

## I. Einleitung

Die Grundrechte sind die Basis jeden Rechtsstaats und damit auch des Strafverfahrens. Werden Sie preisgegeben oder auch nur nicht effektiv befolgt, so droht ein Unrechtsstaat.

Wenn in Strafverfahren Grundrechtsverletzungen erfolgen, so kennt die österreichische Rechtsprechung in ihrem Verständnis der strafprozessualen Rechtsnormen unterschiedliche Möglichkeiten, diese zu beenden. Opfer einer Grundrechtsverletzung iSd Art 34 EMRK bleibt aber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) derjenige, dessen erduldete Eingriffe neben der Feststellung, dass sie geschehen sind, nicht auch innerstaatlich einem gerechten Ausgleich zugeführt werden. Dabei ist die zentrale Frage, in welcher Form ein solcher Ausgleich durchgeführt werden muss, um Gerechtigkeit zu gewährleisten. Die gegenständliche Untersuchung verfolgt das Ziel, einen Weg aufzuzeigen, wie dies erreicht werden kann.

Zu diesem Zweck werden vorerst drei Grundrechtsverletzungen, die wiederholt im österreichischen Strafverfahren vorkommen, in ihrem Wesensgehalt und anhand der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR dargestellt. Es wurden Grundrechtsverletzungen (Staatliche Tatprovokation; rechtswidrige Hausdurchsuchung; Verweigerung des Kontakts des Untersuchungshäftlings mit seinen Angehörigen) ausgewählt, die sich in unterschiedlicher Weise auf den Verlauf bzw das Ergebnis eines Strafverfahrens auswirken können und denen aus diesem Blickwinkel auch ein unterschiedliches Gewicht zugemessen werden kann. Dabei wird auf die Frage der Umsetzung dieser „europäischen“ Vorgaben in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (OGH) eingegangen.

In weiterer Folge wird behandelt, welche Umstände die Opferstellung iSd Art 34 EMRK begründen, insbesondere woraus sich nach der Rechtsprechung des EGMR wie aber auch des OGH die Beschwer des Opfers ergibt und wie diese Opferstellung durch innerstaatliche Maßnahmen unterschiedlicher Art dergestalt ausgeglichen werden kann, dass sie neben ihrer zwingenden Feststellung letztlich entfällt und diese Person damit nicht mehr als Opfer anzusehen ist. Es wird also dargelegt, was die Grundvoraussetzung einer erfolgreichen Individualbeschwerde an den EGMR bzw eines erfolgreichen Erneuerungsantrags an den OGH – nämlich die Opferstellung selbst – aufheben kann. Dabei wird Art 41 EMRK angesprochen und untersucht, ob diese Regelung Auswirkungen auf den Ausgleich durch innerstaatliche Geldzahlungen haben kann. Auch werden die grundsätzlichen Verpflichtungen der Konventionsstaaten nach Art 46 EMRK aufgezeigt.

Zur entscheidenden Frage, welche konkreten Kriterien erfüllt sein müssen, um die Gerechtigkeit des Ausgleichs der herangezogenen Grundrechtsverletzungen zu gewährleisten bzw was der Staat tun muss, um die Opferstellung iSd Art 34 EMRK

letztlich zu beseitigen, wird danach den Begriffen der formalen und materiellen Gerechtigkeit an sich nachgegangen und anhand der dabei gewonnenen Kriterien dargestellt, dass materielle Gerechtigkeit auch eine Wertung der Normunterworfenen über das, was die Mehrheit dieser Personen als gerecht empfindet, voraussetzt. Um diesen Aspekt materieller Gerechtigkeit zu unterlegen, wurde im Rahmen dieser Untersuchung eine empirische Befragung durchgeführt, in welcher die Teilnehmer eine Gewichtung des konkreten Grundrechtseingriffs und eine Präferenzreihung hinsichtlich der bei diesen Eingriffen jeweils denkbaren Ausgleichsmöglichkeiten (prozessuales Verfolgungshindernis, materieller Strafausschließungsgrund, Beweisverbot, eingeschränktes Verwertungsverbot, Rückausfolgung oder Vernichtung der sichergestellten Beweismittel, Berücksichtigung bei der Strafbemessung sowie finanzielle Entschädigung durch den Staat) vornahmen.

Auf Basis dieser Ergebnisse wird dann unternommen, nach Darstellung der Rechtsgrundlagen der unterschiedlichen Ausgleichsmöglichkeiten, eine analytisch-dogmatische und soweit möglich empirisch unterlegte – damit fallkonkrete – Theorie eines gerechten Ausgleichs zu entwickeln. Dabei wird die Frage erörtert, ob die Wertung der Normunterworfenen das allein entscheidende Kriterium eines gerechten Ausgleichs sein sollte, wie dies Gerechtigkeitstheorien vermuten lassen. Es wird auch das Problem behandelt, ob diese favorisierten Ausgleichsmöglichkeiten als Ergebnis materieller Gerechtigkeit, welches einer subjektiven Wertung der Befragten unterliegt, auch einer praktischen Umsetzung im österreichischen Strafverfahren zugänglich wären. Denn ohne einen praktischen und für den von der Verletzung Betroffenen auch effektiven Ausgleich würden die Grundrechte leerlaufen und in letzter Konsequenz zu keinem Rechtsschutz mehr beitragen.

