Zur Verwertung von Erkenntnissen aus verdeckten Ermittlungen im Ausland im inländischen Strafverfahren\(^1\)

I. Einleitung

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, welche aus verdeckten Ermittlungen auf fremdem Hoheitsgebiet stammen, als Beweise in inländischen Strafverfahren verwertet werden können, gilt bis vor wenigen Jahren als weitgehend geklärt.\(^2\) 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 selbstständige Durchführung von verdeckten Ermittlungen auf fremdem Hoheitsgebiet gestattet; die Frage der Verwertung der dadurch erlangten Erkenntnisse wird aber nicht umfassend geregelt.

II. Erkenntnissgewinn durch den internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen


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 Staats“ erfolgen.\(^9\) Die ausländischen Hoheitsräte agieren dann nach dem Recht des Gebietsstaates und unter Weisung der zuständigen Gebietsbehörden, quasi als deren „Werkzeuge“.\(^10\)

\(^{1}\) Gekürzte Fassung eines Vortrages an der Polizei-Führungskademie München.
\(^{4}\) Jeschke Kriminalistik 1985, 69; Jeschke/Graf Kriminalistik 1987, 438; Körner (o. Fn. 2); Lagodny (o. Fn. 2), Rn 5; Vogler Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Einführungen von Straftätern aus dem Ausland, in Herzberg (Hrsg.), FS Dietrich Oehler, 1985, S. 382 mwN in Fn 8.
\(^{5}\) Das Verbot der eigennächtigen Beweiserhebung folgt nach h. m. aus dem völkerrechtlichen Grundsatz des Territorialitätsprinzips, nach dem die Hoheitsgewalt eines Staates an seinen Grenzen endet, vgl. dazu ausf. Engel Beweisaufnahme im Ausland (1988), S. 18 f mwN.
\(^{6}\) Körner (o. Fn. 2).
\(^{7}\) Vgl. zur sonstigen Rechtshilfe ausl. Lagodny (o. Fn. 2).
\(^{8}\) Vgl. dazu auch: Vogler GA 1986, 193 ff.
\(^{9}\) Vgl. BGH NSRZ 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, zum anderen daraus, dass eine Erkenntnisverwertung durch das erkennende Gericht wegen der Achtung der fremden Souveränität des ausländischen Staats 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.13 Die Bindung an völkerrechtliche Verträge verbietet es, nicht auf offiziellem Wege als Beweismittel übermittelter Erkenntnisse in einem Strafverfahren als Beweismittel zu verwerten, wenn ihre Übersendung durch einen formalen Rechtshilfevertrag geregelt ist und der Staats nicht auf diesem Wege einer Verwertung zustimmt.14 Es gilt in diesem Zusammenhang u. a. auch das Prinzip, dass Erkenntnisse, welche aus einem ausländischen VF- oder VP-Einsatz stammen, von den ausländischen Hoheitssträgern nicht einfach mit „nach Hause genommen“ und im inländischen Strafprozess als Beweis verwendet werden können; sie müssen vielmehr dem „ersuchenden Staate“ von der zuständigen Behörde zur Verfügung gestellt werden.15 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 nur entsprechend den dort genannten Bedingungen verwendet werden darf.16

II. Grenzüberschreitende „nicht offene“ Ermittlungen


1. Das Schengener Durchführungübereinkommen (SDU)

Anlass für die Einrichtung der Schengenen Zusammenarbeit war bekanntlich die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften durch das sog. erste Schengener Übereinkommen,20 das zweite Schengener Übereinkommen, das SDU, soll die durch den Wegfall der Grenzkontrollen21 befürchtete Einbuße an innerer Sicherheit ausgleichen. Es sieht zu diesem Zweck zwei Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Einsatzes von „nicht offen operierenden“ Polizeibeamten vor:

a) Die grenzüberschreitende Observation gem. Art. 40 SDU

Nach Art. 40 SDU darf die Polizei eines Schengen-Staates eine Person auch „auf dem Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei“ überwachen, wenn es sich um die Fortführung 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 Staats,22 auf dessen Hoheitsgebiet agiert werden soll, zuvor Rechtshilfe ersucht wurde und diesem Versuch zugestimmt hat.23 Die Bewilligung kann mit Auflagen verbunden werden.24

Ausnahmsweise kann wegen der „besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit“ ohne vorherige Zustimmung obwohl. Dann gelten für die Durchführung besondere Vorschriften (Art. 40 II SDU): Es muss Tatverdacht wegen einer Katalogtat nach Art. 40 VII 7 SDU vorliegen.25 Die Maßnahme muss nach dem Grenzvertrag unverzüglich den örtlich zuständigen Behörden mitgeteilt sowie unverzüglich ein Rechtshilfeersuchen nach-
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.\textsuperscript{27} Verlangt der Staat, auf dessen Hoheitsgebiet die grenzüberschreitenden Beamten operieren die Einstellung der Maßnahme,\textsuperscript{28} so muss die Observation abgebrochen werden.\textsuperscript{29} Die zuständigen Behörden des Gebietsstaates können darüberhinaus jederzeit verlangen, dass die Observation an sie übergeben wird.\textsuperscript{30} In jedem Falle müssen die grenzüberschreitenden Polizisten nach Abschluss der Maßnahme dem Gebietsstaat Bericht erstatten.\textsuperscript{31}

