

# Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, Wiss. Mitarbeiter **Benjamin Roger**, Maître en Droit (Paris II), München

I. Würden Sie es grundsätzlich begrüßen, wenn die bestehenden Vorschriften für die Beweiserhebung in Strafsachen durch eine einzige Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ersetzt würden, die alle Beweisarten umfasst, d. h. auch Beweise, die noch nicht existieren oder die nicht ohne weitere Analysen oder Untersuchungen verfügbar sind? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Es erscheint grundsätzlich wünschenswert, dass die Vorschriften über Beweiserhebung und Beweistransfer in einem einzigen, konsistenten Rechtsinstrument zusammengefasst werden. Dies würde die Rechtsanwendung wesentlich vereinfachen und transnationale Strafverfahren transparenter machen sowie die rechtsstaatlichen Garantien verbessern. Aber:

1. a) Soll eine solche Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung erfolgen (s. dazu auch unten III., im Folgenden: PgA), ist unbedingt ein weit- aus höheres Maß an Harmonisierung erforderlich, als dies in den bisherigen Rahmenbeschlüssen auf dem Gebiet der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erfolgt ist. Dies betrifft sowohl die Umstände der Beweiserhebung als auch Vorschriften über die Rechte des Beschuldigten oder betroffener Dritter. Denn der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung bewirkt, dass die Mitgliedstaaten nur in den explizit vorgesehenen Ausnahmefällen die Vollstreckung einer Beweisanordnung verweigern können. Soweit den Staaten damit die Möglichkeit genommen wird, rechtsstaatliche Grenzen und Garantien für die Bürger zu schaffen, muss dies schon in dem Rechtsakt der Union erfolgen.<sup>1</sup> Keinesfalls kann diese Aufgabe bis zur Schaffung einer Richtlinie über Mindestgarantien im Strafverfahren aufgeschoben werden. Denn zum einen hat sich bereits gezeigt, dass eine Einigung darüber im Rat außerordentlich schwierig ist, und die bisweilen lange Dauer politischer Entscheidungsprozesse darf nicht zu Lasten der Bürger gehen. Zum anderen ist gerade das Beweisrecht ein neuralgischer Punkt jeder Strafprozessordnung, an dem das öffentliche Interesse an effektiver Strafverfolgung und die Rechte des Einzelnen in ein Gleichgewicht zu bringen sind. Dies erfordert eine ausbalancierte Ausgestaltung des Beweisrechts selbst und kann nicht durch einen – notwendigerweise allgemeinen – Katalog von Mindestrechten ersetzt werden.<sup>2</sup> Jede nationale Rechtsordnung enthält solche detaillierten Vorschriften über Be-

weiserhebung und -verwertung, die die kollidierenden Interessen des staatlichen Strafanspruchs und der Grundrechte des Einzelnen in ein Gleichgewicht bringen, allerdings im Detail auf sehr unterschiedliche Weise. So sehen manche Rechtsordnungen – etwa die englische – vor,<sup>3</sup> dass Zeugenaussagen nur verwertet werden dürfen, wenn sie vor dem Gericht erfolgen, welches das Urteil fällt (hearsay rule). Andere – etwa das französische Recht – hingegen lassen auch Protokolle über frühere Aussagen als Beweis zu, wenn diese Aussagen vor einem Richter getätigt wurden. Eine solche antizipierte richterliche Vernehmung aber kennt beispielsweise das englische Recht nicht, was die rechtsstaatliche Problematik transnationaler Beweiserhebungen deutlich zu Tage treten lässt. Denn die Anwendung des PgA führt dazu, dass die strafprozessualen Beweiseingriffe von der Struktur der jeweiligen Rechtsordnung gelöst werden und als „verkehrs-fähige“ Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten vollstreckt werden müssen. Das bedeutet, dass die Entstehungsbedingungen solcher Beweiseingriffe und die hierfür geltenden, wohlbegründeten nationalen Einschränkungen der Strafverfolgungsmacht ausgeblendet werden, was auf eine erhebliche Absenkung der Eingriffsschranken und die maximale Verwertbarkeit von Beweismitteln unter Missachtung rechtsstaatlicher Grenzen hinausläuft.<sup>4</sup> Dieses Ergebnis ist nicht verwunderlich, sondern genau spiegelbildlich zur Situation im Warenverkehr, wo das PgA – in durchaus erwünschter Weise – auf eine maximale Verkehrsfähigkeit von Gütern hinausläuft. Ebenso wie im Recht des Binnenmarkts die wenigen Schranken<sup>5</sup> diesem liberalen Effekt nur äußerste Grenzen setzen, können „Mindestgarantien“ den im Strafverfahren strukturell illiberalen Effekt des PgA nur in sehr geringem Umfang begrenzen.<sup>6</sup> Ein Beweisverkehr auf der Grundlage des PgA führt mit anderen Worten notwendigerweise zu einer strukturellen Schwächung der Rechtsstellung des Beschuldigten, die in jeder nationalen Rechtsordnung jeweils in einem abgestimmten Verfahren garantiert wird, bei der Kombination zweier Verfahren aber gerade durch jenes Prinzip erodiert wird. Der in diesem Zusammenhang übliche Verweis auf ein „hohes Maß an Vertrauen“<sup>7</sup> setzt implizit voraus, dass jede nationale Rechtsordnung als eine für sich ausgewogene

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Gleiß*, ZStW 115 (2003), 131 (140) m.w.N.

<sup>4</sup> In dieser Richtung bereits *Schünemann*, GA 2002, 501 (515 f.), eingehend *ders.*, StV 2003, 116 (121) und zuletzt *ders.* (Fn. 1), S. 119 ff.

<sup>5</sup> Vgl. das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cassis de Dijon* (120/78).

<sup>6</sup> S. dazu die Ausführungen zum vorgeschlagenen Eurodefensor bei *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 49.

<sup>7</sup> Dazu im Beweisverkehr zuletzt Erwägungsgrund 8 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung, ABl. L 350/72.

<sup>1</sup> *Schünemann*, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109 (122 f.); *Roger*, GA 2010, 27 (28 f.).