Das Ende der Untersuchung wird dann durch die Darstellung ihrer Ergebnisse gefunden und damit ein Weg aufgezeigt, wie man den innerstaatlichen Ausgleich der gegenständlichen Grundrechtsverletzungen im österreichischen Strafverfahren gestalten kann, um letztlich von einem gerechten Ausgleich sprechen zu können.

## II. Die zugrundeliegenden Grundrechtsverletzungen

### A. Tatprovokation durch verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen (Problem des „Agent provocateur“) – Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK

#### 1. Die „verdeckte Ermittlung“ im österreichischen Recht

##### a) Zur historischen Entwicklung der verdeckten Ermittlung in Österreich

Es gibt Bereiche der Kriminalität, die es zur erfolgreichen Bekämpfung zwingend notwendig machen, dass Kriminalbeamte diese infiltrieren, also unerkannt innerhalb des Kreises der später Beschuldigten ihre Ermittlungen tätigen. Während das wissenschaftliche Schrifttum diese Form der verdeckten Ermittlungsarbeit bis auf das 17. Jahrhundert zurückverfolgen kann,<sup>1</sup> wurde sie in Österreich erst ab den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts vorrangig im Bereich der organisierten Drogenkriminalität zur Anwendung gebracht und zeichnete sich schon damals durch einschlägige Aktivität der verdeckten Ermittler (Kontakte knüpfen bis Scheingeschäfte durchführen) und nicht durch deren passive Beobachtung der Vorgänge aus.<sup>2</sup> Die rechtliche Absicherung dieser Handlungen war damals aber im Gesetz nicht vorgesehen bzw wurde oftmals gegen den damals geltenden § 25 StPO aF<sup>3</sup> durchgeführt. Politisch und durch die Rechtsprechung wurde dieses Vorgehen dessen ungeachtet akzeptiert.<sup>4</sup> Aktuell wurde der Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung auf

- 1 *Zerbes*, Spitzeln, 27 ff mwN und 185 f mwN; siehe dazu auch *Lüderssen*, FS-Karl Peters, 349 f.
- 2 *Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 129-133 Rz 2; siehe auch *Zerbes*, Spitzeln, 2 und 28 f; *Flora*, Juridikum 2009, 120; *Fuchs*, ÖJZ 2001, 495; *Rosbaud*, HRRS 2005, 131 bezeichnet den Einsatz von verdeckten Ermittlern beziehungsweise Vertrauenspersonen und Informanten im Bereich der Suchtmittelkriminalitätsbekämpfung als „unverzichtbar“; *Unterwaditzer*, ÖJZ 1992, 249 ff; zur historischen Entwicklung der Verdeckten Ermittlung bzw des Einsatzes von Vertrauenspersonen im deutschen Strafverfahren siehe *Von Danwitz*, Staatliche Strafbeteiligung 17 ff.
- 3 In der Fassung des RGBI Nr 119/1873 lautete diese Norm: „Es ist den Sicherheitsorganen, sowie allen öffentlichen Beamten und Dienern bei strengster Ahndung untersagt, auf die Gewinnung von Verdachtsgründen oder auf die Ueberführung eines Verdächtigen dadurch hinzuwirken, daß derselbe zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer strafbaren Handlung verleitet oder durch insgeheim bestellte Personen zu Geständnissen, welche sodann dem Gerichte hinterbracht werden sollen, verlockt wird“; siehe auch *Swoboda*, ZVG 2016, 304 f; für Deutschland ebenso *Von Danwitz*, Staatliche Strafbeteiligung 1.
- 4 Siehe im Detail *Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 129-133 Rz 2; *Zerbes*, Spitzeln, 2 und 29; weiters ist dem Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Umweltschutz des Nationalrates, 420 BlgNR 15. GP 5 f zur Suchtgiftesetznovelle 1980 (BGBl 1980/319) die damalige politische Auffassung klar zu entnehmen: „Im Hinblick auf den Initiativantrag der Abgeordneten

zahlreiche Bereiche der Kriminalität ausgedehnt: „So wird auch gegen Kinderpornographie, gegen illegale Waffengeschäfte, Hehlerei, Schmuggel, Menschenhandel, Einbruch etc recherchiert, und die Ermittler machen die Verschiebung des Soziallebens ins Virtuelle durchaus mit“.<sup>5</sup> Gerade deshalb erfordert die verdeckte Ermittlung selbstredend auch eine ständige praktische Anpassung an die sich – zumindest in manchen Bereichen – verändernde Kriminalität.<sup>6</sup>

