

# NStZ

# Neue Zeitschrift für Strafrecht

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von

Prof. Dr. Hans Dahs

Prof. Dr. Gerhard Hammerstein

Steffen Heitmann

Dr. Hans Hilger

Prof. Dr. Otto Lagodny

Prof. Dr. Klaus Letzgus

Dr. Klaus Miebach

Kay Nehm

Dr. Lore Peschel-Gutzeit

Prof. Dr. Gerd Pfeiffer

Prof. Dr. Kurt Rebmann

Prof. Dr. Claus Roxin

Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Dr. Wolfgang Stein

Thomas Ullenbruch

Prof. Dr. Gunter Widmaier

Verlag C. H. Beck

München und Frankfurt a. M.

## 2 2000

S. 57-112 20. Jahrgang 15. Februar 2000

Aus dem Inhalt

*S. Gleß*, Zur Verwertung von Erkenntnissen aus verdeckten Ermittlungen im Ausland im inländischen Strafverfahren S. 57

*M. Thode*, Die außergerichtliche Einziehung von Gegenständen im Strafprozess S. 62

*A. Musil*, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam S. 68

*K. Ambos*, Bestätigung der deutschen Strafgewalt für „Kriegsverbrechen“ in Bosnien-Herzegowina S. 71

*W. Bauer*, Die alternative Rüge gemäß §§ 244 II, 261 StPO S. 72

*H.-U. Paeffgen*, Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen 1999 – 1. Teil S. 75

*BGH*, Mehrheit von Beihilfehandlungen S. 83

*BGH*, Reichweite des Zweifelsgrundsatzes, Aufnahme der Prostitution S. 86

*LG München*, Strafbarkeit wegen Vermögensteuerhinterziehung für Veranlagungszeiträume vor dem 1. 1. 1997 S. 93

*BVerfG*, Verfassungsmäßigkeit körperlicher Eingriffe S. 96

# Neue Zeitschrift für Strafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hans Dabs, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Gerhard Hammerstein, Rechtsanwalt, Freiburg – Steffen Heitmann, Staatsminister der Justiz, Dresden – Dr. Hans Hilger, Ministerialdirektor, Bonn – Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – Prof. Dr. Klaus Letzgus, Staatssekretär a. D., Rechtsanwalt, München – Dr. Klaus Miebach, Richter am BGH, Karlsruhe – Kay Nehm, Generalbundesanwalt beim BGH, Karlsruhe – Dr. Lore Peschel-Gutzeit, Senatorin für Justiz, Hamburg – Prof. Dr. Gerd Pfeiffer, Präsident des BGH a. D., Karlsruhe – Prof. Dr. Kurt Rebmann, Generalbundesanwalt beim BGH a. D., Stuttgart – Prof. Dr. Claus Roxin, München – Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber, Staatssekretär a. D., Göttingen – Dr. Wolfgang Stein, Ministerialdirigent, Düsseldorf – Thomas Ullenbruch, Oberregierungsrat, Freiburg – Prof. Dr. Gunter Widmaier, Rechtsanwalt, Karlsruhe/München – in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift  
Schriftleitung: Richter am BGH Dr. Klaus Miebach, Am Lerchenanger 7, 53343 Wachtberg-Pech

Heft **2**  
Seite 57–112  
20. Jahrgang  
15. Februar 2000

Dr. Sabine Gleß, Freiburg/Br.

## Zur Verwertung von Erkenntnissen aus verdeckten Ermittlungen im Ausland im inländischen Strafverfahren<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, welche aus verdeckten Ermittlungen auf fremden Hoheitsgebiet stammen, als Beweise in inländischen Strafverfahren verwertet werden können, galt bis vor wenigen Jahren als weitgehend geklärt.<sup>2</sup> Heute erscheint sie – vor allem in Folge grenzüberschreitender Polizeizusammenarbeit innerhalb der Europäischen Union – wieder in einem neuen Licht. Denn dadurch wird den zuständigen nationalen Behörden auch die *selbständige* Durchführung von verdeckten Ermittlungen auf fremdem Hoheitsgebiet gestattet; die Frage der Verwertung der dadurch erlangten Erkenntnisse wird aber nicht umfassend geregelt.

### II. Erkenntnisgewinn durch den internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen

Traditionell erhalten Strafverfolgungsbehörden und Gerichte Erkenntnisse aus dem Ausland, welche zur Durchführung eines inländischen Strafverfahrens benötigt werden, über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Denn deutsche Strafverfolgungsbehörden dürfen im Ausland ebensowenig „auf eigene Faust“ ermitteln,<sup>3</sup> wie ausländische Organe im Bundesgebiet.<sup>4</sup> Solche eigenmächtigen Ermittlungen sind (völker-)rechtswidrig<sup>5</sup> und im Einzelfall sogar strafbar.<sup>6</sup> Eine Beweiserhebung im Ausland ist aber grundsätzlich als sog. kleine oder sonstige Rechtshilfe<sup>7</sup> möglich. Dabei ersucht die Strafverfolgungsbehörde oder das Gericht, welches eine Erkenntnis aus dem Ausland benötigt, die zuständigen Behörden des jeweiligen Landes um eine entsprechende Vornahme. Die ausländische Behörde erhebt den Beweis – nach dem Prinzip „*locus regit actum*“ – als eigene Verfahrenshandlung, und übersendet ihn an die ersuchende Stelle. In bestimmten

Fällen wird die übermittelnde Behörde die Verwertung des übersandten Beweismittels unter einen Vorbehalt stellen, einen sog. Spezialitätsvorbehalt,<sup>8</sup> – beispielsweise weil der ersuchende Staat keine Rechtshilfe für die Verfolgung bestimmter Taten gewährt.

Im Rahmen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen kann grundsätzlich auch der Einsatz ausländischer Polizeibeamter (auch als verdeckte Ermittler) und sogar das Tätigwerden von V-Personen auf dem Hoheitsgebiet des „ersuchten Staat“ erfolgen.<sup>9</sup> Die ausländischen Hoheitsträger agieren dann nach dem Recht des Gebietsstaates und unter Weisung der zuständigen Gebietsbehörden, quasi als deren „Werkzeuge“.<sup>10</sup>

1) Gekürzte Fassung eines Vortrages an der Polizei-Führungsakademie Münster.