<sup>2</sup> So die Europäische Kommission selbst im Grünbuch Verfahrensgarantien, KOM (2003) 75 endg., S. 17. Vgl. ferner *Schünemann*, StraFo 2003, 344 (349); *ders.*, ZIS 2007, 528 (533); *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (347 f.); *Abetz*, Justizgrundrechte in der Europäischen Union, 2005, S. 307 (323).

rechtsstaatliche Regelung erachtet wird, und geht genau aus diesem Grund im Zusammenhang mit dem PgA vollkommen fehl: Denn dieses hebt genau die fein aufeinander abgestimmten Regelungen aus, welche die rechtsstaatliche Balance herstellen. Das Vertrauen in andere Mitgliedstaaten kann mit anderen Worten nicht Grundlage für die Etablierung eines auf dem PgA beruhenden transnationalen Systems sein, welches gerade das Substrat jenes Vertrauens untergräbt.

b) Weil den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Rechtsakte zur polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit wenig Spielräume verbleiben, müssen diese Probleme bereits in den europäischen Rechtsakten selbst berücksichtigt werden, was zu dem Schluss nötigt, dass eine Regelung aufgrund des PgA nur nach weitestgehender Harmonisierung des Beweisrechts die Gewähr für ein rechtsstaatlich ausgewogenes Verfahren bieten könnte. Diese müsste das Beweisrecht im weiteren Sinne, also einschließlich der mit der Beweiserhebung unauflösbar zusammenhängenden Problematik der Zulässigkeit und Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung, betreffen und ist schon aus diesem Grund angesichts sehr unterschiedlicher nationaler Strafprozessordnungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt illusorisch. Gerade die im Grünbuch behandelte Erhebung von Beweisen, die noch nicht existieren oder nicht ohne weitere Analysen oder Untersuchungen verfügbar sind, erfordert eingehende Maßnahmen im Vollstreckungsstaat. Daher wird eine Regelung über die Erlangung solcher Beweise einen noch höheren Grad an Harmonisierung erfordern als das Beweisrecht im Übrigen.

c) Um exemplarisch einige wichtige Kategorien der vor Einführung des PgA-Modells notwendigen Harmonisierung zu benennen:

aa) Zum einen bestehen für zahlreiche strafprozessuale Maßnahmen national unterschiedliche Erhebungsschwellen, d.h. dass die verfolgte Tat einen bestimmten, vielfach durch Enumeration von Delikten präzisierten Schweregrad erreichen muss, um diese Maßnahmen zu rechtfertigen. Dieses Erfordernis würde durch das PgA ausgehöhlt, wenn der Staat B, der etwa eine Telekommunikationsüberwachung oder Blutentnahme nur beim Verdacht einer gravierenden Straftat zulässt, solche Maßnahmen für leichtere Delikte vollziehen muss, weil ein anderer Staat A dies anordnet. Solche Erhebungsschwellen sind Ausdruck der Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen einerseits und sensiblen Grundrechten andererseits, weshalb sie nicht dem unkontrollierten Spiel der gegenseitigen Anerkennung preisgegeben werden dürfen, sondern als deren Schranken aufrecht erhalten werden müssen.

bb) Auch sehen die nationalen Rechtsordnungen für zahlreiche Maßnahmen vor, dass sie – vorbehaltlich einer Situation der Gefahr im Verzug, die aber bei transnationalen Beweiserhebungen, welche „vom Schreibtisch“ aus angeordnet werden, kaum je vorkommen wird<sup>8</sup> – nur von einem Richter angeordnet werden können. Nicht umsonst hat der Ausschuss des Europäischen Parlaments für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres darin „eine der wichtigsten Garantien für

die Bürger“ gesehen.<sup>9</sup> Diese muss in jeder Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung bestmöglich gewahrt werden, unter Umständen auch zum gemeinsamen Standard erhoben werden. Ganz entschieden ist an dieser Stelle Bestrebungen zu widersprechen, den Beweisverkehr in seiner internationalen Dimension zu entformalisieren und damit weniger strenge Anforderungen zu stellen als im innerstaatlichen Verfahren; hierfür besteht keinerlei praktisches Bedürfnis, vielmehr zeugt es von einer einseitigen, nahezu blinden Fixierung auf die Effizienz des Verfahrens, wenn gefordert wird, dass eine transnationale Beweiserhebung ohne förmliche Entscheidung zulässig sein soll, also ohne eine solche Entscheidung, wie sie zur Beweiserhebung im Anordnungsstaat nötig wäre.<sup>10</sup> Im Gegenteil: Weil der Richtervorbehalt, wie überhaupt jedes förmliche Verfahren, der Wahrung der Grundrechte dient, sich in der Praxis aber oft schon in rein nationalen Verfahren als wenig effizient erweist<sup>11</sup> und im transnationalen Verfahren durch die Verdoppelung der Verfolgungsbehörden weiter verwässert wird, muss er von einer effektiven Mitwirkung der Verteidigung flankiert werden. Insbesondere bietet sich – als Gegengewicht zur institutionell gestärkten Strafverfolgung – eine institutionalisierte Verteidigungsinstanz an, wie sie in Gestalt des Eurodefensor vorgeschlagen wurde (näher unten IX.).<sup>12</sup>

2. Ein anderes, rechtstechnisch wesentlich leichter durchzuführendes Modell kann als transnationale Verfahrenseinheit bezeichnet werden. Danach wird ein Staat, nämlich jener, der den engsten Bezug zur Straftat besitzt,<sup>13</sup> ausschließlich mit deren Verfolgung betraut, woraus sich stringent ergibt, dass das Strafprozessrecht dieses Staats für das gesamte Verfahren maßgeblich ist, insbesondere für die Erhebung und Verwertung von Beweisen. Das impliziert die Beweiserhebung nach dem Prinzip *forum regit actum* (dazu unten V. 1.). Eine detaillierte Ausarbeitung liegt mit dem im Rahmen des AGIS-Programms der Europäischen Kommission erarbeiteten

<sup>9</sup> Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Parlamentsdokument A6-0408/2008, 6.

<sup>10</sup> So die Forderung im Bericht von *Vermeulen/De Bondt/van Damme*, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, 2010, S. 20 (100 f.). Der umfangreiche Bericht kann im vorliegenden Rahmen nicht im Einzelnen analysiert werden. Angemerkt sei lediglich, dass die Begründung, eine förmliche Entscheidung könne gerade im polizeilichen Ermittlungsverfahren gar nicht erlassen werden, in einem Rechtsstaat inakzeptabel ist und nahezu karikaturhafte Züge trägt.

<sup>11</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 29 Rn. 25 f. m.w.N.