Soweit ersichtlich gab es erst ab dem Jahre 1997 in der österreichischen StPO eine gesetzliche Grundlage der verdeckten Ermittlung.<sup>7</sup> So wurde damals der „kleine Lausch- und Spähangriff“ in § 149d Abs 1 Z 2 StPO aF eingeführt.<sup>8</sup> Darunter verstand das Gesetz die Überwachung nichtöffentlicher Verhaltens und nichtöffentlicher Äußerungen von Personen unter Verwendung technischer Mittel zur Bild- oder Tonübertragung und zur Bild- oder Tonaufnahme ohne Kenntnis der Betroffenen, wenn sie sich auf Vorgänge und Äußerungen beschränkte, die zur Kenntnisnahme einer von der Überwachung informierten Person bestimmt waren und zur Aufklärung eines

*Grabher-Meyer und Genossen sowie auf Vorschläge, die sonst dazu im Unterausschuß erstattet worden sind, hat der Gesundheitsausschuß auch die Frage geprüft, inwieweit zur Bekämpfung der Suchtgiftkriminalität die sogenannte ‚verdeckte Fahndung‘ eingesetzt werden kann. Unter ‚verdeckter Fahndung‘ in diesem Zusammenhang wird vor allem verstanden, daß sich ein Organ der Sicherheitsbehörden oder ein sogenannter Vertrauensmann der Polizei an einen mutmaßlichen Suchtgifthändler wendet, sich als Kaufinteressent ausgibt und womöglich die Überlassung von Suchtgift sowie die Überführung des Täters erwirkt. Die beteiligten Bundesministerien (Bundesministerium für Justiz, Bundesministerium für Inneres, Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz) haben dazu übereinstimmend die Meinung vertreten, daß eine solche Vorgangsweise mit der österreichischen Rechtsordnung durchaus vereinbar sei. Der Gesundheitsausschuß bekennt sich ausdrücklich zur verdeckten Fahndung im Bereich der Bekämpfung der Suchtgiftkriminalität und zur Rechtsansicht, eine solche Fahndung sei weder durch die Bestimmungen der Strafprozeßordnung noch des Strafgesetzbuches noch durch andere gesetzliche Bestimmungen verhindert“; 14 Os 44/96, 142/96; für die gleiche Linie Deutschlands siehe BVerfG, 11. 4. 1991, 2 BvR 196/91, NStZ 1991, 445=NJW 1992, 168; siehe auch Fuchs, ÖJZ 2001, 495; Lehner, JAP 2008/2009/10, 68; Schmoller, ÖJZ 1996, 21 [23 mwN]; zum dazu führenden Diskussionsprozess interessant auch Unterwaditzer, ÖJZ 1992, 249 f; für die deutsche Rechtslage siehe dazu Kolke/Ellerbrok, famos 10/2015, <http://famos.jura.uni-wuerzburg.de/2015/10/staatliche-einflussnahme-fall/>, 1 f.*

5 Zerbes, WK-StPO Vor §§ 129-133 Rz 3; siehe auch Zerbes, Spitzeln, 29; instr auch Henrichs/Wilhelm, Kriminalistik 1/2010, 30 ff; Lehner, JAP 2008/2009/10, 68; Meyer/Wohlens, JZ 15/16/2015, 761; für den Bereich des Finanzstrafverfahrens Köck, ZWF 2021, 238, bezogen auf das Einsatzgebiet „des Handels mit geschmuggelten Waren und Tabakwaren“; Von Danwitz, Staatliche Strafteilgung 33 f und 115.

6 Siehe dazu den Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 2; siehe auch Zerbes, Spitzeln, 3 mwN und 29.

7 Davor waren nur Regelungen in § 54 Abs 3 und 4 SPG idF BGBl 1991/566 vorgesehen, die aber bereits eine gewisse Form der „verdeckten Ermittlung“ ermöglichen; siehe im Detail zur damaligen Rechtslage Hauer/Keplinger, Handbuch § 54 Anm 14 ff; Hauer/Keplinger, SPG § 54 Anm 1 ff; Fuchs, ÖJZ 2001, 495 f; zur damaligen Diskussion im Gesetzwerdungsprozess siehe Schmoller, ÖJZ 1996, 21; zur damaligen deutschen Rechtslage im Bereich der verdeckten Ermittlungen siehe instr Velten, Befugnisse, 50 ff.

8 BGBl I 1997/105.

Verbrechens erforderlich erschienen.<sup>9</sup> Daraus wurde abgeleitet, dass eine verdeckte Ermittlung dann durchgeführt werden dürfe, wenn ein verdecktes Gespräch sogar aufgenommen werden könne.<sup>10</sup>

