geworden ist. Regelmäßig kann – neben dem eigenen Mandanten – ausschließlich der V-Mann selbst hierüber präzise Antworten geben. Dasselbe gilt für die Frage, ob der V-Mann unter unzulässiger Umgehung der §§ 136, 136a StPO in Gesprächen mit dem Angeklagten dessen Recht der Selbstbelastungsfreiheit verletzt hat. Verfahrensrelevante Fragen, die ausschließlich der V-Mann beantworten kann, drängen sich auch auf, wenn es um die Einschätzung der tatsächlichen Gefährdung des V-Mannes bei seiner möglichen Enttarnung geht oder aber einer der zahlreichen Voraussetzungen, bei denen insbesondere der EGMR den Einsatz eines verdeckten Ermittlers als kritisch ansieht.

64Der Weg für eine solche **Überzeugungsbildung** kann unterschiedlich sein:

Schon im **Vorfeld einer Hauptverhandlung** kann die Verteidigung durch **Schriftsatz die Notwendigkeit der Anhörung des V-Mannes** aktenkundig machen. Zur Verdeutlichung des eigenen Anliegens können auch Erklärungen gemäß § 157 Abs. 2 StPO nach Anhörung der ersten Zeugen beitragen. Bereits hier kann betont werden, dass die offen agierenden Polizeibeamten als Zeugen lediglich einen Bruchteil des entscheidungsrelevanten Geschehens vermitteln können und ausschließlich der V-Mann selbst Aufklärung verspricht.

Die **Verdeutlichung einer möglicherweise unzulässigen Provokation** lässt sich am ehesten durch die Einlassung des eigenen Mandanten transportieren. Allein die verlesene schriftliche Erklärung reicht hier aus, um dem Gericht ausreichende Hinweise zu geben, inquisitorisch den Sachverhalt zum Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation auszuleuchten.

Lässt sich das Gericht nicht überzeugen, verbleibt die **Wahrnehmung der Teilhaberrechte der Verteidigung**. Es ist ein **Beweisantrag** mit dem Ziel zu formulieren, das Gericht zur Ladung des V-Mannes zu veranlassen. Dabei sollte die in das Wissen des V-Mannes gestellte Beweisbehauptung möglichst umfassend formuliert werden. Die Zurückweisung des Antrages durch Wahrunterstellungen oder dem Hinweis, Sachverhalte seien bereits erwiesen, werden minimiert, wenn tat- und verfahrensrelevante Wahrnehmungen des V-Mannes behauptet werden, die auf den Verfahrensgang, die Beweiswürdigung oder die Strafzumessung zumindest mittelbare Auswirkung haben müssen. Auch die **Zurückweisung des Antrages wegen Unerreichbarkeit des Zeugen** wird erschwert, wenn die Konsequenzen des unter Beweis gestellten Sachverhaltes sogar in der Annahme von Verfahrenshindernissen oder gravierenden strafmindernden Aspekten gesehen werden kann. Ist die Rolle für das Verfahren essentiell, hat das Gericht in besonderem Maße Anstrengungen zu unternehmen, den Zeugen vor Gericht zu bringen, bevor er endgültig als unerreichbar qualifiziert werden kann.

65 Verweigert das Gericht dem Verteidigungsinteresse jegliche Gefolgschaft, verbleibt der Verteidigung durch Präzisierung ihrer Anträge nur die Möglichkeit, zur Vorbereitung einer Revisionsrüge Versäumnisse des Gerichts angesichts des gemutmaßten Wissensstandes des V-Mannes vorzubereiten.

II. Aufdeckung der Identität

66 Wenn das Gericht von der **Notwendigkeit der Vernehmung des bislang unbekanntes V-Mannes** überzeugt ist, hat es sich um sein Erscheinen zu bemühen. Seine Identität wird dem Gericht nicht bekannt sein, so dass eine entsprechende Anfrage an die Ermittlungsbehörden erfolgen wird. Allein das Interesse von Staatsanwaltschaft und Polizei, den Zeugen geheim zu halten, ist für das Gericht irrelevant. Mögliche Vertraulichkeitszusagen können die Staatsanwaltschaft binden, sind aber für das unabhängige Gericht irrelevant.¹²³

Das Szenario sieht dann regelmäßig eine Sperrerklärung des Innenministeriums vor, an das das Gericht nach § 96 StPO gebunden sein soll.¹²⁴ Sind die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts erschöpft, kann es ohne Verstoß gegen das Aufklärungsgebot untätig bleiben. Ein Beweisantrag der Verteidigung kann wegen **Unerreichbarkeit des Zeugen** abgelehnt werden.