<sup>12</sup> *Schünemann*, in: ders. (Hrsg.), Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, 2004, S. 15 ff.; *ders.* (Fn. 6), S. 49; *Nestler*, in: *Schünemann* (Fn. 6), S. 166; *Szwarc*, in: *Schünemann* (Fn. 6), S. 181. Allg. zur Unabweisbarkeit einer Stärkung der Verteidigung *Schünemann*, StV 2006, 361 (363).

<sup>13</sup> I.E.s. Art. 2, 3 des Gesamtkonzepts (Fn. 6).

<sup>8</sup> *Roger*, GA 2010, 27 (34).

ten Gesamtkonzept vor.<sup>14</sup> Der wesentliche Vorzug dieses Modells ist, dass es keine vollständige Harmonisierung der Verfahrensordnungen der Mitgliedstaaten voraussetzt, gleichwohl aber durch die Anwendung einer einzigen Verfahrensordnung ein konsistentes und ausgewogenes Verfahren gewährleistet.<sup>15</sup> Ausgangspunkt ist freilich eine verbindliche Regelung der Strafverfolgungskompetenz nach legitimen Anknüpfungskriterien, für die Art. 2 des Gesamtkonzepts eine klare Regelung vorsieht, die vom anerkanntermaßen wichtigsten Anknüpfungspunkt,<sup>16</sup> dem *Territorialprinzip*, ausgeht, gleichwohl aber Spielraum für eine abweichende Kompetenzzuweisung belässt.<sup>17</sup>

3. Die dritte Möglichkeit schließlich bestünde im Grundsatz der Meistbegünstigung, wonach die Beweiserhebung und -verwertung jeweils an die Schranken *beider* beteiligter Rechtsordnung gebunden wären.<sup>18</sup> Diese Lösung würde die rechtsstaatlichen Garantien umfassend wahren und erscheint als die einzig akzeptable Lösung, wenn nicht eine weitestgehende Harmonisierung des Strafverfahrensrechts (als Voraussetzung einer rechtsstaatlich vertretbaren gegenseitigen Anerkennung, s. oben 1.) oder eine verbindliche Zuständigkeitskonzentration auf einen Mitgliedstaat (im Rahmen der transnationalen Verfahrenseinheit, s. oben 2.) geschaffen wird. Ein allgemeines Meistbegünstigungsprinzip für den gesamten Beweisverkehr wäre gleichwohl wenig sinnvoll, weil es, analog zu einem Verfahren der gegenseitigen Anerkennung ohne Harmonisierung, aber unter umgekehrten Vorzeichen, zu einem hybridisierten, so nirgendwo existierenden Verfahren mit maximalen Eingriffsschranken führen würde. Dies würde die unabweisbar notwendige Verfolgung von Straftaten im durch die Freizügigkeit geschaffenen, einheitlichen kriminalgeographischen Raum der EU zu paralysieren drohen.<sup>19</sup>

4. Eine Variante dieses Meistbegünstigungsmodells, die gerade noch als rechtsstaatlich akzeptabel gelten kann, wäre die Beweiserhebung nach dem Recht des Anordnungsstaats unter der doppelten Voraussetzung, dass dieser aus der Sicht des Vollstreckungsstaats in größerer Sachnähe zur verfolgten Tat steht und dass der *ordre public* des Vollstreckungsstaats eingehalten wird. Die erste Voraussetzung ist ein residuales und dezentrales Surrogat für die oben 2. angesprochene verbindliche Zuständigkeitsregelung, dient insofern der Legitimierung der Strafverfolgung und ist keinesfalls zufällig oder

gar ein „bedauerlicher Irrtum“.<sup>20</sup> Sie entspricht sachlich der Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl, wonach die Auslieferung Deutscher<sup>21</sup> für sog. Inlandstaten regelmäßig zugunsten einer Strafverfolgung durch deutsche Behörden unterbleiben müsse.<sup>22</sup> Das Gericht knüpft dabei an den im Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl (Art. 4 Nr. 7) vorgesehenen Ablehnungsgrund an, der auch im Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung (Fn. 7, im Folgenden: RB-EBA) übernommen wurde (näher unten V. 3.). Zur Erforderlichkeit eines Vorbehalts des *ordre public* des Vollstreckungsstaats s. unten V. 1.

II. Halten Sie es für notwendig, in diese Regelung für bestimmte Beweisarten besondere Vorschriften aufzunehmen? Wenn ja, welche? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Soll eine Regelung nach dem PgA ergehen, ist es dringend erforderlich, für bestimmte Beweisarten besondere Regelungen vorzusehen. Beweiserhebungen greifen unterschiedlich stark in die Rechte des Einzelnen ein, weshalb auch in allen nationalen Rechtsordnungen besondere Anforderungen für bestimmte Beweiseingriffe gelten.

1. So besteht in zahlreichen Mitgliedstaaten ein Richter vorbehalt für Hausdurchsuchungen. Für diese besonders eingriffintensiv Maßnahme – ist teilweise bereits im RB-EBA geregelt ist – ist im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens auch im europäischen Rechtsakt eine richterliche Entscheidung vorzuschreiben, flankiert von einer effektiv gestärkten Verteidigung (s. oben I. 1. c) bb).

2. Für Zeugenvernehmungen, auch per Video oder Telefon, muss geregelt werden, nach welchen Vorschriften sich etwaige Schweigerechte richten; hier könnten die Regelungen im EU-Rechtshilfeübereinkommen Pate stehen. Diese sehen eine Vernehmung nach dem Recht des Staates vor, der das Verfahren führt (*lex fori*), jedoch unter Fortgeltung der Grundprinzipien des Staates, auf dessen Territorium die vernommene Person sich aufhält (*ordre-public-Vorbehalt*), bzw. teilweise unter voller Geltung der Zeugnisverweigerungsrechte beider Staaten („Meistbegünstigung“ des Zeugen), Art. 10, 11 EU-RhÜbk. Zur Beweiserhebung nach dem Recht des Staats, der das Verfahren führt (*lex fori*), s. unten V. 1.).

3. Ferner ist die Überwachung der Telekommunikation in den meisten Mitgliedstaaten nur auf richterliche Anordnung und nur für besonders *schwere Kriminalität* vorgesehen, weil auch diese Maßnahme tief in die Grundrechte der Bürger eingreift. Ähnlich schwer wiegende Probleme wirft der Einsatz verdeckter Ermittler auf. In diesen Fragen kann eine verbindliche europäische Regelung nicht hinter dem in den Mitgliedstaaten üblichen Niveau rechtsstaatlicher Beschrän-

<sup>14</sup> S. Schünemann (Fn. 6), S. 93 und zuvor bereits in ders. (Hrsg.) (Fn. 12), S. 5; sowie eingehend Wohlers, (ebda.), S. 51 ff.