Aufgrund internationaler Rechtsakte führte der Weg mit dem StrPrRefG 2004 aber dann zur umfassenden Verrechtlichung der heimlichen bzw verdeckten Ermittlungsmaßnahmen.<sup>11</sup> Strafprozessual versteht man seither unter „verdeckter Ermittlung“ – die es seit damals erstmals expressis verbis in der StPO gab – ein Mehr gegenüber der reinen „Observation“, die sich durch schlichtes Beobachten, also das heimliche Überwachen des Verhaltens einer Person auszeichnet (§ 129 Z 1 StPO).<sup>12</sup> Der verdeckte Ermittler wird vielmehr aktiv. Er nimmt unmittelbar Kontakt mit Tatverdächtigen auf bzw bewegt sich in deren (oftmals eben kriminellen) Umfeld. Dazu kann er sich auch des Internets bedienen und dort (sei es in Form von Blogs oder Chats) mit betreffenden Zielpersonen in Kontakt treten.<sup>13</sup>

Nicht zu bestreiten ist aber, dass auch die „verdeckte Ermittlung“ sich innerhalb klar definierter rechtlicher Grenzen zu bewegen hat. Ohne rechtliche Vorgaben würde nämlich das polizeiliche Vorgehen mit jenem der Kriminalität verschwimmen. In der Praxis werden diese Grenzen ohnehin oftmals verschoben.

## b) Die verdeckte Ermittlung im geltenden österreichischen Recht und ihre rechtlichen Voraussetzungen

Das geltende österreichische Recht definiert die „**verdeckte Ermittlung**“ als „Einsatz von **kriminalpolizeilichen Organen oder anderen Personen im Auftrag der Kriminalpolizei**, die ihre amtliche Stellung oder ihren Auftrag weder offen legen noch erkennen lassen“ (§ 129 Z 2 StPO).<sup>14</sup> Das bedeutet aber nichts anderes, als dass „*der*

9 Heute ist der „kleine Lauschangriff“ in § 136 Abs 1 Z 2 StPO geregelt, welcher einen sehr ähnlichen Regelungsinhalt aufweist. Im Detail siehe dazu *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 136 Rz 8 ff.

10 *Zerbes*, Spitzeln, 29; siehe auch *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68; siehe generell zur damit eingeläuteten „Abkehr von einer offenen Verbrechensbekämpfung“ *Schmoller*, ÖJZ 1996, 21 [22 f].

11 *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 556 verweisen diesbezüglich auf Art 14 des Übereinkommens über die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Abl C Nr 197 vom 12. 7. 2000, 3, Art 19 ff des Übereinkommens über gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen, Abl C Nr 024 vom 23. 1. 1998, Art 40 SDÜ und § 71 bis § 74 EU-JZG.

12 Siehe im Detail *Bauer*, Verwertungsverbote 188 ff; *Birkbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 129 Anm 2; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 558 ff; *Zerbes*, WK-StPO § 129 Rz 1 ff; aus schweizerischer Sicht ebenso *Joset/Ruckstuhl*, ZStrR 1993/111, 355.

13 *Zerbes*, WK-StPO § 129 Rz 30; siehe auch *Henrichs/Wilhelm*, Kriminalistik 1/2010, 30 ff.

14 Diese weite Definition umfasst nach *Zerbes*, Spitzeln, 30 mwN „*nicht nur die Arbeit der V-Personen und Ermittler auf der Straße, sondern mittlerweile auch die Aufklärung des Internets zB durch deren virtuellen Auftritt unter einer Legende, mit der sie an Chats oder Blogs teilnehmen, ihr ebenso verdecktes Mitbieten bei einer Internetversteigerung – etwa um strafrechtlich verbotene Waffen oder um die dort angebotene Beute aus Einbrüchen auf-*

*Ermittler den Anschein erweckt, er habe mit der Polizei nichts zu tun*“.<sup>15</sup> Die – wenn auch mögliche – Verwendung einer Legende ist dabei nicht Voraussetzung.<sup>16</sup>

Der Begriff der „anderen Personen“ zeigt dabei auf, dass die gesetzlichen Vorgaben nicht nur für Kriminalbeamte, sondern auch für sogenannte „**Vertrauenspersonen**“ der Kriminalpolizei – in staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten in der Praxis kurz „VP“ genannt – gelten.<sup>17</sup> Darunter sind jene Personen zu verstehen, die in das beim BMI erliegende Vertrauenspersonenregister (§ 54b SPG) aufgenommen wurden.<sup>18</sup> Davon unterscheidet *Zerbes* noch die „Informanten“, die nicht in diesem Register vermerkt sind.<sup>19</sup>

Nach der Definition des Bundesministeriums für Inneres versteht man unter einer „Vertrauensperson“:

*„[...] eine Person, die bereit ist, auf längere Zeit freiwillig und unter Zusicherung der Vertraulichkeit im Auftrag der Kriminalpolizei, Informationen zur Aufklärung einer strafbaren Handlung zu beschaffen und im Bedarfsfall unter der Führung der Kriminalpolizei an verdeckten Einsätzen teilzunehmen“*.<sup>20</sup>

Ob jemand als Vertrauensperson herangezogen werden darf bzw die Einsatzzeichnung besitzt, entscheidet in der österreichischen Praxis der Vertrauenspersonenführer im Einvernehmen mit seinem Vorgesetzten und dem zuständigen Vertrauenspersonen-