2) Vgl. dazu bspw. Körner Betäubungsmittelgesetz/Arzneimittelgesetz, 4. Aufl. (1994), § 31 BtMG Rn 179; Lagodny in: Schomburg/Lagodny Int. Rechtshilfe in Strafsachen (IRS), 3. Aufl. (1998), vor § 59 IRG Rn 5 u. 5 a.

3) Diese in Deutschland einhellig vertretene Ansicht wird zum Teil ausserhalb Deutschlands in Frage gestellt, vgl. dazu bspw. Gane/Makarek European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1996, 109 ff.; Herdegen EuGRZ 1986, 1 Fn. 7.

4) Jeschke Kriminalistik 1985, 69; Jeschke/Graf Kriminalistik 1987, 438; Körner (o. Fn. 2); Lagodny (o. Fn. 2), Rn 5; Vogler Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen von Straftätern aus dem Ausland, in Herzberg (Hrsg.), FS Dietrich Oehler, 1985, S. 382 mwN in Fn 8.

5) Das Verbot der eigenmächtigen Beweiserhebung folgt nach h. M. aus dem völkerrechtlichen Grundsatz des Territorialitätsprinzips, nach dem die Hoheitsgewalt eines Staates an seinen Grenzen endet. Vgl. dazu ausf. Nagel Beweisaufnahme im Ausland (1988), S. 18 f mwN.

6) Körner (o. Fn 2).

7) Vgl. zur sonstigen Rechtshilfe ausf. Lagodny (o. Fn 2).

8) Vgl. dazu ausf. Vogler GA 1986, 195 ff.

9) Vgl. BGH NStZ 1983, 466; Körner (o. Fn 2), Rn 180 f.; Lagodny (o. Fn 2), § 59 IRG Rn 61 a ff.

10) Jeschke Kriminalistik 1985, 70; Jeschke/Graf (o. Fn 4); Körner (o. Fn 2).

Für die Verwertung von Beweisen, die aus dem Ausland stammen, gelten grundsätzlich die gleichen Regeln, wie für Beweise, die im Inland erhoben wurden. Eigenheiten können sich aber zum einen daraus ergeben, dass die Beweise unter Bindung an eine fremde Verfahrensordnung erhoben wurden,<sup>11</sup> zum anderen daraus, dass eine Erkenntnisverwertung durch das erkennende Gericht wegen der Achtung der fremden Souveränität des ausländischen Staat begrenzt ist. Bestes Beispiel für die letztgenannte Einschränkung ist das Verbot der Verwertung eigenmächtig erlangter Beweise, das sich aus der Untersagung eigenmächtiger Ermittlungen auf fremdem Staatsgebiet ergibt.<sup>12</sup> Die Bindung an völkerrechtliche Verträge verbietet es, nicht auf offiziellem Wege als Beweismittel übermittelte Erkenntnisse in einem Strafverfahren als Beweismittel zu verwerten, wenn ihre Übersendung durch einen formalen Rechtshilfevertrag geregelt ist und der Staat nicht auf diesem Wege einer Verwertung zustimmt.<sup>13</sup> Es gilt in diesem Zusammenhang u. a. auch das Prinzip, dass Erkenntnisse, welche aus einem ausländischen VE- oder VP-Einsatz stammen, von den ausländischen Hoheitsträgern nicht einfach mit „nach Hause genommen“ und im inländischen Strafprozess als Beweise verwendet werden können; sie müssen vielmehr dem „ersuchenden Staat“ von der zuständigen Behörde zur Verfügung gestellt werden.<sup>14</sup> Die Achtung der Souveränität des fremden Staates, dessen Hoheitsgewalt die Erlangung einer Erkenntnis ermöglicht hat, drückt sich auch in der Beachtung eines Spezialitätsvorbehaltes aus, bei dessen Vorliegen ein Beweismittel grundsätzlich<sup>15</sup> nur entsprechend den dort genannten Bedingungen verwendet werden darf.<sup>16</sup>

### III. Grenzüberschreitende „nicht offene“ Ermittlungen

Diese traditionellen Grundsätze über einen Erkenntnisgewinn im Ausland und dessen Verwertung im inländischen Strafverfahren könnten nunmehr zwischen den europäischen Ländern in Frage gestellt werden, welche Vertragsparteien der neuen Formen grenzüberschreitender Zusammenarbeit sind: namentlich der polizeilichen Zusammenarbeit nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. 6. 1990 (SDÜ),<sup>17</sup> der Zusammenarbeit in der Zollfahndung nach dem Übereinkommen über gegenseitige Amtshilfe und Zollzusammenarbeit der Zollverwaltungen vom 18. 12. 1997 (Neapel II)<sup>18</sup> sowie der justitiellen Zusammenarbeit nach dem neu ausgehandelten Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk).<sup>19</sup>

#### 1. Das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)

Anlass für die Einrichtung der Schengen-Zusammenarbeit war bekanntlich die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften<sup>20</sup> durch das sog. erste Schengener Übereinkommen.<sup>21</sup> Das zweite Schengener Übereinkommen, das SDÜ, soll die durch den Wegfall der Grenzkontrollen<sup>22</sup> befürchtete Einbuße an innerer Sicherheit ausgleichen. Es sieht zu diesem Zweck zwei Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Einsatzes von „nicht offenen operierenden“ Polizeibeamten vor:

#### a) Die grenzüberschreitende Observation gem. Art. 40 SDÜ

Nach Art. 40 SDÜ darf die Polizei eines Schengen-Staates eine Person auch „auf dem Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei“ observieren, wenn es sich um die Fortsetzung einer Massnahme handelt, die im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens im eigenen Land wegen Verdachts

auf Beteiligung an einer auslieferungsfähigen Straftat begonnen wurde. Weitere Voraussetzung ist, dass der Staat,<sup>23</sup> auf dessen Hoheitsgebiet agiert werden soll, zuvor um Rechtshilfe ersucht wurde und diesem Ersuchen zugestimmt hat.<sup>24</sup> Die Bewilligung kann mit Auflagen verbunden werden.<sup>25</sup>

Ausnahmsweise kann wegen der „besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit“ ohne vorherige Zustimmung observiert werden. Dann gelten für die Durchführung besondere Vorschriften (Art. 40 II SDÜ): Es muss Tatverdacht wegen einer Katalogtat nach Art. 40 VII 7 SDÜ vorliegen.<sup>26</sup> Die Maßnahme muss nach dem Grenzübertritt unverzüglich den örtlich zuständigen Behörden mitgeteilt sowie unverzüglich ein Rechtshilfeersuchen nach-

11) Zu dieser Problematik ausf. Gleß Das Verhältnis von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, in Samson u. a., FS Gerald Grünwald (1999), S. 197 ff.; Thien Zeugenvernehmung im Ausland: Zur Problematik der Verwertbarkeit im deutschen Prozess, 1979.