<sup>15</sup> Satzger, KritV 2008, 18 (33), spricht insofern von einem richtig verstandenen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das sich auf eine Verfahrensordnung *als Ganzes* beziehe.

<sup>16</sup> S. etwa Ambos, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, Vor §§ 3-7 Rn. 25.

<sup>17</sup> S. auch unten VIII.

<sup>18</sup> Als Diskussionsanregung bereits bei Schünemann, StV 2003, 116 (121).

<sup>19</sup> Schünemann (Fn. 6), S. 93 (109).

<sup>20</sup> So aber – ohne jegliche Begründung – der Bericht „EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters“ (Fn. 10), S. 16 (S. 79).

<sup>21</sup> Zu recht krit. zur Beschränkung auf eigene Staatsangehörige Lagodny, StV 2005, 515 (518); Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2009, S. 162.

<sup>22</sup> BVerfGE 113, 273 (306, 318 f.).

kung zurückbleiben. Eine schlichte Anwendung des PgA würde hier eine Absenkung der Eingriffsschranken auf den niedrigsten gemeinsamen Nenner bedeuten, was inakzeptabel wäre und jeder praktischen Notwendigkeit entbehrt.

4. Solche und äquivalente Maßnahmen müssen mit besonderen Schranken versehen werden, um nicht das Gleichgewicht des Verfahrens – ein wichtiges Anliegen der Europäischen Union – zulasten der betroffenen Bürger zu verschieben. Denn auch hier gilt, dass die Mitgliedstaaten zu wenige Spielräume haben, um die Verfahrensbalance bei der Umsetzung zu gestalten.

5. Es bietet sich an, zu den unterschiedlichen Maßnahmen und Beweisarten eine vergleichende Analyse der nationalen Rechtsordnungen anzustellen. Dies lässt sich am besten durch die koordinierte Arbeit von Rechtswissenschaftlern aus allen Mitgliedstaaten erreichen. Hierbei werden sich zweifelsohne Unterschiede im Detail zeigen, doch auch Ähnlichkeiten in den Grundzügen. Davon ausgehend können gemeinsamen Prinzipien formuliert werden, die zur Grundlage einer ausdifferenzierten europäischen Regelung gemacht werden können. Ein solches Verfahren würde einen nicht unerheblichen zeitlichen, personellen und organisatorischen Aufwand erfordern. Doch darf, gerade angesichts der Bedeutung des Gegenstands für die Grundrechte der Bürger, nicht überstürzt gehandelt werden. Die Kooperation in Strafsachen aufgrund der bestehenden Rechtsinstrumente ist funktionsfähig, wenn auch nicht ideal. Eine Neuregelung darf sich nicht auf das – an sich berechnete – Bestreben beschränken, die Kooperation effizienter zu machen, sondern muss sich der Gesamtbalance des Strafverfahrens verschreiben, ein Anspruch, der von den europäischen Organen explizit unterstrichen wird.<sup>23</sup> Dabei ist es eine Selbstverständlichkeit, dass die Komplexität der Materie oder mangelnder politischer Gestaltungswille keinen triftigen Grund abgeben, die Regelung durch schlichte Anwendung des PgA einseitig zulasten des Beschuldigten zu gestalten. Angesichts der schweren Grundrechtseingriffe, die ein Strafverfahren zeitigt, würden die Vorteile einer schnelleren Regelung des gesamten Beweisrechts mittels schlichter Anwendung des PgA durch die Nachteile einer nicht hinreichend ausdifferenzierten und ausbalancierten Regelung bei weitem überwogen. Und nur eine gründliche Regelung kann dazu beitragen, auch in den Mitgliedstaaten in mancher Hinsicht die Rechtsstellung der Bürger zu verbessern, während sie zugleich die Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union erleichtert; dies wäre ein großer Schritt in Richtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

III. Halten Sie es für nicht sachgerecht, die Merkmale, die für eine Regelung auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung typisch sind, auf alle Beweisarten anzuwenden, d. h. auch auf Beweise, die noch nicht existieren oder die nicht ohne weitere Analysen oder Untersuchungen verfügbar sind?

<sup>23</sup> S. nur die Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere am 15./16.10.1999, Ziff. 40, sowie das Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 20.

Wenn ja, welche Beweisarten sollten anders behandelt werden? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Im Hinblick auf die oben (I. 1. a) und II.) genannten Besonderheiten des Beweisrechts erscheint es nicht sachgerecht, das PgA hier in seiner üblichen Form anzuwenden, wie etwa (in selbst schon zweifelhafter Weise<sup>24</sup>) bei den Rahmenbeschlüssen über den Europäischen Haftbefehl und über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen. Für Haftbefehle, und mehr noch Endurteile, wird die Ansicht vertreten, dass sie Ergebnisse eines bestimmten Verfahrens seien und daher in einem gewissen Maße von ihren Entstehungsbedingungen, also dem Verfahren, abgelöst und als „verkehrs-fähig“ angesehen werden könnten, was Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung ist.<sup>25</sup> Das mag für sich genommen eine gewisse Plausibilität haben, ändert jedoch nichts daran, dass es sich bei der Untersuchungshaft und der Strafvollstreckung um die am schwersten wiegenden strafprozessualen Grundrechtseingriffe handelt und gerade die Untersuchungshaft im Ermittlungsverfahren sich dabei auf nicht mehr als einen *Tatverdacht* stützen kann. Aus diesem Grund verlangt sie nach besonders starken Kautelen, wie sie im „Gesamtkonzept“ (oben Fn. 6) detailliert aufgeführt sind.