---

*zuspüren – oder ihre Registrierung auf einer einschlägigen Plattform als Interessent für zB kinderpornographisches Material“; siehe auch Bauer, Verwertungsverbote 190 ff; Lehner, JAP 2008/2009/10, 68 [69]; Schwaighofer, FS-Miklau 511 [517]; zur Ausbildung bzw zum Anforderungsprofil von/an verdeckte(n) Ermittler(n) in Österreich siehe Machac/Mohnl, JSt 2015, 442 [445]; zur weit differenzierten Definition des „Verdeckten Ermittlers“ im deutschen Strafrecht siehe auch Von Danwitz, Staatliche Strafbeteiligung 10 ff.*

15 *Venier*, in *Bertel/Venier*, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 1; siehe auch *Venier/Tipold*, Strafprozessrecht<sup>16</sup> Rz 245.

16 EBRV 25 BlgNR XXII S 180.

17 EBRV 25 BlgNR XXII S 180; *Bauer*, Verwertungsverbote 191; *Birklbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 129 Anm 4, § 131 Anm 1 und § 133 Anm 4; *Kirchbacher*, StPO<sup>15</sup> § 131 Rz 1; *Hinterhofer*, Zeugenschutz, 60 mwN; *Hinterhofer*, JSt 2003, 41, Fußnote 6; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [69]; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 564 ff; *Venier*, in *Bertel/Venier*, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 1; *Zerbes*, WK-StPO § 133 Rz 8; für die deutsche Rechtslage konstatierten noch 2014 keinerlei Rechtsgrundlage „für den Einsatz von Informanten, Vertrauenspersonen oder gar Lockspitzeln“ *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 209 [212].

18 *Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 129-133 Rz 4; siehe auch Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 2; *Bauer*, Verwertungsverbote 191; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [70]; zur deutschen Rechtslage siehe gleichlautend *Mahlstedt*, Verdeckte Befragung 24.

19 *Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 129-133 Rz 4; *Hauer/Keplinger*, SPG<sup>4</sup> § 54b Anm 2. vermeinen demgegenüber, dass die „*Rechtmäßigkeit der Kooperation von Sicherheitsbehörden mit Vertrauenspersonen*“ nicht „*von der Erfassung Letzterer in der Vertrauenspersonenevidenz*“ abhinge. Folglich nehmen sie die Zweiteilung in „Vertrauenspersonen“ und „Informanten“ gerade nicht vor; siehe auch *Bauer*, Verwertungsverbote 191; *Hinterhofer*, Zeugenschutz, 60.

20 Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 2; siehe auch *Hauer/Keplinger*, SPG<sup>4</sup> § 54 Anm 4; zur ähnlichen Definition der „Vertrauensperson“ im deutschen Strafrecht siehe auch *Von Danwitz*, Staatliche Strafbeteiligung 10.

Beauftragten.<sup>21</sup> Ausgeschlossen werden durch das Bundesministerium für Inneres als Vertrauenspersonen grundsätzlich Unmündige, Privatdetektive, Angehörige von Sicherheitsunternehmen, „Personen die unter Sachwalterschaft stehen, so wie [...] Personen, bei denen die Glaubwürdigkeit vorweg in Abrede gestellt werden kann“.<sup>22</sup>

In der täglichen Realität des Strafverfahrens steht man dem Wahrheitsgehalt der Aussagen von Vertrauenspersonen (vor allem von Seiten der Verteidigung) sehr skeptisch gegenüber. Dies liegt einerseits daran, dass die Gerichte und die Verfahrensbeteiligten – aufgrund der Auskunftsbeschränkungen des § 54b Abs 2 SPG – eigentlich gar nicht wissen, wer vor ihnen steht. Die Kriminalpolizei kann nämlich die Bekanntgabe der Identität der Vertrauensperson (wie auch des verdeckten Ermittlers) unter Hinweis auf das Amtsgeheimnis verweigern (und es werden darauf abzielende Beweisanträge von der Judikatur deshalb abgelehnt).<sup>23</sup> Darüber hinaus bietet auch die StPO die Möglichkeit zur anonymen Aussage (§ 162 StPO) – unter damit einhergehender verfassungsrechtlich zu hinterfragender Beschränkung des Fragerechts<sup>24</sup> – bzw zum Ausschluss der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung (§ 229 Abs 1 Z 3 StPO). All dies dient zwar einerseits dem Schutz der Person, bedeutet aber gleichzeitig, dass sich die Gerichte keine wirkliche Meinung zur Glaubwürdigkeit bilden können.<sup>25</sup>

Dazu kommt noch, dass bereits der Grundsatzterlass des Bundesministeriums für Inneres davon ausgeht, dass Vertrauenspersonen im Regelfall selbst Kriminelle sind<sup>26</sup> und bei ihnen aufgrund eigener möglicher Straffälligkeit eine personelle Trennung zwischen kriminalpolizeilicher Ermittlungs- und Vertrauenspersonenführung anzustreben ist.<sup>27</sup> Auch das fördert selbstredend nicht das Vertrauen der Strafjustiz in derartige Beweisergebnisse.<sup>28</sup>

21 Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 2 f.