12) Tiedemann Privatdienstliche Ermittlungen im Ausland – strafprozessuales Verwertungsverbot?, in Kaufmann u. a. Hrsg., FS Bockelmann (1979), S. 827, 830 mwN; Scheller Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), S. 276 ff.; Nagel (o. Fn 5), S. 6. Dazu aus anglo-amerikanischer Sicht Gane/Mackarel European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1996, 108 ff.

13) Dementsprechend erklärte der BGH die Verwertung von Vernehmungsniederschriften, die zwischen Ermittlungsbehörden zweier Staaten ausserhalb des formalen Rechtshilfeverkehrs „zur Information“ ausgetauscht worden waren, für unzulässig, nachdem die Übersendung der Niederschriften im formalen Rechtshilfeverkehr (berechtigterweise) abgelehnt worden war (BGHSt 34, 334, 341 f.).

14) Jeschke Kriminalistik 1985, 71; Körner (o. Fn 2).

15) Umstritten ist aber beispielsweise, wann das durch einen Spezialitätsvorbehalt gebundene Beweismittel entgegen der Auflagen zur Entlastung des Verfolgten verwendet werden darf. Nach deutscher Rechtsprechung soll der Spezialitätsvorbehalt – also ein Verwertungsverbot – auch dann gelten, wenn sich die Verwertung zugunsten des Verfolgten auswirken würde; es sei denn, der Verfolgte könne aufgrund besonderer Vereinbarung auf den Grundsatz der Spezialität verzichten (BFH Urt. v. 21. 6. 1989 – X R 20/88; vgl. auch BGHSt 34, 334, 344).

16) Vgl. dazu ausf. Vogler GA 1986, 195 ff.; Nagel (o. Fn 5), S. 128 ff.

17) BGBl 1993 II, 1010, 1902; 1994 II, 631; 1996 II, 242, 2542; 1997 II, 966.

18) ABl C 24 v. 23. 1. 1998, 1. Die Bezeichnung ist eine Referenz auf das Vorgängerübereinkommen, „Neapel I“, BGBl 1969 II, 65; 1970 II, 987.

19) ABl EG Nr. C 251 v. 2. 9. 1999, 1.

20) Allerdings sind die Schengen-Vertragsstaaten (bis heute) nicht mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union identisch, d. h., der Schengen-Verbund umfasst auch heute nicht alle Mitgliedstaaten; darüber hinaus nehmen auch Nichtmitgliedstaaten, namentlich Norwegen und Island als Teile des Nordischen Bundes, an dem Verbund teil. Zur Entstehung und Entwicklung des Schengen-Verbundes vgl. Gleß/Lüke Jura 1998, 73 ff.

21) Übereinkommen betr. den schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen an den gemeinsamen Grenzen, Europa-Archiv 1991, B 3. Vgl. zu der Vorgeschichte ausf. Kattau Strafverfolgung nach Wegfall der europäischen Grenzkontrollen, 1993, S. 2 ff.

22) Welche Rolle Grenzkontrollen für die Kriminalitätsbekämpfung spielen, ist Zeit umstritten; vgl. bspw. Kattau (o. Fn 21), 160 f.; Fijnaut Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1993, 39 f. mwN; dagegen Sturm Kriminalistik 1995, 164 f.; ausf. zur Bedeutung von Grenzkontrollen für die innere Sicherheit, Kühne Kriminalitätsbekämpfung durch inhereuropäische Grenzkontrollen (1991), S. 40 ff.

23) Zuständige Behörde in Deutschland ist das Bundeskriminalamt (Art. 40 I 3. Unterabsatz i. V. mit Art. 40 V SDÜ). Im Gegensatz dazu haben Luxemburg und die Niederlande diese Zuständigkeit zentralen Justizbehörden zugeordnet (ebenda).

24) Art. 40 I SDÜ. Die Beamten müssen darüberhinaus stets ein Dokument mit sich führen, aus dem sich die Zustimmung zu der Massnahme ergibt und sich jederzeit ausweisen können.

25) Art. 40 I SDÜ, Art. 21 I Neapel II.

26) Zu den Katalogtaten gehören: Mord, Totschlag, Vergewaltigung, vorsätzliche Brandstiftung, Falschmünzerei, schwerer Diebstahl, Hehleri und Raub, Erpressung, Entführung und Geiselnahme, Menschenhandel, unerlaubter Verkehr mit Betäubungsmitteln, Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften über Waffen und Sprengstoffe, Vernichtung durch Sprengstoffe, unerlaubter Verkehr mit giftigen und schädlichen Abfällen.

gereicht werden. In diesem Ersuchen müssen u. a. die Gründe dargelegt werden, aus denen ein Grenzübertritt ohne vorherige Zustimmung erfolgte.

Im Falle der grenzüberschreitenden Observation sind die grenzüberschreitenden Beamten an das Recht des Staates gebunden, auf dessen Hoheitsgebiet sie auftreten und müssen die Anweisungen der zuständigen Gebietsbehörden befolgen.<sup>27</sup> Verlangt der Staat, auf dessen Hoheitsgebiet die grenzüberschreitenden Beamten operieren die Einstellung der Maßnahme,<sup>28</sup> so muss die Observation abgebrochen werden.<sup>29</sup> Die zuständigen Behörden des Gebietsstaates können darüberhinaus jederzeit verlangen, dass die Observation an sie übergeben wird.<sup>30</sup> In jedem Falle müssen die grenzüberschreitenden Polizisten nach Abschluss der Maßnahme dem Gebietsstaat Bericht erstatten.<sup>31</sup>

#### b) Kontrollierte Lieferungen (Art. 73 SDÜ)

Ferner verpflichtet Art. 73 SDÜ die Vertragsparteien, ihren Partnerstaaten die Möglichkeit einzuräumen, entsprechend ihrem nationalen Recht, kontrollierte Lieferungen im Bereich des Betäubungsmittelhandels durchzuführen. Es wird dafür einer vorherigen Bewilligung der betroffenen Vertragsparteien bedürfen. Zudem soll „[d]ie Herrschaft und die Befugnis zum Einschreiten ... bei den Behörden der Vertragspartei [liegen], auf deren Hoheitsgebiet die Operation durchgeführt wird“.<sup>32</sup>