67 Versperrt ist dieser Weg, wenn konkrete Hinweise auf die Identität des von den Behörden verborgenen Zeugen bestehen. Die Aufklärungspflicht lebt wieder auf, eine Sperrerklärung hindert das Gericht nicht, tatsächlich mögliche Beweiserhebungen auch durchzuführen. Die verwaltungsrechtliche Sperrerklärung begründet kein strafprozessuales Beweisverbot.¹²⁵

68 **Recherchen der Verteidigung außerhalb der Hauptverhandlung** – und sei es mit Privatdetektiven – können konkrete Anhaltspunkte für die tatsächliche Identität des versteckt gehaltenen Zeugen ebenso erbringen wie geschickte Fragen gegenüber Zeugen aus dem Umfeld des Phantoms. Insbesondere in Kombination mit dem Wissen des eigenen Mandanten lässt sich unter Umständen in einen Beweisantrag der Zeuge derart weitgehend individualisieren, dass das Gericht zu dessen Ladung gehalten ist. Ausreichend für die Zulässigkeit des Beweisantrages ist es auch hier nach allgemeinen Regeln, wenn die Verteidigung die benannte Identität des V-Mannes für möglich hält.

Ist der **verdeckt agierende Zeuge enttarnt**, hat er den allgemeinen Zeugenpflichten nachzukommen. Die schützende Hand der Behörde kann ihre Wirkung auch nicht über die Versagung einer Aussagegenehmigung nach § 54 StPO entfalten; mit den Spezialvorschriften der §§ 110 ff., 96 StPO ist nach dem Willen des Gesetzgebers dieser Weg der Sperrung ausgeschlossen.

III. Rechtsmittel gegen Sperrerklärung

69 Bestehen Bindungen des Strafrichters nur hinsichtlich rechtsfehlerfreier Sperrerklärungen, kann es ein sinnvolles Ziel der Verteidigung sein, diese Bindungswirkung durch Feststellung der Rechtswidrigkeit der Erklärung zu beseitigen. Sein Recht muss der Mandant allerdings außerhalb des Strafprozesses suchen. Zulässig ist allein der Verwaltungsrechtsweg.¹²⁶

Dabei ist beachten, dass die **Sperrerklärung kein Verwaltungsakt** ist.¹²⁷ Auch wenn sie den Mandanten und seine Belange faktisch reflexartig berühren, handelt es sich nach den Maßstäben des Verwaltungsrechts um eine interne Weisung des Ministeriums an die aktenführende Behörde. Da diese Anweisung in ihrem Effekt den Mandanten in seinem Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren beeinträchtigt, kann er die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme durch Verwaltungsgerichte überprüfen lassen. Angesichts des drohenden Rechtsverlustes im laufenden Strafprozess ist Eile geboten. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hält daher die Wahrnehmung des Mandantenbegehrens im Eilverfahren durch den Antrag

¹²³ BGH bei Cirmiak/Zimmermann, NStZ-RR 2014, 99.

¹²⁴ BGHSt 29, 109, 112.

¹²⁵ BGH, NStZ 2003, 610.

¹²⁶ Der Weg soll sogar der Staatsanwaltschaft eröffnet sein: Ellbogen, NStZ 2007, 310 ff.

¹²⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 35 Rn. 132.

auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO für zulässig.¹²⁸ Zumindest im Verlaufe einer mehrtägigen Hauptverhandlung im Strafverfahren besteht damit eine realistische Chance der Verteidigung, die hinderliche Bindungswirkung der Sperrklärung zu beseitigen.