22 Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 3.

23 Dies billigt die hRsp aber nur dann zu, wenn nicht der verdeckte Ermittler selbst im Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung steht: RIS-Justiz RS0097877; Insofern kann sich die Behörde gegenüber den Gerichten bezüglich der Identität des verdeckten Ermittlers auf das Amtsgeheimnis stützen: 13 Os 28/88=EvBl 1988/139; 14 Os 43/92 mwN=EvBl 1993/30; 13 Os 38/00; 15 Os 66/04; siehe auch Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 6; Fuchs, ÖJZ 2001, 495 [502 f]; Hinterhofer, JSt 2003, 41 [45]; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 376.

24 Zerbes, Spitzeln, 130 f.

25 Siehe dazu auch Zerbes, Spitzeln, 118 f; Unterwaditzer, ÖJZ 1992, 249 [256]; zur Rechtsprechung des EGMR betreffend das Vorkommen anonymen Zeugen in der Hauptverhandlung siehe instr Ackermann/Caroni/Vetterli, AJP 2007, 1071 ff.

26 Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 13 definiert Vertrauenspersonen wie folgt: „Vertrauenspersonen beziehen ihre zur Kriminalitätsbekämpfung zu nutzenden Informationen großteils aus einer kriminellen Umgebung, der sie unter Umständen auch selbst angehören“; siehe auch Lehner, JAP 2008/2009/10, 68 [69].

27 Grundsatzterlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 14.

28 Siehe auch Zerbes, Spitzeln, 117; zur grundlegenden Problematik der Aussagen von anonymen Zeugen in der Hauptverhandlung und der damit einhergehenden Beschränkung der Verteidigungsrechte siehe Ackermann/Caroni/Vetterli, AJP 2007, 1071 [1072 ff].

Letztlich resultiert die Skepsis am Wahrheitsgehalt der Aussagen von Vertrauenspersonen noch daraus, dass es als zulässig angesehen wird, Vertrauenspersonen Entgelt dafür zu bezahlen (oder sonstige Vorteile wie zB Aufenthaltsberechtigungen etc zu gewähren), dass diese am Ende ihres Einsatzes eine Information beibringen, über die sie davor noch gar nicht verfügen.<sup>29</sup> Die Vertrauenspersonen haben also ein finanzielles (oder sonstiges) Interesse an ihrer Tätigkeit und stehen damit auch unter „Erfolgsdruck“, der im Einzelfall gerade zum Problem der Tatprovokation führen kann.<sup>30</sup>

Ein „**Informant**“ ist im Unterschied zur Vertrauensperson eine Person, *„die gegen Zusage der Vertraulichkeit im Einzelfall“* – also eben nicht auf längere Zeit – *„von sich aus bereit ist, der Kriminalpolizei vertraulich Informationen über strafbare Handlungen zu geben“*.<sup>31</sup>

All die oben angeführten Bedenken erfordern es umso mehr, die verdeckte Ermittlung an klare gesetzliche Voraussetzungen zu binden. Dies wird in erster Linie durch § 131 StPO erfüllt. So ist eine **„einfache“ verdeckte Ermittlung** – also *„eine solche, die sich von den üblichen Ermittlungen bloß dadurch unterscheidet, dass der amtliche Zweck nicht offen gelegt wird“*<sup>32</sup> – grundsätzlich dann zulässig, wenn sie zur Aufklärung einer Straftat erforderlich erscheint (§ 131 Abs 1 StPO). Die „Erforderlichkeit der Aufklärung“ stellt dabei auf die Abklärung einer bestimmten und damit bereits zum Zeitpunkt der Ermittlung in Grundsätzen bekannten Straftat ab) Eine Ermittlung „ins Blaue hinein“ – somit ohne grundlegende Kenntnis einer aufzuklärenden Straftat – ist damit aber gerade nicht „erforderlich“ und damit unzulässig.<sup>33</sup> Dabei ist einzig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 5 StPO im Auge zu behalten.<sup>34</sup> In der Praxis kommt diese Form der verdeckten Ermittlung eher selten vor, weil zielführende Ergebnisse für die kriminalpolizeilichen Ermittlungen wohl durch derart kurzfristiges Vorgehen kaum zu erwarten sind.<sup>35</sup> Aufgrund dessen ist auch die

29 Hauer/Keplinger, SPG<sup>1</sup> § 54 Anm 4 und § 54b Anm 1: „Vertrauenspersonen („V-Leute“) sind Privatpersonen, die Sicherheitsbehörden Informationen gegen Geldbelohnung liefern“; siehe auch krit Salimi, ÖJZ 2017, 115 [117 f]; aus deutscher Sicht siehe dazu Von Danwitz, Staatliche Strafbeteiligung 30 ff.

30 Auch Joset/Ruckstuhl, ZStrR 1993/111, 355 [366] sehen für die Schweiz das erhebliche Risikopotential unzulässiger Tatprovokation, wenn Vertrauenspersonen erfolgsabhängige Prämien erhalten.