#### 2. Zusammenarbeit in der Zollfahndung

Neue Möglichkeiten für einen grenzüberschreitenden Erkenntnisgewinn eröffnen ferner die Rechtsgrundlagen zur Zollzusammenarbeit zwischen den EU-Staaten. Diese völkerrechtliche Kooperation reicht bis zu den Anfängen der Europäischen Gemeinschaften zurück<sup>33</sup> und ist in gewisser Weise Konsequenz der gemeinschaftsrechtlichen Zollunion, in deren Rahmen verschiedene Kompetenzen im Bereich des Zollwesens auf die EG übertragen wurden.<sup>34</sup> Ebenso wie die Schengen-Zusammenarbeit wird die (in manchen Punkten sogar weitergehende) Zollzusammenarbeit, wie sie in Neapel II niedergelegt ist, mit dem befürchteten Kriminalitätsanstieg durch den Wegfall der Binnengrenzkontrollen gerechtfertigt.<sup>35</sup>

#### a) Grenzüberschreitende Observation gem. Art. 21 Neapel II

Nach Art. 21 Neapel II sind Beamte der Zollverwaltungen der Vertragsstaaten befugt, die Observation einer Person, die einer auslieferungsfähigen Straftat verdächtig ist, auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates fortzusetzen, wenn dieser einem Amtshilfeersuchen zugestimmt hat. Diese Zustimmung kann mit Auflagen verbunden werden.

Ohne Zustimmung müssen die besonderen Voraussetzungen des Art. 21 II Neapel II erfüllt sein: die Angelegenheit muss besonders dringlich sein, der Grenzübertritt ist unverzüglich mitzuteilen und das Ersuchen ist nachzureichen. Auf Verlangen ist die Observation einzustellen. Die grenzüberschreitenden Beamten sind an das Recht des anderen Mitgliedstaates gebunden, dürfen die beobachtete Person nicht anhalten oder festnehmen und sind nicht befugt, Wohnungen und nicht öffentlich zugängliche Grundstücke zu betreten.

#### b) Kontrollierte Lieferungen (Art. 22 Neapel II)

Art. 22 Neapel II verpflichtet die Mitgliedstaaten auf Ersuchen eines anderen EU-Landes kontrollierte Lieferungen im eigenen Gebiet nach Massgabe des nationalen Rechts durchführen zu lassen. Bei einer kontrollierten Lieferung können Beamte eines Mitgliedstaates auf dem

Gebiet eines anderen Mitgliedstaates tätig werden, was sich allerdings nur mittelbar daraus ergibt, dass eine Kontrollübernahme durch die ersuchte Behörde nicht unmittelbar bei Grenzübertritt erfolgen muss, sondern auch an einem anderen vereinbarten Punkt stattfinden kann.<sup>36</sup>

#### c) Einsatz verdeckter Ermittler (Art. 23 Neapel II)

Anders als das SDÜ sieht Neapel II auch den Einsatz von verdeckten Ermittlern vor: Die Zulässigkeit eines solchen Einsatzes auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats richtet sich gemäß Art. 23 III Neapel II nach dem nationalen Recht des ersuchten Staates. Die verdeckten Ermittler sind nur berechtigt, Informationen zu sammeln und Kontakte zu Verdächtigen oder Personen aus deren Umfeld herzustellen. Diese Massnahmen sind punktuell und zeitlich begrenzt zulässig. Die Entscheidung über Zulässigkeit, Art, Umfang und Dauer des Einsatzes liegt bei der ersuchten Behörde, die ihrerseits die genehmigten Ermittlungsmassnahmen unterstützen und die Bediensteten des ersuchenden Staates schützen muss.

#### 3. Justitielle Zusammenarbeit

Obwohl eine engere Zusammenarbeit der Justiz im Bereich der grenzüberschreitenden Strafverfolgung seit geraumer Zeit auf der Agenda der EU-Mitgliedstaaten steht – bereits der EU-Vertrag von Maastricht sah die justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse in der sog. dritten Säule der EU vor<sup>37</sup> und der EU-Vertrag von Amsterdam widmet diesem Anliegen einen eigenen Artikel<sup>38</sup> – gelang es den EU-Ländern erst nach langjährigen Verhandlungen, einen gemeinsamen Entwurf für ein Übereinkommen über die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten der EU (EU-RhÜbk) anzunehmen.<sup>39</sup>

#### a) Kontrollierte Lieferungen (Art. 12 EU-RhÜbk)

Nach Art. 12 EU-RhÜbk verpflichtet sich jeder Mitgliedstaat, auf Ersuchen eines anderen Mitgliedstaats kontrollierte Lieferungen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, die auslieferungsfähige Straftaten betreffen, in seinem Hoheitsgebiet zu ermöglichen. Die Entscheidung über die Anwendung kontrollierter Lieferungen wird in jedem Einzelfall von den zuständigen Behörden des ersuchten Mitgliedstaats unter Beachtung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats getroffen.

27) Art. 40 III a SDÜ.

28) Bei dem Handeln aufgrund „besonderer Dringlichkeit“ muss innerhalb von 5 Stunden nach Grenzübertritt eine Zustimmung vorliegen (Art. 40 II Unterabs. 4 SDÜ).

29) Art. 40 II Unterabs. 4 SDÜ.

30) Art. 40 I Unterabs. 2 SDÜ.

31) Art. 40 III g SDÜ.

32) Art. 73 III SDÜ.

33) Zur Geschichte ausf. *Dorsch* ZollR, Einl. A Zz. 44 ff.

34) Trotz der gemeinschaftsrechtlichen Regelung bleiben die völkerrechtliche Vereinbarung der Mitgliedstaaten in den Bereichen in Kraft, in denen die EG (noch) keine Kompetenz besitzt, namentlich bei der Bekämpfung des Rauschgift-, Waffen- und Nuklearschmuggels, der Artenschutzkriminalität oder als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung; vgl. dazu *Wewel* Schutz der Union durch Zusammenarbeit in Zollsachen in *Müller-Graff* Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres: der dritte Pfeiler der Europäischen Union (1996), S. 118.