Die **verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Sperrklärung** ist allerdings nur eine kursorische. Das grundlegende Anliegen der Verteidigung, einen Verstoß gegen Grundsätze der Verfassung und der MRK dazustellen, wird regelmäßig dadurch erschwert, dass die Verwaltungsgerichte allenfalls eine Plausibilitätskontrolle vornehmen. Es reicht regelmäßig aus, wenn das Innenministerium in dieser Erklärung Gründe geltend gemacht und im Rahmen des Möglichen belegt hat, dass die Sperrung nach den in § 96 StPO aufgeführten Hinderungsgründen unumgänglich sei. Die Geheimhaltungspflichtigkeit der Benennung des V-Mannes muss allenfalls „einleuchtend“ dargelegt werden.¹²⁹

In Ergänzung fordert die neuere Rechtsprechung, dass die Sperrklärung auch deutlich machen muss, dass das Innenministerium sich des gravierenden Ausmaßes der Beeinflussung des Strafverfahrens bewusst sein muss und dies dennoch für gerechtfertigt erachtet. Andererseits: Auch wenn der „*hohe Rang der gerichtlichen Wahrheitsfindung*“ durch den Strafrichter bei diesen Abwägungen besonders betont wird, begnügen sich Verwaltungsgerichte oft mit rudimentären Hinweisen auf die angebliche Gefährdung des verdeckt gehaltenen Zeugen, die Notwendigkeit seiner Wiederverwendung und sogar das öffentliche Interesse zur Gewinnung neuer V-Leute durch Einhaltung der Vertraulichkeitszusage gegenüber alten V-Leuten zu dokumentieren.

70 Sehr viel erfolgversprechender ist die Argumentation der Verteidigung, eine **Sperrklärung widerspreche** in der Totalität der Vorenthaltung des Zeugen **dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**.

Hier orientiert sich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung sowohl an den Vorgaben des EGMR als auch an den neuen prozessualen Möglichkeiten audiovisueller Vernehmungen im Strafprozess. Angesichts der speziellen strafprozessualen Schutzmöglichkeiten eines zu vernehmenden Zeugen – von der Verweigerung der persönlichen Angaben, § 68 Abs. 3 StPO, über die audiovisuelle Vernehmung, § 247a StPO, über den Ausschluss des Angeklagten, § 247 StPO, bis hin zum Ausschluss der gesamten Öffentlichkeit, § 172 GVG, und den vom BGH propagierten weiteren Möglichkeiten der Verfremdung und Tarnung des Zeugen bei seiner Vernehmung fordert die Verwaltungsrechtssprechung konkrete Erklärungen dazu, warum diese Maßnahmen zum angestrebten Schutz des Zeugen nicht ausreichen sollen. Bedenken des Innenministeriums, der getarnte Zeuge könne allein durch die Art seiner Antworten ungeschickt oder unbewusst Anhaltspunkte für eine gefährdende Enttarnung geben, werden seitens der Verwaltungsgerichte strafprozessuale Hilfsmittel entgegengehalten: Zum einen könnten durch den Vorsitzenden nach § 68a Abs. 2 Satz 1 StPO enttarnende Fragen zur Glaubwürdigkeit des Zeugen vom Vorsitzenden zurückgewiesen werden. Zum anderen kann der als Zeuge zu hörende V-Mann sich – möglicherweise durch seinen eigenen Führungsbeamten – der Unterstützung eines Zeugenbeistandes versichern. Da verdeckt agierende Agenten weitgehend unter staatlicher Kontrolle – insbesondere des Führungsbeamten – stehen, könne dieser sehr effektiv die mögliche Gefährdung des Zeugen durch Befragungen beurteilen.¹³⁰

71 Mit jeder – auch verdeckten – konfrontativen Vernehmung offeriert der Zeuge sicherlich durch seinen Sprachduktus, seine Mimik und seine Gestik individuelle Eigenschaften, die ein Element zu seiner Individualisierung darstellen können. Für den polizeilich eingesetzten Agenten, der regelmäßig hinsichtlich seiner wahren Identität dem Mandanten völlig unbekannt ist, sind dies allerdings keine Informationen, die an die tatsächliche Identität heranzuführen können. Anders ist dies möglicherweise bei Mittätern, die als Kronzeugen auftauchen und im Rahmen eines Zeugenschutzprogramms gedeckt werden. Allerdings handelt es sich hierbei zum einen um eine in ihrer Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit reduzierte Gruppe von Zeugen.¹³¹ Zum anderen ist die Identität dieser Zeugen dem Mandanten ohnehin bekannt; Schutzmaßnahmen können allenfalls im Hinblick zukünftiger befürchteter Übergriffe denkbar sein und sich gerade nicht auf das Verbergen der Identität richten.