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“.\textsuperscript{32}

2. Zusammenarbeit in der Zollfrahmung

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\textsuperscript{33} und ist in gewisser Weise Konsequenz der gemeinschaftsrechtlichen Zollunion, in deren Rahmen verschiedene Kompetenzen im Bereich des Zollwesens auf die EG übertragen wurden.\textsuperscript{34} 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.\textsuperscript{35}

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 ausländischen Straftat verdächtigt ist, auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates fortzusetzen, wenn dieser einem Amtshilfeersuchen zugestimmt hat. Diese Zustimmung kann mit Auflagen verbunden werden.


b) Kontrollierte Lieferungen (Art. 22 Neapel II)

Art. 22 Neapel II verpflichtet die Mitgliedstaaten auf Eruchsen 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.\textsuperscript{36}

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


3. Justizielle Zusammenarbeit

Obwohl eine engere Zusammenarbeit der Justiz im Bereich der grenzüberschreitenden Strafverfolgung seit längerer Zeit auf der Agenda der EU-Mitgliedstaaten steht – bereits der EU-Vertrag von Maastricht sah die justizielle Zusammenarbeit in Strafachen als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse in der sog. dritten Säule der EU vor\textsuperscript{37} – und der EU-Vertrag von Amsterdam widmet diesem Anliegen einen eigenen Artikel\textsuperscript{38} – gelang es den EU-Ländern erst nach langjährigen Verhandlungen, einen gemeinsamen Entwurf für ein Übereinkommen über die Rechtslage zwischen den Mitgliedstaaten der EU (EU-RhUbK) anzunehmen.\textsuperscript{39}

a) Kontrollierte Lieferungen (Art. 12 EU-RhUbK)

Nach Art. 12 EU-RhUbK verpflichtet sich jeder Mitgliedstaat, auf Eruchsen eines anderen Mitgliedstaats kontrollierte Lieferungen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, die ausländischfähige 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.

---

\textsuperscript{27} Art. 40 III a SDÜ.
\textsuperscript{28} 28 Bei dem Handeln aufgrund „besonderer Dringlichkeit“ muss innerhalb von 5 Stunden nach Grenzübertritt eine Zustimmung vorliegen (Art. 40 II Unterabs. 4 SDÜ).
\textsuperscript{29} Art. 40 II Unterabs. 4 SDÜ.
\textsuperscript{30} Art. 40 I Unterabs. 2 SDÜ.
\textsuperscript{31} Art. 40 IIIb SDÜ.
\textsuperscript{32} Art. 73 III SDÜ.
\textsuperscript{33} Zur Geschichte aus: Dorsch ZollR, Einl. A Zz. 44 ff.
\textsuperscript{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 Arzneimittelkriminalität oder als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung; vgl. dazu Wessel Schutz der Union durch Zusammenarbeit in Zollfragen in Müller-Gräff Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres: der dritte Pfleger der Europäischen Union (1996), S. 118.
\textsuperscript{35} Vgl. beispielsweise Haring Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, 1998, S. 100.
\textsuperscript{36} Vgl. Art. 22 II Neapel II.
\textsuperscript{37} Art. K 1 Nr. 7 EUV a F.
\textsuperscript{38} Art. 31 EUV n. F.
\textsuperscript{39} Problematisch scheinen dabei insbesondere die Regelungen einer „grenzüberschreitenden Telefonüberwachung“ gewesen zu sein, die nunmehr in Art. 15 – 20 EU-RhUbK geregelt sind und im Folgenden nicht näher erläutert werden können.

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


4. Vorgaben für die Beweisverwertung solcher Erkenntnisse


IV. Verwertung von Erkenntnissen aus grenzüberschreitenden Ermittlungen


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 erlangt wurden – sei es durch die zuständigen Behörden des Gebietsstaates, sei es durch ausländische

41) Vgl. auch die Möglichkeit des Spezialitätsvorbehaltes bei der Ge- währung justitieller Rechtshilfe (Art. 30 III SDÜ).
42) Nach Art. 13 EU-RhÜbk können die zuständigen Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine gemeinsame Ermittlungs- gruppe zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen einsetzen, die besteht regelmäßiger 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 Ge- währung Rechtshilfe (Art. 7 III EU-RhÜbk).
45) Vgl. Art. 19 IV Neapel II.
Hohststräter, die insoweit als „Werkzeuge“ des Gebiets-
staates agierten. Konsequenz dieser Position wäre, dass
die durch grenzüberschreitende Ermittlungen erlangten
Beweise grundsätzlich erst dann in dem eigenen Strafpro-
zess verwendet werden dürften, wenn die zuständige (Ju-
stiz-)Behörde des Gebietsstaates dem zustimmt bzw. nur
unter den Bedingungen, unter denen sie zustimmt. Ande-
erseits könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass
die durch die grenzüberschreitenden Beamten rechtmäßi-
ergemacht erlangten Erkenntnisse, grundsätzlich so zu behandeln
sind, als wenn sie „eigene“ Erkenntnisse wären. Konse-
quenz dieser Position wäre, dass die durch grenzüber-
schreitende Ermittlungen erlangten Beweise direkt
und ohne weitere Genehmigung der zuständigen (Justiz-)Be-
hörde des Gebietsstaates in dem eigenen Strafprozess ver-
wendet werden dürften.