Beweiserhebungen jedenfalls sind Teil eines Verfahrens und mit diesem Verfahren, etwa mit den Regeln über Schweigerechte und Beweisverbote, aber auch allgemein mit dem Recht der Beweisverwertung und Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung, untrennbar verbunden.<sup>26</sup> Sie lassen sich daher nicht von dem Verfahren der Rechtsordnung trennen, in der sie erhoben werden. So verhält es sich beispielsweise mit Zeugenvernehmungen und der Frage nach der Verwertbarkeit von Protokollen über frühere Vernehmungen (s. das Beispiel oben I. 1. a). Aus diesem Grund spricht sich die große Mehrzahl der Rechtswissenschaftler in Deutschland gegen eine schlichte Übertragung des PgA auf Beweiserhebung und Beweistransfer aus.<sup>27</sup>

Diese Bemerkungen gelten in besonderem Maße für Beweise, die noch nicht existieren oder die nicht ohne weitere

<sup>24</sup> Zu besseren und differenzierteren Lösungen s. das „Gesamtkonzept“ (Fn. 6), S. 188 ff., 31 ff.

<sup>25</sup> S. etwa Heger, ZIS 2007, 547 (555).

<sup>26</sup> S. etwa Gleß, ZStW 115 (2003), 131; dies., ZStW 116 (2004), 353 (356); dies., Beweisgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 149 ff. (m. rechtsvergleichender Untersuchung S. 48 ff.); Radtke, GA 2004, 1 (18 f.); Heger, ZIS 2007, 547 (555); Nestler, ZStW 116 (2004), 332 (345 ff.); Sommer, StraFo 2003, 351 (353).

<sup>27</sup> Dies ergibt sich direkt aus dem im „Gesamtkonzept“ (oben Fn. 6) vertretenen Modell des *forum regit actum* („Schweizer Modell“), das gerade einen konstruktiven Gegenentwurf zum Prinzip gegenseitiger Anerkennung bildet. Vgl. ferner Schünemann, StV 2003, 116 (119); ders., ZIS 2007, 528 (533); Gleß, ZStW 116 (2004), 353 (365 f.); Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn 57a. Dies gilt selbst für Autoren, die der gegenseitigen Anerkennung ansonsten positiv gegenüberstehen, s. etwa Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 12 Rn 58 ff.; Heger, ZIS 2007, 547 (555).

Analysen oder Untersuchungen verfügbar sind. Denn weil sie weiter gehende Eingriffe in Grundrechte zeitigen, sind ihre Erhebungsvoraussetzungen strenger (s. oben II.) und hängt ihre spätere Verwertung im Verfahren stärker von den Umständen der Beweisgewinnung ab als bei existierenden Sachen oder Daten.

IV. Halten Sie es für sinnvoll, die Regelung durch nichtlegislative Maßnahmen zu ergänzen? Wenn ja, welche? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Der Fokus der Überlegungen muss auf der in einem Rechtssystem primären, namentlich der normativen Ebene und ihren zahlreichen Problemen liegen. Denn der Machtzuwachs der Strafverfolgungsbehörden durch das PgA ist ein normatives Faktum, welches nur auf ebendieser normativen Ebene durch Stärkung der Verteidigung aufgewogen werden kann. Nichtlegislative Maßnahmen können mit Normen nicht in ein Abwägungsverhältnis gebracht werden, weshalb nachdrücklich davor zu warnen ist, normative Kompromisse oder Unzulänglichkeiten durch Konzepte von „best practice“ korrigieren zu wollen. Die technische Durchführung der Rechtsinstrumente, die Fortbildung der Akteure und sonstige Aspekte sind keine Aufgaben, die auf europäischer Ebene geregelt werden müssen, und sind dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend der Organisationshoheit der Mitgliedstaaten über ihre Justiz und Verwaltung zu überlassen.

V. Gibt es noch weitere Aspekte, die geregelt werden sollten? Wenn ja, welche? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

1. Angesichts dessen, dass Zweck jeder Beweiserhebung die Verwertung im Strafverfahren ist, muss diese Verwertung schon bei der Beweisgewinnung der maßgebliche Bezugspunkt sein. Es dürfen keine Beweise erhoben werden, die in dem Strafverfahren nicht zugelassen werden können. Dies war auch im Kommissionsentwurf eines RB-EBA vorgesehen (KOM [2003] 688 endg., Art. 6 c), bei den Beratungen im Rat aber wieder gestrichen worden.<sup>28</sup> Der zuverlässigste Weg, ein solchermaßen konsistentes Verfahren zu ermöglichen, wäre eine weitestgehende Harmonisierung des Beweisrechts. Weil dies jedoch mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip bedenklich sein kann und eine Einigung kaum erzielt werden würde, erscheint die Beweiserhebung nach dem Recht des Anordnungsstaats (*lex fori regit actum*) als die wohl beste praktikable Lösung. Dieses Modell, das in Art. 12 RB-EBA als Option vorgesehen ist, könnte für den Regelfall vorgeschrieben werden.<sup>29</sup> Flankiert werden müsste es zumindest mit dem Vorbehalt, dass der *ordre public* des Vollstre-

ckungsstaats gewahrt ist (so auch Art. 12 RB-EBA); denn hierbei geht es um fundamentale Wertentscheidungen bei der Gestaltung des Strafprozesses, und ein hinreichend bestimmter europäischer *ordre public* lässt sich auf diesem Gebiet nicht ausmachen.<sup>30</sup> Für einige, besonders gravierende Maßnahmen ist auch zu erwägen, dass sie den Anforderungen sowohl im Anordnungsstaat als auch im Vollstreckungsstaat genügen müssen („*Meistbegünstigung*“).<sup>31</sup>

2. Ferner ist eine allgemeine Regelung über die Kompetenz in Strafsachen anzustreben. Der Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren sieht dafür keine Kriterien vor, sondern lediglich ein Konsultationsverfahren zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten. Doch ist die Strafverfolgung eine sensible Materie, die die am schwersten wiegenden Grundrechtseingriffe in einem Rechtsstaat zeitigt. Dies muss auch bei der Frage Berücksichtigung finden, wann ein Staat einem anderen bei der Strafverfolgung Rechtshilfe zu leisten hat. Insbesondere bei Handlungen, die auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates erfolgt sind, ist dieser Staat in aller Regel zur Entscheidung darüber berufen, ob sie strafrechtlich geahndet werden sollen. Gleichwohl werden sich häufig auch für andere Staaten Anknüpfungspunkte finden, etwa weil die Handlung dort Auswirkungen hat, oder weil einer seiner Staatsbürger betroffen ist. Es kann nicht eine beliebige, schwache Verbindung zu einem anderen Staat genügen, damit dieser die Strafverfolgung eines Verhaltens übernimmt, das möglicherweise am Ort der Handlung gar nicht strafbar ist. Ein detaillierter, von einer internationalen Arbeitsgruppe von Strafrechtslehrern ausgearbeiteter Entwurf dazu findet sich in Art. 2 des „Gesamtkonzepts“.<sup>32</sup>