Mit der **Entscheidung auf dem Verwaltungsgerichtsweg** besteht damit für die Verteidigung eine realistische Aussicht, den bislang verdeckt agierenden Zeugen unmittelbar – wenn auch mit Einschränkungen – zu befragen.

IV. Vernehmung des getarnten Zeugen

72 Die Vernehmung des getarnten Zeugen stellt die Verteidigung vor inhaltliche Herausforderungen. Der Typ des Zeugen ist ein besonderer, sein Umgang im kriminellen Milieu hat ihn geprägt. Der Verteidiger ist sein erklärter Feind, der ihm zukünftige Arbeit erschweren oder sogar unmöglich machen kann. Die VP bangt um ihren guten Ruf und die Verdienstmöglichkeiten. Der VE hat den Geheimkodex seiner Abteilung bis in die tiefsten Hirnwindungen verankert. Unter dem Deckmantel der – u.U. freundlichen – Aufklärungsbereitschaft wird dem Verteidiger der unbedingte Wille zur Verschleierung entgegentreten.

Um so deutlicher muss der Verteidiger die Berechtigung ungewöhnlicher Fragestellungen durch die ungewöhnliche Persönlichkeit des Zeugen darlegen. Werden nur effektive V-Leute zum Einsatz ausgewählt, muss die Aufdeckung ihrer u.U. histri-

¹²⁸ Hessischer VGH, StraFO 2013, 330 ff.

¹²⁹ BVerwGE 75, 1; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.08.2012 – juris Rn. 4.

¹³⁰ Hessischer VGH, StraFO 2013, 334.

¹³¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 28.08.2012, Beck RS 2012, 57108.

onischen Persönlichkeitszüge gestattet sein. Selbst entfernte Motive einer Falschaussage gilt es ebenso zu klären wie die Verankerung des Zeugen im Polizeiapparat und die hieraus resultierenden Interessen.¹³²

73 Die Tarnung des Zeugen erschwert den Kommunikationsfluss vehement. Sie kann rechtlich eine Maßnahme sein, die zwar eine erhebliche Beschränkung der Fragemöglichkeit darstellt, im Abwägungsprozess allerdings als ausreichende Maßnahme bewertet werden kann, der unmittelbaren Befragung entgegenstehende Interessen zu kompensieren.¹³³ Haben EGMR und BGH grundsätzlich diese Kompensation für denkbar erklärt, fehlt es aktuell noch an einer ausreichenden Fixierung der Art und Weise der Tarnung des Zeugen. Nach den wenigen Vorgaben des EGMR ist eine Reduzierung der Vernehmung allein auf die Akustik nicht ausreichend. Dies wurde ausdrücklich in einer Konstellation hervorgehoben, in der ein Angeklagter und seine Verteidigung eine richterliche Vernehmung lediglich von einem Nebenraum aus zuhören und auch nur auf diesem Weg Fragen stellen konnten.¹³⁴ Ein optischer Eindruck von dem unmittelbar auf die Frage reagierenden Zeugen ist der **Minimalstandard für eine ernsthafte konfrontative Befragung**.¹³⁵ Ob eine sogenannte **Sichtblende**, wie dies der EGMR im Einzelfall bejahte,¹³⁶ tatsächlich ausreichend ist, hängt von den konkreten technischen Gegebenheiten ab. Der optische Eindruck eines „**Scherenschnitts**“ lässt nur noch minimale körperliche Reaktionen erkennen. Eine effektive Befragung verlangt demgegenüber auch die Wahrnehmung der Mimik. Gerade die Videovernehmung eröffnet weitere technische Möglichkeiten, den Kommunikationsprozess zu verfremden und damit zu verändern. Hält man mit dem BGH eine elektronische Verfremdung sowohl der Gesichtszüge als auch der Stimme für zulässig,¹³⁷ verbleibt für den Kommunikationsprozess wenig, was über einen akustischen Eindruck hinausgeht.