35) Vgl. beispielsweise *Harings* Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, 1998, S. 100.

36) Vgl. Art. 22 II Neapel II.

37) Art. K 1 Nr. 7 EUV a. F.

38) Art. 31 EUV n. F.

39) Problematisch scheinen dabei insbesondere die Regelungen einer „grenzüberschreitenden Telefonüberwachung“ gewesen zu sein, die nunmehr in Art. 15 – 20 EU-RhÜbk geregelt sind und im Folgenden nicht näher erläutert werden können.

Die kontrollierten Lieferungen werden nach den Verfahren des ersuchten Mitgliedstaats abgewickelt. Die Befugnis zum Einschreiten und die Leitung der Maßnahmen liegen bei den zuständigen Behörden dieses Mitgliedstaats.

#### b) Einsatz verdeckter Ermittler (Art. 14 EU-RhÜbk)

Die EU-Mitgliedstaaten können nach Art. 14 EU-RhÜbk vereinbaren, dass sie einander bei strafrechtlichen Ermittlungen durch verdeckt oder unter falscher Identität handelnde Bedienstete unterstützen (verdeckte Ermittlungen).<sup>40</sup> Die Entscheidung über eine solche Massnahme wird in jedem Einzelfall von den zuständigen Behörden des ersuchten Mitgliedstaats unter Beachtung seiner innerstaatlichen Rechts- und Verfahrensvorschriften getroffen. Die Dauer der verdeckten Ermittlungen, die genauen Voraussetzungen, die Rechtsstellung der betreffenden Bediensteten und Bestimmungen über die Haftung für bei verdeckten Ermittlungen gegebenenfalls begangene Verstöße oder verursachte Schäden werden zwischen den Mitgliedstaaten unter Beachtung ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Verfahren vereinbart. Die verdeckten Ermittlungen werden nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Verfahren des Mitgliedstaats abgewickelt, in dessen Hoheitsgebiet sie stattfinden.

#### 4. Vorgaben für die Beweisverwertung solcher Erkenntnisse

Im Gegensatz zu der ausführlichen Regelung der Voraussetzungen für den grenzüberschreitenden Einsatz fremder Hoheitsträger enthalten die Übereinkommen regelmässig nur vereinzelte oder gar keine ausdrückliche Regelung über die Verwertung der Erkenntnisse, welche im Rahmen verdeckter grenzüberschreitender Ermittlungen erlangt wurden: Das SDÜ äussert sich überhaupt nicht zu den Voraussetzungen einer zulässigen Verwertung von Erkenntnissen im Entsendestaats der grenzüberschreitenden Beamten. Diese Regelungslücke erstaunt nicht nur angesichts der ausführlichen Regelungen über die Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Aktion, sondern auch, weil ein entsprechendes Problembewusstsein an anderer Stelle durchaus zu einer Regelung geführt hat: In Art. 39 II SDÜ, der die Zulässigkeit des polizeilichen (im Gegensatz zum justitiellen) Informationsaustausch regelt, wird ausdrücklich festgehalten, dass im Wege des polizeilichen Informationsaustausch übermittelte Erkenntnisse nur mit Zustimmung der zuständigen Justizbehörde des übermittelnden Staates als Beweismittel in einem ausländischen Strafverfahren verwendet werden dürfen.<sup>41</sup>

Auch das EU-RhÜbk enthält keine Vorgabe für die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, welche in einem anderen EU-Mitgliedstaat durch verdeckte Ermittlungen erlangt wurden. Eine Regelung findet sich lediglich in bezug auf Erkenntnisse die durch eigene Hoheitsträger im Rahmen einer sog. gemeinsamen Ermittlungsgruppe erlangt<sup>42</sup> wurden.<sup>43</sup> Solche Informationen dürfen, soweit sie rechtmässig erlangt wurden, für strafrechtliche Ermittlungen im Entsendestaat unter denselben Bedingungen verwendet werden, wie Informationen, die im Wege der Rechtshilfe übersandt werden.<sup>44</sup>

Lediglich Neapel II enthält eine allgemeine Regelung über die Verwertung von Beweisen, welche Polizeikräfte im Rahmen verdeckter grenzüberschreitender Ermittlungen z. B. durch die Observation auf fremdem Hoheitsgebiet oder den Einsatz von verdeckten Ermittlern erlangt haben: Nach Art. 19 VII Neapel II können Informationen, die bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Bediensteten gewonnen werden, vorbehaltlich besonderer

Bedingungen der zuständigen Behörden des Gebietsstaates, als Beweismittel verwendet werden. Ferner bestimmt Art. 23 III 2 Neapel II, dass die ersuchte Gebietsbehörde nach ihrem nationalen Recht die Bedingungen für die Verwendung von Informationen festlegt, welche durch einen verdeckten Ermittler in Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gewonnen wurden, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Ersuchens ist.

#### IV. Verwertung von Erkenntnissen aus grenzüberschreitenden Ermittlungen

Damit stellt sich die Frage, ob bei der Verwertung von Erkenntnissen in inländischen Strafverfahren, welche durch „verdeckte Ermittlungen“ im Ausland gewonnen wurden, künftig grundsätzlich zwischen 2 Gruppen unterschieden werden muss, nämlich zwischen erstens, Erkenntnissen, die durch verdeckt ermittelnde Kriminalbeamte bzw. deren V-Personen im Rahmen eines als sonstige Rechtshilfe genehmigten Einsatzes auf fremdem Territorium erlangt wurden, und zweitens Erkenntnissen, die im Rahmen einer *selbständigen* grenzüberschreitenden Operation auf fremdem Hoheitsgebiet erhoben wurden. Erstere können als Beweis im inländischen Strafprozess jedenfalls immer nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde des Gebietsstaates verwertet werden. In bezug auf letzten ist für einen Teil geregelt, dass sie ohne weitere Zustimmung verwertet werden können,<sup>45</sup> weil eine solche Erlaubnis schon in der Genehmigung der grenzüberschreitenden Maßnahme liegt. Für einen anderen Teil erscheint offen, ob es für eine Verwertbarkeit einer ausdrücklichen Zustimmung des Territorialstaates bedarf oder ob sie als „eigene“ Erkenntnisse zur Disposition des Entsendestaates stehen. Diese Frage stellt sich derzeit insbesondere in Zusammenhang mit der Schengen-Zusammenarbeit. Sie wird exemplarisch deutlich an den beiden folgenden Fallkonstellationen: (1) Eine zur Aufklärung bestimmter Straftaten (beispielsweise Betäubungskriminalität) genehmigte grenzüberschreitende Observation bringt Erkenntnisse in bezug auf andere Straftaten; (2) bringt eine „Eilobservation“ Erkenntnisse, zu deren Verwertung sich der Gebietsstaat (zunächst) nicht äussert.