Aus denselben Gründen ist auch – mangels umfassender Harmonisierung des materiellen Strafrechts – weitestgehend am Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit festzuhalten: dieses trägt wirksam dazu bei, dass strafloses Verhalten nicht von einem fremden Staat unter Mitwirkung des Staates sanktioniert wird, der dieses Verhalten seinerseits für straflos erklärt.<sup>33</sup>

3. Solange eine Regelung über die Kompetenz in Strafsachen nicht ergangen ist, ist es dringend nötig, dass der Vollstreckungsstaat zumindest für sog. Inlandstaten, d.h. Handlungen, die auf seinem Territorium begangen sind, die Vollstreckung einer Beweisordnung verweigern kann, wie es in Art. 13 Abs. 1 f) i RB-EBA vorgesehen ist. Selbiges muss auch für Taten gelten, die nicht im Anordnungsstaat begangen wurden, wenn das Recht des Vollstreckungsstaats „eine strafrechtliche Verfolgung von außerhalb seines Hoheitsgebiets begangenen Straftaten gleicher Art“ nicht zulässt

<sup>28</sup> I.E.s. Roger, GA 2010, 27 (34 f.).

<sup>29</sup> So – mit nach Eingriffsintensität gestaffeltem *ordre-public*-Vorbehalt – der Vorschlag im „Gesamtkonzept“ (Fn. 6), Art. 4 (S. 10, Schaubild S. 17) u. dazu Schünemann (Fn. 6), S. 109. Vgl. auch Gleß, StV 2004, 679 (683) u. ferner Resolution D 2 des Vorkolloquiums zu Sektion 4 des 16. Kongresses der Association Internationale de Droit Pénal, bei Vogel, ZStW 110 (1998), 974 (983).

<sup>30</sup> Insbesondere sind die allgemeinen Garantien der EU Grundrechtecharta und der EMRK ein unzulängliches Gegengewicht, dazu speziell Esser, StraFo 2003, 335 (342) m. Nachw. der Rspr. des EGMR.

<sup>31</sup> Dazu oben I. 3. und II. 2. sowie Schünemann (Fn. 6), S. 109.

<sup>32</sup> Fn. 6, S. 5 ff., s. unten IX.

<sup>33</sup> Schünemann, StraFo 2003, 344 (345, 347 f.); Braum, wistra 2007, 401 (404 f.).

(s. Art. 13 Abs. 1 f) ii). Es handelt sich hierbei nicht – wie das Europäische Parlament anzunehmen scheint<sup>34</sup> – um einen überkommenen Souveränitätsvorbehalt, oder gar um einen „bedauerlichen Irrtum“,<sup>35</sup> sondern um einen Mechanismus, der das Erfordernis legitimer Anknüpfungspunkte für eine jede Strafverfolgung sichert, mithin um eine essentielle Garantie für die Bürger, sich nicht der Verfolgung durch einen fremden Staat ausgesetzt zu sehen, mit der sie möglicherweise überhaupt nicht rechnen konnten.

4. Eine effektive Wahrung der Grundrechte setzt selbstverständlich wirksame Rechtsbehelfe voraus. Weil auch hier die europäischen Rechtsakte den nationalen Gesetzgeber binden, kann nur die Union diese Rechtsbehelfe gestalten. Sehr problematisch erscheint insofern eine Regelung wie in Art. 18 RB-EBA, wonach die Anerkennung und Vollstreckung einer Beweisanordnung nur im Vollstreckungsstaat (Abs. 1), deren sachliche Gründe nur im Anordnungsstaat angefochten werden können (Abs. 2)<sup>36</sup> Denn sowohl nationale Rechtsweggarantien wie Art. 19 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes als auch Art. 13 der EMRK und Art. 47 der Charta der Grundrechte der EU verlangen eine wirksame Beschwerdemöglichkeit. Diese setzt voraus, dass der Sachverhalt gerichtlich umfassend überprüft werden kann. Es ist in dieser Hinsicht problematisch, wenn der Betroffene sich gegen eine einzige repressive Maßnahme vor zwei Gerichten zur Wehr setzen muss, von denen eines fern von seinem Aufenthaltsort in einem Staat liegt, dessen Sprache und Rechtssystem er möglicherweise nicht kennt.<sup>37</sup> Auch steht zu befürchten, dass die Gerichte widersprüchliche Entscheidungen treffen könnten, was der Rechtssicherheit und auch der strafrechtlichen Zusammenarbeit schaden würde. Schließlich kann ein Rechtsbehelf in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten zulässig sein.<sup>38</sup> Auch dieses Problem muss im Rahmen einer europäischen Regelung gelöst werden, weil andernfalls nicht auszuschließen wäre, dass ein Rechtsbehelf im anordnenden Staat A ausscheiden könnte, weil dessen Recht ihn erst in der Phase der Vollstreckung vorsieht, und für die gleiche Maßnahme auch im vollstreckenden Staat B, weil dieser nur Rechtsmittel gegen die Anordnungsentscheidung zulässt. Dieser Fall ist zwar nicht die Regel, aber auch nicht auszuschließen, weil gerade im Beweisrecht die Einwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung je nach Verfahrensordnung unterschiedlich ausfallen und manchmal im Ermitt-

lungsverfahren, manchmal erst in der Hauptverhandlung angesiedelt sind.<sup>39</sup>

a) Dieses Problem, wie überhaupt die Problematik unterschiedlicher Rechtsordnungen, vermeidet das Modell der transnationalen Verfahrenseinheit.<sup>40</sup> Zwar sieht dieses eine ähnliche Regelung vor: Nach Art. 4 Abs. 3 des „Gesamtkonzepts“ bestimmt sich die Anfechtbarkeit nach dem Recht des Ermittlungsstaats; vor den Gerichten des Vollstreckungsstaats kann allein die Verletzung der EMRK oder des nationalen *ordre public* geltend gemacht werden, nur in schweren Fällen gem. Art. 4 Abs. 4 können sie auch dort umfassend gewürdigt werden. Diese Regelung ist jedoch vor dem Hintergrund des „Gesamtkonzepts“ als einer systematisch geschlossenen Konzeption zu sehen und nur vor diesem Hintergrund legitimierbar: sie ist die prozessuale Kehrseite des Konzepts, das Verfahren ausschließlich von einem Staat führen zu lassen. Rechtsstaatlich unbedenklich ist sie nur im Zusammenhang mit den Regelungen zur Stellung der Verteidigung, die gewährleisten, dass dem Beschreiten des Rechtswegs in einem fremden Staat keine exorbitanten Hürden entgegenstehen. Zu nennen ist insbesondere die Funktion von *Eurodefensor* bei der Vermittlung von Verteidigern sowie bei der Koordination und Finanzierung der Verteidigung.<sup>41</sup>