74 Geht die Vorgabe einer Sperrerklärung oder einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung lediglich dahin, die **Identität eines unmittelbar zu befragenden Zeugen nicht aufzudecken**, lohnt für die Verteidigung ein Kampf um die Details der Tarnungsmittel im Vorfeld der Befragung. Konkrete Anordnungen des Vorsitzenden können nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet und Alternativen aufgezeigt werden, die dem Konfrontationsgebot eher gerecht werden.

75 Reduziert das Gericht die Konfrontation auf eine **verzerrte Videovernehmung**, kann es sinnvoll sein, vorab einen Testlauf zu beantragen. Nur so lässt sich möglicherweise eine Adaption an die für jedermann ungewohnten Bedingungen und im Ergebnis der Erhalt der Spontaneität der Befragung gewährleisten. Nur so lässt sich auch rechtzeitig kritisieren, dass konkrete optische Verzerrungen die Informationen zum Gesprächspartner auf Null reduzieren oder die akustische Verzerrung praktisch zu einer fehlenden Verständlichkeit führt.

76 In der endgültigen Vernehmungssituation selbst wird die Verteidigung bemüht sein, alle diejenigen Vorteile umzusetzen, die ihr bei einer „normalen“ Konfrontation an die Hand gegeben sind. Die Verdeutlichung der Kommunikationsdominanz durch den Fragesteller dürfte allerdings insofern etwas schwerfälliger werden, als die vorhandene Tarnung die Selbstsicherheit des – insbesondere polizeilichen – Zeugen dramatisch erhöht. Da der Zeuge und alle ihn stützenden Verfahrensbeteiligten – vom Zeugenbegleiter über den Staatsanwalt bis hin möglicherweise zum Vorsitzenden – ihre besondere Aufmerksamkeit auf mögliche unzulässige Fragen nach allgemeinen Einsatzvoraussetzungen der Polizei ausrichten und mit permanenten Einwendungen den Kommunikationsfluss unterbrechen, sollte ein solcher Fluss mit vorbereiteten „harmlosen“ Fragen zunächst in Gang gebracht werden. Erst wenn trotz aller technischen Hindernisse ein ausreichendes Kommunikationsgefühl auf allen Seiten produziert worden ist, empfiehlt sich die Befragung zu den von jedermann erkennbaren problematischen Feldern.

77 Im Übrigen ist darauf zu achten, dass über die **Verfremdungen** hinaus die üblichen Standards einer Videovernehmung nicht herabgesetzt werden. Dazu gehört, dass sich die Verteidigung durch einen Kameraschwenk einen Eindruck von dem Raum und anderen Anwesenden im Vernehmungszimmer macht. Dazu gehört allerdings auch die explizite Zusicherung des für die technische Durchführung Verantwortlichen (zumeist eines Polizeibeamten), dass jedenfalls aus technischen Gründen die Kontinuität der Vernehmung gewährleistet ist. Bekanntlich ist die Versuchung der die Videoübertragung beherrschenden Ermittlungsbehörden groß, bei sich unangenehm entwickelnden Fragesituationen unter dem Vorwand technischer Probleme die Übertragung schlicht zu unterbrechen.¹³⁸

V. Schriftlicher Fragekatalog

78 Ist eine **zeitgleiche Kommunikation durch optisch oder akustisch vermitteltes Fragen und Antworten nicht möglich**, ist die Wahrnehmung des Konfrontationsrechts vollständig vereitelt. In besonderen Konstellationen der Gefährdung eines Zeugen anerkennt der EGMR allerdings, dass zumindest teilweise eine Kompensation – und damit das Tor zur Bewertung eines insgesamt fairen Verfahrens – eröffnet wird, wenn der in der Hauptverhandlung gesperrte Zeuge veranlasst werden kann, eine schriftliche Beantwortung eines von der Verteidigung eingereichten Fragekatalogs vorzunehmen.¹³⁹ Die Verteidigung muss sich daher darauf einstellen, dass ein Gericht trotz der Proteste des Angeklagten nur diesen Weg der Fragestellung für zulässig erachtet.