31 Grundsatzerlass BMI-KP1000/0008/BK/5.3./2011, 3; zur deutschen Rechtslage siehe nahezu gleichlautend Mahlstedt, Verdeckte Befragung 24; Von Danwitz, Staatliche Strafbeteiligung 10.

32 RV 25 BlgNR 22. GP 181; siehe auch Birklbauer/Keplinger, StPO<sup>13</sup> § 131 Anm 4; Kirchbacher, StPO<sup>15</sup> § 131 Rz 2.

33 Venier, in Bertel/Venier, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 1 f; ebenso Birklbauer, RdM 2016/137, 266 [269 f]; zum Grunderfordernis eines Tatverdachts bei verdeckten Ermittlungen in der Schweiz siehe Joset/Ruckstuhl, ZStrR 1993/111, 355 [362 ff mwN].

34 Kirschenhofer, GK-StPO I<sup>2</sup> § 131 Rz 1; Venier, in Bertel/Venier, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 1 weist dabei auf den Unterschied zu § 54 Abs 3 SPG hin, welcher gerade im Bereich der sicherheitspolizeilichen verdeckten Ermittlung eine völlig unbestimmte „Abwehr gefährlicher Angriffe oder krimineller Verbindungen“ vorsieht.

35 Bauer, Verwertungsverbote 192 f; Zerbes, WK-StPO § 131 Rz 1.

– zutreffende – Kritik von *Zerbes* an den eingeschränkten Rechtsschutzregelungen in diesem Bereich<sup>36</sup> für die Praxis wohl eher von untergeordneter Bedeutung.<sup>37</sup>

Ist aber die **verdeckte Ermittlung** – wie in der Praxis zB bei „Strukturermittlungen“<sup>38</sup> im kriminellen Milieu der Regelfall – eine **systematische** und über längere Zeit durchgeführte, so ist sie nur dann zulässig, wenn die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, oder die Verhinderung einer im Rahmen einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder einer kriminellen Organisation (§§ 278 bis 278b StGB) geplanten Straftat ansonsten wesentlich erschwert wäre (§ 131 Abs 2 erster Satz StPO).<sup>39</sup> Die Voraussetzungen der Systematik und der Durchführung über längere Zeit (dazu sogleich) müssen dabei kumulativ vorliegen.<sup>40</sup>

Als „**über längere Zeit durchgeführt**“ wird eine verdeckte Ermittlung übrigens dann angesehen, wenn sie faktisch für einen längeren Zeitraum (zumindest 48 Stunden übersteigend) angelegt wird.<sup>41</sup> Demgegenüber wäre es nicht ausreichend, wenn nur für ganz kurze Zeitspannen (zB von einigen Stunden) „nicht offen“, aber „systematisch“ aufgetreten wird.<sup>42</sup> Nach dem Erlass des BMJ vom 14. 12. 2007 soll es auch noch keine über längere Zeit durchgeführte verdeckte Ermittlung sein, wenn über einen Zeitraum von 48 Stunden in unabhängigen Fällen verschiedene Ermittlungen vorgenommen werden.<sup>43</sup> Die Praxis zeigt, dass verdeckte Ermittlungen zumindest über mehrere Wochen bzw oft Monate angelegt werden müssen, ist doch am Anfang meist nur ein grundlegender Verdacht vorhanden und müssen die Ermittler meist erst in das betreffende kriminelle Milieu eingeschleust werden. Ermittlungserfolge stellen sich hier oft erst nach Kenntnis aller beteiligten Personen bzw der konkreten Abläufe innerhalb der Struktur ein.<sup>44</sup>

36 *Zerbes*, Spitzeln, 32.

37 Dies abgesehen von der praktischen Erfahrung, dass auch die gesetzliche Verpflichtung zu staatsanwaltschaftlicher Anordnung bzw gerichtlicher Bewilligung nicht immer zwingend ein höheres Rechtsschutzniveau zur Folge haben muss.

38 *Kirchbacher*, StPO<sup>15</sup> § 131 Rz 3; siehe auch *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [71]; *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 4.

39 *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [270]; *Nimmervoll*, Strafverfahren<sup>2</sup> 259; *Venier*, in *Bertel/Venier*, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 2.

40 *Birklbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 131 Anm 6; *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [270]; *Kirschenhofer*, GK-StPO I<sup>2</sup> § 131 Rz 3; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [71]; *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 3.

41 *Birklbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 131 Anm 6.2. gehen hier von einer Dauer von zumindest einer Woche aus.

42 Siehe dazu den Erlass des Bundesministeriums für Justiz vom 14. 12. 2007, BMJ-L590.000/0036-II3/2007, Punkt 9.; siehe auch *Kirchbacher*, StPO<sup>15</sup> § 131 Rz 3.