##### 1. Grundpositionen

Hier könnten zwei gegensätzliche Positionen eingenommen werden: *Einerseits* kann man argumentieren, dass die durch die grenzüberschreitenden Beamten erlangten Erkenntnisse wie solche zu behandeln sind, die im Wege der Rechtshilfe erhoben wurden – sei es durch die zuständigen Behörden des Gebietsstaates, sei es durch ausländische

40) Jeder Mitgliedstaat kann jedoch bei der Notifizierung des Übereinkommens erklären, dass er durch Art. 14 EU-EhÜbk nicht gebunden ist. Diese Erklärung kann jederzeit zurückgezogen werden (Art. 14 IV EU-RhÜbk).

41) Vgl. auch die Möglichkeit des Spezialitätsvorbehaltes bei der Gewährung justitieller Rechtshilfe (Art. 50 III SDÜ).

42) Nach Art. 13 EU-RhÜbk können die zuständigen Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine gemeinsame Ermittlungsgruppe zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen einsetzen. Sie besteht regelmässig aus Angehörigen der für strafrechtliche Ermittlungen zuständigen oder daran teilnehmenden Behörden; gegebenenfalls können aber auch Bedienstete internationaler Organisationen oder Gremien der Gruppe angehören.

43) Vgl. auch die Möglichkeit des Spezialitätsvorbehaltes bei der Gewährung von Rechtshilfe (Art. 7 III EU-RhÜbk).

44) Art. 13 VIII EU-RhÜbk. Ebenso dürfen entsandte Beamte Informationen, über die sie rechtmässig verfügen unter bestimmten Voraussetzungen für die Zwecke einer strafrechtlichen Ermittlung in die gemeinsame Ermittlungsgruppe einbringen. Auch hier soll wiederum ein Spezialitätsvorbehalt geltend gemacht werden dürfen (Art. 13 VII EU-RhÜbk).

45) Vgl. Art. 19 IV Neapel II.

Hoheitsträger, die insoweit als „Werkzeuge“ des Gebietsstaates agierten. Konsequenz dieser Position wäre, dass die durch grenzüberschreitende Ermittlungen erlangten Beweise grundsätzlich erst dann in dem eigenen Strafprozess verwendet werden dürften, wenn die zuständige (Justiz-)Behörde des Gebietsstaates dem zustimmt bzw. nur unter den Bedingungen, unter denen sie zustimmt. *Andererseits* könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass die durch die grenzüberschreitenden Beamten rechtmäßig erlangten Erkenntnisse, grundsätzlich so zu behandeln sind, als wenn sie „eigene“ Erkenntnisse wären. Konsequenz dieser Position wäre, dass die durch grenzüberschreitende Ermittlungen erlangten Beweise direkt und ohne weitere Genehmigung der zuständigen (Justiz-)Behörde des Gebietsstaates in dem eigenen Strafprozess verwendet werden dürften.

## 2. Abwägung

Für jede der genannten Positionen streiten unterschiedliche Argumente:

### a) Erkenntniserlangung durch Ausübung der Hoheitsgewalt des Entsendestaates

Die letztgenannte Position, nach der die im Wege des grenzüberschreitenden Einsatzes erlangten Erkenntnisse zur Disposition des Entsendestaates stehen, ist ohnehin nur vertretbar<sup>46</sup> unter der Prämisse, dass die ausländischen Hoheitsträger auf dem fremden Territorium die Hoheitsgewalt ihres Entsendestaates ausüben.

Zu dieser Frage äußert sich aber das SDÜ nicht. Im Völkerrecht gilt im allgemeinen das Prinzip „in dubio mitius“,<sup>47</sup> wonach im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen ist, die weniger souveränitätsbeschränkend wirkt. Danach wäre die Annahme, es solle Hoheitsgewalt des Entsendestaates ausgeübt werden, schwer haltbar, da dies die Souveränität des Gebietsstaates einschränkte. Nach den Grundsätzen für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge<sup>48</sup> müssen bei der Auslegung zur Klärung von Zweifelsfragen jedoch auch Systematik und Telos des Vertrages herangezogen werden: Der Zweck der grenzüberschreitenden Nacheile spricht dafür, dass die grenzüberschreitenden Beamten die Hoheitsgewalt ihres Entsendestaates ausüben, solange die Gebietsbehörden nicht von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen: Die Vertragsstaaten haben die Möglichkeiten der polizeilichen Zusammenarbeit nach dem SDÜ geschaffen, um den Sicherheitsverlust auszugleichen, den sie aufgrund des Wegfalls der Binnengrenzkontrollen befürchteten.<sup>49</sup> Personen, die von den nationalen Behörden eines Vertragsstaates verdächtigt werden, eine Straftat begangen zu haben, sollten auch nach Wegfall der Binnengrenzen nicht ohne weiteres ihren Hoheitsbereich verlassen und sich dadurch ihrem Zugriff entziehen können. Insoweit sollte durch das SDÜ der nationale Souveränitätspanzer aufgebrochen<sup>50</sup> und originäre Hoheitsgewalt des Entsendestaates auch auf dem Hoheitsgebiet des angrenzenden Vertragsstaates ausgeübt werden.<sup>51</sup>

Dem Ergebnis, dass die grenzüberschreitenden Beamten die Hoheitsgewalt ihres Entsendestaates ausüben, steht auch nicht entgegen, dass sie an das Recht des Gebietsstaates gebunden sind bzw. die zuständigen Gebietsbehörden weiterhin ein „ruhendes“ Weisungsrecht innehaben. Denn ersteres bestimmt nur die Modalitäten der Ausübung der Hoheitsgewalt, und letzteres wirkt sich erst dann aus, wenn es tatsächlich wahrgenommen wird. Dann freilich werden die grenzüberschreitenden Polizisten wieder zu Werkzeugen der Gebietsbehörden.