¹³² Eisenberg, GA 2014, 418 ff.

¹³³ Detter, StV 2006, 544 ff.

¹³⁴ Van Mechelen ./ Niederlande, StraFO 1997, 239; Visser ./ Niederlande, StraFO 2002, 160.

¹³⁵ Weider, StV 2000, 48 ff.; Norouzi, JuS 2003, 434; Walter, StraFo 2004, 224 ff..

¹³⁶ Romanov ./ Russland, v. 24.07.2008; Arccardi u.a. ./ Italien, v. 20.01.2005.

¹³⁷ S. z.B. BGH, StV 2002; 639, BGH, StV 2006, 682.

¹³⁸ S. zu einem Beispiel Sommer, Effektive Strafverteidigung, S. 3 ff.

¹³⁹ S. z.B. EGMR Sapunarescu ./ Deutschland, StraFo 2007, 107.

79 Die Reaktion der Verteidigung kann in einer Verweigerung bestehen. Auf diesem Wege kann besonders drastisch deutlich gemacht werden, dass schriftliche Fragekataloge nicht einmal ansatzweise einen Ersatz für die unmittelbare Befragung darstellen. Die Verteidigung kann begründen, dass Essentiale der konfrontativen Befragung gerade die Spontaneität ist. Der **Sinn der konfrontativen Befragung** („examine the witness“) besteht gerade darin zu testen, ob die von ihm produzierte Geschichte standhält, wenn in einer unmittelbaren Reaktion auf Fragen bislang nicht erwähnte Details angesprochen oder dem Zeugen nicht geläufige Perspektivwechsel vorgenommen werden. Wird die Zeugenaussage reduziert auf die fern jeder Spontaneität abgewogene Sachverhaltsdarstellung und lassen sich Vorhaltungen ohne jeden Druck zu einem schlüssig erscheinenden Gebilde formen, tendieren die Überprüfungsmöglichkeiten des Fragestellers gegen Null.

Schlichte Verweigerungshaltungen sind allerdings im auf Teilhabe ausgerichteten Strafprozess selten eine optimale Verteidigungsoption. Sinnvoller erscheint es, die Unzulänglichkeiten der **Methode des Fragenkataloges** drastisch herauszustreichen, um anschließend den verbleibenden Spielraum zu nutzen.

80 Fragenkataloge gelingen allerdings nur, wenn sich der Fragesteller der beschränkten Möglichkeiten dieser Methode bewusst ist. Fragen, die auf Verwirrung und Ausnutzung einer emotionalen Befindlichkeit des Zeugen gerichtet sind, scheiden ebenso aus wie die allein einer unmittelbaren Kommunikation vorbehaltene Technik der Anschlussfragen. Es verbleibt letztlich die Möglichkeit des konkreten Abfragens der Erinnerung an blanke Fakten. Dabei muss sich die Verteidigung darüber im Klaren sein, dass der verdeckte Zeuge seine geschützte Situation primär als Bühne für den Anklagevorwurf verstanden wissen will. Er wird allein „seine“ Geschichte ungestört präsentieren und sie im Hinblick auf kritische Vorhalte schlüssig modifizieren. Die Chance der Verteidigung besteht darin, vom Zeugen bislang nicht beachtete Themenfelder aufzugreifen.

Hier bieten gerade Ermittlungsakten unter der Verwendung von geheim agierenden Agenten ein zahlreiche Anhaltspunkte. Im Bemühen um die Schlüssigkeit der Darstellung einer Gesamtgeschichte der Kriminalität des Angeklagten wird selektive Informationspolitik betrieben. Den Ermittlungsbehörden unpassend erscheinende Elemente werden mit der inneren Rechtfertigung der angeblichen fehlenden Relevanz dem Leser der Akte vorenthalten. Eher hat die Verteidigung in seinem eigenen Mandanten oft eine wertvolle Informationsquelle. Auch wenn er als Angeklagter schweigt, erfährt der Verteidiger bei einer intensiven internen Aufarbeitung des Sachverhalts vieles über das Auftreten des Zeugen, das ihn im Gegensatz zu seiner eigenen Darstellung zumindest an den Rand eines Agent provocateur bringt, oder seinen Einsatz grundsätzlich fragwürdig erscheinen lässt, weil auch aus Sicht eines kritischen Polizeibeamten zu Beginn des Einsatzes nicht ernsthaft von einem Anfangsverdacht gegen den Mandanten gesprochen werden konnte.