2. Abwägung

Für jede der genannten Positionen streiten unterschiedli-
che Argumente:

a) Erkenntniserlangung durch Ausübung der
Hoheitsgewalt des Entsendestaates

Die letztgenannte Position, nach der die im Wege des
grenzüberschreitenden Einsatizes erlangten Erkenntnisse
zur Disposition des Entsendestaates stehen, ist ohnehin
nur vertretbar46 unter der Prämisse, dass die ausländi-
schen Hoheitssträger auf dem fremden Territorium die Ho-
heitsgewalt ihres Entsendestaates ausüben.

Zu dieser Frage äußert sich aber das SDÜ nicht. Im Völkerrecht gilt im allgemeinen das Prinzip „in duo bio mit-
lus“,47 wonach im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen
ist, die weniger souveränitätsschädigend wirkt. Danach
wäre die Annahme, es solle Hoheitsgewalt des Entsended-
staates ausübt werden, schwer haltbar, da dies die Sou-
veränität des Gebietsstaates einschränkte. Nach den
Grundsätzen für die Auslegung, völkerrechtlicher Verfah-
rengesetzfragen jedoch auch Systematik und Telos des Vertrages
herangezogen werden: Der Zweck der grenzüberschrei-
tenden Nachteile spricht dafür, dass die grenzüber-

46) Da auch eine völkerrechtliche Organisola nicht vorliegt (Halings [o. Fo 35], S. 254). Vgl. zu den Voraussetzungen Ilsen Volkert, 1990, S. 514 Rn 20 ff; Weingartner Der Vollzugsappell zur Nach-
Rn 2; Bocuer NJW 1994, 294, 295; di Fabio DÖY 1997, 89, 93.
50) Vgl. Art. 7a, 8a EG-Vertrag sowie Gesetzentwurf der BRG zum Schengener Überleinkommen v. 18. 6. 1990, BT-Dr 12/2453 und
Schweizer/Hummer Europa, 1996, Rn 1911.
51) Halings (o. Fo 35), S. 251.
52) Das ist auch der Hintergrund für die Regelung in Art. 39 II SDÜ.}

1708 1181

1708 1181

1708 1181
V. Fazit

Insgesamt muss festgestellt werden, dass die Frage ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Erkennungen, die durch die Ausübung selbständiger grenzüberschreitender Ermittlungen im Schengen-Verbund bzw. durch eine künftige justizielle Zusammenarbeit auf der Grundlage des EU-RhÜbk erlangt wurden, zur Disposition des Entscheidungsstaates 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 (weiterer54) 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 "europäawide" Strafverfolgungsbereich nach Art. 54 SDÜ durchsetzt werden soll; vgl. dazu Kührne Ne bis indem in den Schengener Vertragsstaaten, ZJ 1998, 876 ff; Lagodzy Teileuropäisches "ne bis in idem" durch Art. 54 des Schengener Durchführungsvorschriften (SDÜ), NSZB 1997, 2651; Schomburg Anm. zu OLG Saarbrücken StV 1997, 339, 383.

Staatsanwältin Marina Thode, Landau

Die außergerichtliche Einziehung von Gegenständen im Strafprozess*

I. Einleitung


Die materiellen Voraussetzungen der gerichtlichen 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 außergerichtliche1 oder formlose2 Einziehung bezeichnet wird. In einer mündlichen Verhandlung läuft eine außergerichtliche Einziehung in der Regel wie folgt ab:


Über den Umfang der außergerichtlichen Einziehungen sind verlässliche Angaben nicht möglich. Die außergerichtlichen Einziehungen werden statistisch nicht erfasst; rechtsstaatsliche Untersuchungen liegen nicht vor. Einige Berichte3 rechtstüchtiger der Vermutung, dass die außergerichtliche Einziehung zum Gerichtsalltag in der Bundesrepublik Deutschland gehört.

Die Darstellung beschränkt sich auf die Geneese des Rechtstituits 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 Verfassergu 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. 19684 am 1. 10. 1968, durch das das Recht der Einziehung grundlegend reformiert wurde, um die Regelungen des bestehenden Rechts zu schliessen und das Recht der außergerichtlichen Einziehung den verfassungsrechtlichen Erfordernissen anzupassen5.

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)6 und die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877 (RStPO)7. Die Einziehung war in § 40 RGStGB wie folgt rudimentär geregelt:

1. Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgerufen werden, oder welche zur Begehung eines vorsätzliches Verbrechens oder Vergehens gehalten oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Täter oder Teilnehmer gehören, eingesetzt 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 Jagodiniun Universität in Krakau (Polen) veranstalteten Konferenz "The Settlements in Criminal Proceedings in Europe".


4) BGBl I, 503.


6) RGG 1871, 127.

7) RGG 1877, 253.