### b) Weitere systematische Erwägungen

Allerdings stellt der Umstand, dass die grenzüberschreitenden Polizisten die Hoheitsgewalt ihres Entsendestaates ausüben nur eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Bedingung dafür dar, dass die im Ausland gewonnene Erkenntnisse als ihre eigenen angesehen und direkt im heimischen Strafprozess verwerten können.

Dem könnte nämlich entgegen gehalten werden, dass die grenzüberschreitenden Ermittlungsbefugnisse (unter Ausübung eigener Hoheitsgewalt) zwar durch die Vertragsstaaten ermöglicht wurden, aber *ausschließlich* zu dem Zweck, dass *laufende Ermittlungen* nicht wegen eines Überschreitens der Hoheitsgrenze unterbrochen werden müssen. Keinesfalls aber sollten dadurch Hoheitsrechte des Gebietsstaates auf den Entsendestaat der grenzüberschreitenden Beamten übertragen werden, und die Erlaubnis zur Verwertung von „eigenen“ Erkenntnissen als Beweismittel in einem ausländischen Strafverfahren werden als solche Hoheitsrechte angesehen.<sup>52</sup> Denn dadurch, so könnte man argumentieren, würden die Grundsätze des internationalen Rechtshilfeverkehrs auf den Kopf gestellt. Diese Position wird ferner unterstützt durch die Beibehaltung des (ruhenden) Weisungsrechts der Gebietsbehörden sowie die fortbestehende Möglichkeit des Gebietsstaates grenzüberschreitende Ermittlungen unter Vorbehalten zu stellen sowie die an die Maßnahme anschließende Berichterstattungspflicht der Grenzüberschreiter, die als Absicherung eines möglichen Justizvorbehaltes interpretiert werden kann.

Diesen letztgenannten Argumenten, welche allesamt die Position stützen, dass durch grenzüberschreitende Beamte gewonnene Erkenntnisse letztlich zur Disposition des Gebietsstaates stehen, könnten aber die ausdrückliche Regelung des Art. 39 II SDÜ (bzw. auch Art. 23 III Neapel II) entgegengehalten werden, der *explizit* festlegt, dass es für polizeilich übermittelte Informationen vor der Verwertung im Strafverfahren einer Erlaubnis der zuständigen Behörden bedarf. Daraus könnte – akzeptiert man die Ähnlichkeit der beiden dadurch geregelten Sachverhalte<sup>53</sup> – in einem *Gegenschluss* gefolgert werden, dass es eines solchen Verfahrens für Erkenntnisse aus anderen grenzüberschreitenden Ermittlungen nicht bedarf, da diesbezüglich eine entsprechende Regelung fehlt. Vielmehr gehe aus der gegenseitigen Ermächtigung der Schengen-Vertragsstaaten zu grenzüberschreitenden Ermittlungen inzident hervor, dass dadurch gewonnene Ergebnisse gegebenenfalls zur Disposition des Entsendestaates stünden, der auf diesem Weg zu einer möglichst effektiven Strafverfolgung ermächtigt werden solle.

46) Da auch eine völkerrechtliche *Organleihe* nicht vorliegt (*Harings* [o. Fn 35], S. 254). Vgl. zu den Voraussetzungen *Ipsen* VölkerR, 1990, S. 514 Rn 20 ff.; *Weingärtner* Das Recht der Vollzugspolizei zur Nacheile und Nachbarhilfe, 1966, S. 153 ff.

47) Vgl. dazu *Ipsen* VölkerR, 3. Aufl. (1990), § 11 Rn 20; *Bernhardt* Interpretation, in: *Encyclopedia of Public International Law*, S. 1421.

48) Art. 31 und 32 Wiener Vertragsrechtskonvention v. 23. 5. 1969, BGBl 1985 II, 926.

49) Vgl. Gesetzentw. der BReg zum Schengen Übereinkommen v. 19. 6. 1990, BT-Dr 12/2453, S. 91; *Emmert* EuropaR (1996), § 35 Rn 2; *Bieber* NJW 1994, 294, 295; *di Fabio* DÖV 1997, 89, 93.

50) Vgl. Art. 7 a, 8 a EG-Vertrag sowie Gesetzentw. der BReg zum Schengener Übereinkommen v. 19. 6. 1990, BT-Dr 12/2453 und *Schweizer/Hummer* EuropaR, 1996, Rn 1911.

51) *Harings* (o. Fn 35), S. 251.

52) Das ist auch der Hintergrund für die Regelung in Art. 39 II SDÜ.

53) Gegen die Zulässigkeit eines argumentum e contrario könnte insbesondere eingewandt werden, dass Art. 39 II SDÜ die Zulässigkeit der Verwertung von Erkenntnissen regelt, welche im *polizeilich-präventiven* Austausch und nicht zu Strafverfolgungszwecken übermittelt wurden.

## V. Fazit

Insgesamt muss festgestellt werden, dass die Frage ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, die durch die Ausübung selbständiger grenzüberschreitender Ermittlungen im Schengen-Verbund bzw. durch eine künftige justitielle Zusammenarbeit auf der Grundlage des EU-RhÜbk erlangt wurden, zur Disposition des Entsendestaates stehen (und demzufolge ohne Zustimmung der zuständigen Behörden des Gebietsstaates als Beweise im inländischen Strafverfahren) verwertet werden können, derzeit noch nicht geklärt ist. Sie ist ein (weiteres<sup>54</sup>) Beispiel dafür, wie Verträge über eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit zur Strafverfolgung, die lediglich die Voraussetzungen solcher Einsätze, nicht aber deren vielfältige Folgen in der Praxis regeln, nicht geeignet sind, die Rechtssicherheit in der transnationalen Strafverfolgung zu erleichtern.

54) Noch weitgehend ungeklärt erscheint ferner die Frage, wie weit der „europaweite“ Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ gehen soll; vgl. dazu Kühne Ne bis in dem in den Schengener Vertragsstaaten, JZ 1998, 876 ff.; Lagodny Teileuropäisches „ne bis in idem“ durch Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ), NStZ 1997, 265 f.; Schomburg Anm. zu OLG Saarbrücken StV 1997, 359, 383.

Staatsanwältin Marina Thode, Landau

## Die außergerichtliche Einziehung von Gegenständen im Strafprozess\*

### I. Einleitung

Die Einführung neuer Gesetze gewährleistet noch nicht, dass sie in der Praxis umgesetzt werden. Entscheidend dafür ist, dass die Rechtsanwender die neuen Gesetze in ihrer Tragweite und Bedeutung erkennen und akzeptieren. Die in der Bundesrepublik Deutschland von den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Rechtsanwälten contra legem praktizierte außergerichtliche Einziehung ist ein Beispiel dafür, wie trotz der Einführung neuer Gesetze eine Praxis beibehalten worden ist, die auf einer abweichenden Rechtslage beruht.