81 Wie sich der Zeuge zu ihm **erstmalig vorgehaltenen Sachverhaltselementen** verhält, ist schwer zu kalkulieren. Aus diesen Gründen empfiehlt sich eine Fragestellung, die zumindest eine erste Reaktion des getamten Zeugen abfragt und die jedermann evidente Notwendigkeit eines weiteren Fragekataloges offen hält.

Wenn z.B. der Mandant dem Verteidiger mitteilt, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt wenige Tage vor der angeklagten Tat eines Rauschgifttransportes zu einer erstmaligen Animierung der Tat durch den V-Mann kam, auf der anderen Seite dieses Ereignis in der Akte nicht einmal andeutungsweise erwähnt wird, empfiehlt sich eine Fragestellung, die ohne jedes Eingehen auf den Inhalt des anstiftenden Gesprächs das „ob“ dieser Kommunikation festschreibt. Der Fragenkatalog kann insbesondere dann zu erwartende ausweichende Festlegungen des Zeugen fixieren, wenn weitere Beweismittel dessen Unwahrscheinlichkeit belegen könnten. Ausschließlich dem Mandanten zugängliche Fotos, Tondokumente oder die Namen anderer anwesender Zeugen können von der Verteidigung erst dann thematisiert werden, wenn der Phantomzeuge sich auf eine Sachverhaltskonstellation festgelegt hat.

82 Auch wenn **Identitäten des verdeckten Zeugen** nicht aufgedeckt werden dürfen, ist eine Offenbarung denkbarer Eigeninteressen dieses Zeugen beweisrelevant. Auch abstrakt können Fragen nach dem Dienstgrad und der möglichen anderweitigen Verwendung des polizeilichen verdeckten Ermittlers ebenso gestellt werden wie Fragen zu den aktuellen Lebensumständen, der konkreten staatlichen Finanzierung und anderen Umständen eines Schutzprogramms bezüglich eines verdeckten Zeugen, der außerhalb des Ermittlungsapparates steht.

83 Die Frageform bedarf gerade beim schriftlichen Katalog der besonderen Aufmerksamkeit. Sollen eigene Wissenslücken über den Tatablauf und seine polizeiliche Überwachung geschlossen werden, bieten sich offene Fragen an („*Was haben Sie selbst am Vormittag des 29.05. gemacht?*“). In der Regel ist allerdings zu erwarten, dass der Zeuge offene Fragestellungen zum Ausweichen und Verdecken nutzen wird. Es wird sich daher eine Fragestellung empfehlen, die nur mit einem „ja“ oder „nein“ beantwortet werden kann.

84 Messbare Vorteile wird die Verteidigungsposition durch einen Fragekatalog erst dann verzeichnen, wenn sie sich die Möglichkeit eines „Nachhakens“ durch einen oder mehrere weitere Fragenkataloge eröffnet.

VI. Vernehmung des V-Mann-Führers

85 Nach aktueller Prozesspraxis verbleibt der Verteidigung als Kompensation der fehlenden unmittelbaren Befragung häufig nur der Prozesskontakt zu demjenigen Polizeibeamten, der seinerseits Kontakt zu dem verdeckt gehaltenen Zeugen hat. Die Befragung eines derartigen Polizeibeamten ist allerdings allenfalls die Karikatur einer Konfrontation. Die befragende Verteidigung hat es mit einem Zeugen zu tun, der nichts von dem unmittelbar beweisheblichen Geschehen mitbekommen hat. Er