b) Unter den gegebenen Bedingungen, d.h. ohne verbindliche Zuständigkeitsordnung oder umfassende Harmonisierung und ohne institutionalisierte europäische Verteidigungsinstanz, bestünde eine andere Option zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes darin, diesen bei den Gerichten des Vollstreckungsstaats zu konzentrieren, die eine Maßnahme umfassend, also einschließlich der Voraussetzungen einer europäischen Beweisanordnung, überprüfen könnten.<sup>42</sup> Dabei könnte vorgesehen werden, dass etwaige Fragen zu den sachlichen Voraussetzungen der Beweisanordnung den Gerichten des Anordnungsstaats zur Entscheidung vorgelegt werden müssen, ähnlich dem Vorlageverfahren vor dem EuGH gem. Art. 19 (3) b) EUV. Ein solches Verfahren wäre, angesichts der Vernetzung der Justiz im Rahmen der Zusammenarbeit in Strafsachen, weniger aufwendig als die Einlegung zweier Rechtsbehelfe durch den Beschuldigten. Auch würde es wirksam verhindern, dass die beteiligten Gerichte widersprüchliche Entscheidungen treffen.

VI. Würden Sie die Einführung gemeinsamer Normen für die Beweiserhebung grundsätzlich begrüßen? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Aufgrund der engen Verknüpfung der Beweiserhebung mit dem jeweiligen System der – teils sehr unterschiedlichen – nationalen Strafprozessordnungen wäre die Schaffung gemeinsamer Normen für die Beweiserhebung in einem System gegenseitiger Anerkennung zwingend erforderlich (dazu oben I. 1., III.), aber auch außerordentlich schwierig. Sie wäre erforderlich, weil nur auf diese Weise sichergestellt würde,

<sup>34</sup> S. Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Parlamentsdokument A6-0408/2008, S. 16 f.

<sup>35</sup> So aber – ohne jegliche Begründung – der Bericht „EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters“ (Fn. 10), S. 16, 79.

<sup>36</sup> Vgl. zum Ganzen *Roger*, GA 2010, 27 (40 ff.); krit. auch *Satzger*, KritV 2008, 15 (32 f.); *ders.*, StV 2003, 137 (140).

<sup>37</sup> Für eine doppelte (sowohl im Anordnungs- als auch im Vollstreckungsstaat) notwendige Verteidigung in transnationalen Verfahren plädieren deshalb etwa *Abetz* (Fn. 2), S. 331; speziell zum Europäischen Haftbefehl *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (340); *Salditt*, StV 2003, 136 (137); *Wehnert*, StraFo 2003, 356 (358).

<sup>38</sup> Vgl. Erwägungsgrund 21 RB-EBA.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Gleiß* (Beweisgrundsätze, Fn. 26), S. 142 ff.

<sup>40</sup> Oben I. 2.

<sup>41</sup> Art. 35, s. unten IX.

<sup>42</sup> *Roger*, GA 2010, 27 (41).

dass ein konsistentes Verfahren geführt und so die rechtsstaatliche Balance gewahrt wird, sowie dass die Betroffenen ihre Rechte geltend machen können. Subsidiaritätsprinzip und erhebliche Unterschiede zwischen nationalen Rechtsordnungen machen eine solche Harmonisierung jedoch schwierig, weil die Vorschriften über das Beweisrecht mit den grundsätzlichen Konzepten des jeweiligen Strafprozessrechts zusammenhängen. Sie stehen in einem unauflösbaren Zusammenhang mit der Struktur der Hauptverhandlung, und eine Harmonisierung dieses Kernstücks des Strafverfahrensrechts scheint auf absehbare Zeit nicht realisierbar. Die Variante, ein spezifisches Prozessrecht für transnationale Verfahren zu schaffen, würde zu einem inakzeptablen Zweiklassenprozess führen.

Als einzig detailliert ausgearbeitetes, die Verfahrensbalance wahrendes und das Subsidiaritätsprinzip achtendes Modell ist daher das Konzept der transnationalen Verfahrenseinheit vorzugswürdig (im Einzelnen s. unten VIII.).

VII. Würden Sie allgemeinen Normen für alle Beweisarten den Vorzug geben, oder würden Sie Normen bevorzugen, die auf die verschiedenen Beweisarten zugeschnitten sind? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Wie in allen nationalen Strafprozessordnungen müssten auch gemeinsame europäische Normen über die Beweiserhebung nach Art und Schwere des Eingriffs differenzieren. Die Ausführungen zu Frage 6 machen dieses Problem jedoch gegenstandslos.

VIII. Welche gemeinsamen Normen würden Sie ins Auge fassen? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Angesichts der oben (I. 1., VI.) skizzierten Schwierigkeiten scheint eine umfassende Harmonisierung kaum zu realisieren zu sein. Vielmehr erscheint, in Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsprinzip, ein Modell der transnationalen Verfahrenseinheit nach dem Vorbild des „Gesamtkonzepts“ (oben Fn. 6), als die am besten geeignete Variante. Dieses geht davon aus, dass die Strafverfahrensordnungen der Mitgliedstaaten – so unterschiedlich sie im Einzelnen wie im Grundsätzlichen auch sein mögen – jede für sich insgesamt ein ausgewogenes, geschlossenes System bilden. Auf jedes transnationale Verfahren soll daher nur ein einziges Strafverfahrensrecht angewendet werden. Die gemeinsamen Normen, die demnach ins Auge zu fassen sind, betreffen nicht das Beweisverfahren als solches, sondern bilden einen Überbau, der die nationalen Verfahrensordnungen weitgehend unangestastet in ein europäisches System eingliedert.