Die materiellen Voraussetzungen der gerichtliche Einziehung von Gegenständen sind in den §§ 74 ff. StGB geregelt. Die StPO sieht ein spezielles Verfahren für die Einziehung vor, das sowohl dem Schutz des Angeklagten als auch Dritter dient, denen Rechte an dem der Einziehung unterliegenden Gegenstand zustehen. Diese Vorschriften sind sehr kompliziert. Die strafrechtliche Praxis hat, um einfacher zu demselben Ergebnis zu gelangen, parallel zu der gerichtlichen Einziehung ein Rechtsinstitut entwickelt, das als außergerichtliche<sup>1</sup> oder formlose<sup>2</sup> Einziehung bezeichnet wird. In einer mündlichen Verhandlung läuft eine außergerichtliche Einziehung in der Regel wie folgt ab:

Auf Vorschlag des Richters oder des Staatsanwalts verzichtet der Angeklagte auf sein Eigentum an dem Gegenstand, der nach der Darstellung des Vorschlagenden ohnehin der Einziehung unterliegt, und erklärt sich mit der außergerichtlichen Einziehung einverstanden. Die Erklärung wird im Protokoll verzeichnet und der Gegenstand meist ohne weitere Erwähnung in der Entscheidung, mit der das Verfahren abgeschlossen wird, durch die Justizbehörden verwertet.

Über den Umfang der außergerichtlichen Einziehung sind verlässliche Angaben nicht möglich. Die außerge-

richtlichen Einziehungen werden statistisch nicht erfasst; rechtstatsächliche Untersuchungen liegen nicht vor. Einige Indizien<sup>3</sup> rechtfertigen die Vermutung, dass die außergerichtliche Einziehung zum Gerichtsalltag in der Bundesrepublik Deutschland gehört.

Die Darstellung beschränkt sich auf die Genese des Rechtsinstituts und auf die Frage, ob die außergerichtliche Einziehung im Hinblick auf den Angeklagten mit dem geltenden Verfahrens- und Verfassungsrecht vereinbar ist. Die Probleme, die sich aus der außergerichtlichen Einziehung für Dritte ergeben, und die zivil- und kostenrechtlichen Folgen der außergerichtlichen Einziehung werden in einer demnächst erscheinenden Monographie der *Verfasserin* zu dem Thema dieser Untersuchung erörtert werden.

### II. Die Entwicklung der außergerichtlichen Einziehung

Die außergerichtliche Einziehung hat ihren Ursprung in der Zeit vor dem Inkrafttreten des Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. 5. 1968<sup>4</sup> am 1. 10. 1968, durch das das Recht der Einziehung grundlegend reformiert wurde, um die Regelungslücken des bestehenden Rechts zu schliessen und das Recht der außergerichtlichen Einziehung den verfassungsrechtlichen Erfordernissen anzupassen<sup>5</sup>.

#### 1. Die Entwicklung bis zum 30. 9. 1968

Die heute in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Bestimmungen über die Einziehung im Strafgesetzbuch und in der Strafprozessordnung gehen zurück auf das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871 (RGStGB)<sup>6</sup> und die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877 (RGStPO)<sup>7</sup>. Die Einziehung war in § 40 RGStGB wie folgt rudimentär geregelt:

1. Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Täter oder Teilnehmer gehören, eingezogen werden.

2. Die Einziehung ist im Urteil auszusprechen.

Nach dieser Bestimmung war die Einziehung nicht zulässig, wenn ein Dritter Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes war. Neben dieser allgemeinen Bestimmung

\* Der Aufsatz geht zurück auf einen Beitrag für die im September 1999 von der Jagellionen Universität in Krakow/Polen veranstalteten Konferenz „The Settlements in Criminal Proceedings in Europe“.

1) Vgl. BGH Urt. v. 23. 5. 1990 – 3 StR 121/90, BGHR StGB § 74 d Besitz 2 aller Mitwirkenden; BVerfG – 2. Kammer des 2. Senats Beschl. v. 27. 8. 1990, NStE Nr. 13 zu § 359 StPO; OLG Düsseldorf Beschl. v. 15. 9. 1992 – 2 Ws 405/92, NStZ 1993, 452.

2) BayObLG Urt. v. 8. 7. 1994 St RR 76/96, BayObLGSt 1996, 99 f. = OLGSt StGB § 74 Nr. 3 NStZ-RR 1997, 51 = wistra 1997, 109; KMR-Paulus StPO 8. Aufl., §§ 413–429 Rn 2; Ströber, Hubert/Guckenbiehl, Annette Verfahren bei Verzicht auf die Rückgabe sicherstellter Gegenstände, Rpfleger 1999, 115–118.

3) Vgl. die Angaben in Fn 1 und 2 sowie bereits Nr. 180 III der Richtlinien für das Strafverfahren (RiStV) v. 1. 8. 1953, abgedr. in Schwarz StPO, 16. Aufl., Anh. III; OLG Koblenz Beschl. v. 25. 8. 1994 – 1 Ws 558/94, JurBüro 1995, 541 mit Anm. Meyer Ansatz von Sicherstellungskosten (KV-GKG Nr. 9009 a) im Falle eines Verzichts des angeklagten Eigentümers der Sache auf Rückgabe zugunsten der Staatskasse, JurBüro 1997, 619, 620; LG Frankenthal Urt. v. 29. 12. 1994 – 4 O 1761/94 – unveröff. – zitiert mit einem weiteren Urteil ohne genaue Bezeichnung bei Ströber/Guckenbiehl (vgl. o. Fn 2). Außerdem ist der Verf. die außergerichtliche Einziehung seit mehr als 20 Jahren aus dem Gerichtsalltag in den Bundesländern Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz bekannt.

4) BGBl I, 503.

5) Vgl. Bode Das neue Recht der Einziehung im StraFR nach dem EGOWiG, NJW 1969, 1052; Wuttke Die Neuregelung des strafrechtlichen Einziehungsrechts, SchlHA 1968, 249 – 252.

6) RGBl 1871, 127.

7) RGBl 1877, 253.