kann nur das formale notwendige „Einführen“ von Erkenntnissen in den Prozess leisten, indem er über Berichte des geheim gehaltenen Zeugen ihm gegenüber berichtet. Soweit er selbst etwas über die Art und Umfang des Einsatzes eines V-Mannes weiß, wird er sich auf eine fehlende Aussagegenehmigung zu geheimhaltungsbedürftigen allgemeinen Umständen polizeilicher Einsätze zurückziehen. Gericht und Verteidigung haben es somit mit einem Zeugen zu tun, der seinerseits nur Schilderungen eines Unbekannten transportiert, die von dem unbedingten Willen einer Darstellung der Rechtmäßigkeit und Fehlerfreiheit seines Tuns in Situationen getragen sind, die Rechtswidrigkeit oder sogar Strafbarkeit nahe legen. In – zumindest gefühlter – Solidarität zu den Ermittlungszielen seiner Behörde wird es dem V-Mann-Führer darüber hinaus gelingen, alle für eine Fehlerhaftigkeit des Einsatzes sprechenden kritischen Momente auszublenden.

Der V-Mann-Führer ist kaum etwas anderes als ein prozessuales Werkzeug, das die Abschaffung des Grundrechtes der Konfrontation durch die Verteidigung bewirken soll.

86 Das **Minimalziel der Befragung dieses Zeuginstruments** seitens der Verteidigung muss dahin gehen, exakt diesen Effekt offen zu legen. Gerade die Vielzahl der Antworten „das weiß ich nicht“ oder „hierzu habe ich keine Aussagegenehmigung“ dokumentiert die prozessuale Leere, die eine solche Methode hinterlässt. Hat die Mühle der prozessualen Üblichkeiten beim Gericht jegliche Sensibilität für das subjektive Teilhaberecht des Angeklagten an der Beweisaufnahme verschütten lassen, kann die massive Dokumentation des konkreten Falles zu Konzessionsüberlegungen führen.

Die penibel aufgelistete Dokumentation dieser Leere kann der für andere Instanzen nachvollziehbare Ausgangspunkt für Begründungen sein, weitere Zeugen zu laden, Beweisverbote auszusprechen oder sogar Verfahrenshindernisse anzunehmen.

87 Erkenntnisgewinn verspricht die Vernehmung des V-Mannes nur unter denselben Voraussetzungen, die auch ein Fragenkatalog für die Verteidigung fruchtbar werden lässt. Es sind vornehmlich Themenbereiche anzusprechen, die von den Behörden selbst in ihren Dokumentationen bislang ausgeklammert wurden. Verbreitet der V-Mann-Führer hierüber eigene Erkenntnisse, ist zu vertiefen, warum er bislang hierzu geschwiegen hat. Weiß er nichts zu den angesprochenen Themen, weil ihm der verdeckt gehaltene Zeuge hierzu nichts berichtet habe, muss die Konsequenz darin bestehen, den Zeugen zu veranlassen, dies durch seine weiter bestehenden Kontakte zum Zeugen nachzuholen. Notfalls hat die Verteidigung einen Antrag auf Unterbrechung der Vernehmung mit der detaillierten Begründung zu stellen, welche entscheidungsrelevanten ergänzenden Berichte der V-Mann-Führer von dem verdeckten Zeugen einholen soll. Die Fragetaktik kann hier sehr wohl auf eine Wiederholung dieses Vorganges ausgerichtet sein. Ein Minimalverteidigungsziel kann darin bestehen, zumindest den evidenten Verschleierungswillen des verdeckten Zeugen in Kooperation mit den Ermittlungsbehörden zu verdeutlichen.

VII. Aussichten der Verteidigung

88 Der Kampf gegen die Dominanz der Polizei im Strafverfahren muss mit viel Verteidigungsphantasie geführt werden. Allerdings: Selten sind Verteidigungsbemühungen in einem Rechtsstaat so unwirklich ineffektiv und frustrierend wie in der beschriebenen Konstellation. „Das Prinzip vom Vorrang und vom Vorbehalt spielt scheinbar keine Rolle... Der Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit ist aufgegeben... Der heimliche Eingriff in die Privatsphäre des Beschuldigten unter faktischem Ausschluss des Rechtswegs führt aber dazu, dass über ihn kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt und er zum bloßen Objekt staatlicher Gewalt gemacht wird... Genau genommen, dürften solche Verfahren gar nicht erst geführt werden.“¹⁴⁰ Sie werden geführt. Die Verteidigung hat keine Chance, also nutzt sie sie.