43 Erlass des Bundesministeriums für Justiz vom 14. 12. 2007, BMJ-L590.000/0036-II3/2007; siehe auch *Kirschenhofer*, GK-StPO I<sup>2</sup> § 131 Rz 3; vgl aber demgegenüber *Venier/Tipold*, Strafprozessrecht<sup>16</sup> Rz 245 und *Venier*, in *Bertel/Venier*, Kommentar zur StPO<sup>2</sup> § 131 Rz 2, die das Kriterium (unter Hinweis auf die in § 133 Abs 1 letzter Satz StPO zur Observation angeführte Frist) erst ab einer Zeitdauer von 14 Tagen als vorliegend ansehen.

44 *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 4.

Als „**systematisch**“ iSd § 131 Abs 2 erster Satz StPO wird eine verdeckte Ermittlung nach *Birklbauer/Keplinger* dann angesehen, wenn es nicht um die auch sonst üblichen nicht offen gelegten Ermittlungen der Kriminalpolizei geht, „*sondern dass gezielt Ermittlungshandlungen gesetzt werden, die darauf ausgelegt sind, die tatsächliche Rolle des Ermittlers nicht offen zu legen, zumal einem offen auftretenden Ermittler bestimmte Ermittlungsergebnisse nicht geäußert würden*“.<sup>45</sup>

Das Kriterium der „**wesentlichen Erschweris**“ iSd § 131 Abs 2 erster Satz StPO spiegelt den Grundsatz der „ultima ratio“ wider.<sup>46</sup> Eine systematische verdeckte Ermittlung ist also nur dann zulässig, wenn der Kriminalpolizei nahezu – aber nicht ausschließlich („*erheblich erschwert*“) – keine andere Möglichkeit bleibt, um die betreffenden Straftaten aufzuklären.

Im Rahmen der verdeckten Ermittlung<sup>47</sup> ist es der Kriminalpolizei – soweit dies für die Aufklärung oder Verhinderung der betreffenden Straftat unerlässlich ist, also ansonsten die Tarnung auffliegen könnte<sup>48</sup> – sogar erlaubt, nach Maßgabe des § 54a SPG<sup>49</sup> **Urkunden**, die über die Identität (nicht aber etwa in Wirklichkeit nicht vorhandene Berechtigungen, wie zB Gewerbe- oder Führerscheine bzw auch Jagdkarten<sup>50</sup>) eines Organs der Kriminalpolizei täuschen, herzustellen und sie im Rechtsverkehr zur Erfüllung des Ermittlungszwecks zu gebrauchen (§ 131 Abs 2 zweiter Satz StPO).<sup>51</sup> Bereits der Wortlaut des § 131 Abs 2 zweiter Satz StPO stellt dabei allerdings klar, dass dies nur für die Kriminalpolizei selbst gilt.<sup>52</sup> Vertrauenspersonen sollen dadurch gerade nicht in die Lage versetzt werden, mit „künstlichen Papieren“ im

45 *Birklbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 131 Anm 6.1.

46 *Kirchbacher*, StPO<sup>15</sup> § 131 Rz 4; siehe auch EBRV 25 BgNR 22. GP 180; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [71].

47 Dies gilt nach *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [270] allerdings nur für die systematische verdeckte Ermittlung iSd § 131 Abs 2 StPO.

48 *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 568; siehe auch *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [270]; *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 9.

49 In das SPG eingefügt durch BGBl I 1997/105; siehe dazu auch *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [270]; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [69 f].

50 *Hauer/Keplinger*, SPG<sup>4</sup> § 54a Anm 5.; *Lehner*, JAP 2008/2009/10, 68 [70]; *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 10.

51 EBRV 25 BgNR 22. GP 181; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 568 vertreten die Auffassung, dass „*die Anmietung einer Wohnung, der Abschluss sonstiger Verträge, die Anmeldung eines Gewerbes und andere Tätigkeiten im Rechtsverkehr, aus denen Dritte berechtigt oder verpflichtet werden [...] nur dann unter Legende erfolgen [darf], wenn dies erforderlich ist, um ‚Gegenaufklärung‘ ins Leere laufen zu lassen.*“ Die ältere Rechtsprechung vertrat übrigens vor dem Inkrafttreten des BGBl I 1997/105 die Auffassung, dass die Verwendung bzw Herstellung derartiger Urkunden kein Urkundendelikt begründe, weil der Begriff der falschen Urkunde „*eine Täuschung über die Identität des Ausstellers, nicht aber über die Richtigkeit der urkundlichen Erklärung voraussetzt*“, 14 Os 44/96, 142/96; zur Meinungsfindung im Gesetzwerdungsprozess siehe *Schmoller*, ÖJZ 1996, 21 [29].

52 *Bauer*, Verwertungsverbote 191; *Birklbauer/Keplinger*, StPO<sup>13</sup> § 131 Anm 8; *Kirschenhofer*, GK-StPO I<sup>2</sup> § 131 Rz 14; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 568; *Zerbes*, WK-StPO § 131 Rz 9; siehe auch *Hauer/Keplinger*, SPG<sup>4</sup> § 54a Anm 6.