Grundlage für das Modell der transnationalen Verfahrenseinheit ist eine stringente Regelung über die Kompetenz in Strafsachen.<sup>43</sup> Danach führt grundsätzlich der Staat das Verfahren, auf dessen Territorium gehandelt wurde; Konkurrenzfälle sind nach hierarchisch klar gegliederten Kriterien zu entscheiden, namentlich danach, in welchem Staat der Erfolg eingetreten ist, nach dem Wohnsitz des Beschuldigten oder

danach, in welchem Staat sich die meisten wichtigen Beweismittel befinden. Art. 2 Abs. 3 des Gesamtkonzepts lässt eine abweichende Kompetenzzuweisung zu, „wenn sich der Schwerpunkt der vorgeworfenen Taten, namentlich auch in Verbindung mit den sich daraus ergebenden örtlichen Bedürfnissen der Beweiserhebung, in einem anderen Staat befindet oder wenn es die berechtigten Interessen des oder der Beschuldigten erfordern.“ Die rechtsstaatlich unverzichtbare prozedurale Einfassung erfährt die Regelung durch die Mitwirkung von Eurojust und Eurodefensor (Art. 2 Abs. 4), sowie durch die Möglichkeit, Rechtsmittel gegen die Kompetenzbestimmung einzulegen (Art. 3).

Der Mitgliedstaat, der auf diese Weise bestimmt wurde (*Ermittlungsstaat*), führt das Verfahren grundsätzlich nach seinen Rechtsvorschriften. Insbesondere sind Ermittlungsmaßnahmen in anderen Mitgliedstaaten nach seinem Recht durchzuführen (Schweizer Modell oder Prinzip des *forum regit actum*), unter dem Vorbehalt, dass etwaige Zwangsmaßnahmen weder die EMRK<sup>44</sup> noch den *ordre public* des Vollstreckungsstaats verletzen. Für bestimmte gravierende Maßnahmen ist ferner Voraussetzung, dass sie auch nach dem Recht des Vollstreckungsstaats zulässig sind (Meistbegünstigung, s. zum Ganzen oben V. 1.).

Aufgrund der Annahme, dass jede Verfahrensordnung für sich ein geschlossenes System bildet, setzt dieses Modell – anders als jenes der gegenseitigen Anerkennung – keine gemeinsamen Standards für die Beweiserhebung voraus; gleichwohl wären solche zur gemeineuropäischen rechtsstaatlichen Konsolidierung wünschenswert. Für bestimmte eingriffsintensive Maßnahmen wie Durchsuchungen und Telekommunikationsüberwachung scheint ein Richtervorbehalt angebracht (s. oben II. 1., 3.), was den positiven Nebeneffekt hätte, diese fundamentale rechtsstaatliche Garantie<sup>45</sup> in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Ebenso wäre es zu begrüßen, die Telekommunikationsüberwachung nur für bestimmte schwere, in einem Katalog aufzuführende Straftaten zuzulassen (s. oben II. 3.). Zur effektiven Wahrung dieser Garantien ist eine Stärkung der Verteidigung angezeigt, dazu sogleich.

IX. Gibt es noch weitere Aspekte, die geregelt werden sollten? Wenn ja, welche? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Sämtliche Kautelen, die an dieser Stelle eingefordert worden sind, dienen der Wahrung der Grundrechte und sind ohne praktische Wirksamkeit wertlos. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass es daran oftmals fehlt, etwa Anträge auf Telekommunikationsüberwachung so gut wie niemals abgelehnt werden.<sup>46</sup> Dieser Missstand wird dadurch verschärft,

<sup>44</sup> Hier wäre zusätzlich die EU-Grundrechtecharta zu nennen, die bei Ausarbeitung des Gesamtkonzepts noch keine rechtliche Verbindlichkeit hatte.

<sup>45</sup> S. etwa den Bericht des Ausschusses des EP für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Parlamentsdokument A6-0408/2008, S. 6.

<sup>46</sup> Meyer-Göfner, ZRP 2000, 348; Welp, in: Bemann (Hrsg.), Strafrecht, Freiheit, Rechtsstaat, Festschrift für G.-A. Mangakis, 1999, S. 814; Neuhaus, in: Hanack (Hrsg.), Fest-

<sup>43</sup> S. im Einzelnen Art. 2 Gesamtkonzept (Fn. 6), S. 5 ff.

dass die Praxis der Urteilsabsprachen<sup>47</sup> in den Mitgliedstaaten den Schwerpunkt des Verfahrens auf das Ermittlungsverfahren verschiebt, in dem die Verteidigung nur geringe Einwirkungsmöglichkeiten besitzt. Potenziert wird er auf europäischer Ebene dadurch, dass die Macht der Ermittlungsbehörden mittels vereinfachter Zusammenarbeit gezielt gesteigert wird. Deshalb ist es im Interesse der Verfahrensbalance unbedingt notwendig, die Effizienz der Verteidigung in transnationalen Verfahren zu stärken.<sup>48</sup>

Hierzu ist das Modell des Eurodefensor erstmals im „Alternativentwurf europäische Strafverfolgung“ vorgeschlagen und anschließend im „Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege“ im Einzelnen ausgearbeitet worden.<sup>49</sup> Diese Institution, die von der EU zu finanzieren wäre, aber vollkommen unabhängig zu arbeiten hätte, würde aus zwei voneinander getrennten Abteilungen bestehen. Die „Abteilung Rechtsschutz“ wäre zur „Protoverteidigung“, d.h. Wahrung der Beschuldigtenrechte im frühen, notwendigerweise heimlichen, Stadium der Ermittlungen berufen.<sup>50</sup> Die „Abteilung Unterstützung“ dagegen hätte die Funktion, Kontakte zu Verteidigern herzustellen und zu vermitteln, die Verteidigung zu koordinieren sowie Informationen und gegebenenfalls finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen.<sup>51</sup>

Dieses Modell hat den entscheidenden Vorzug, einer institutionell gestärkten Strafverfolgung eine ebenso schlagkräftige institutionalisierte Verteidigungsinstanz gegenüber zu stellen. Andere Vorschläge wie die Etablierung einer doppelten notwendigen Verteidigung im Anordnungs- und Ermittlungsstaat<sup>52</sup>, eine Vernetzung der Strafverteidiger oder die Einrichtung eines „Ombudsmannes“ würden bei Weitem nicht die Effektivität einer solchen Institution erreichen und zur vollständigen rechtsstaatlichen Ausbalancierung transnationaler Ermittlungsverfahren nicht genügen.<sup>53</sup>

---

schrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4.Juni 2002, 2002, S. 394; eingehend *Backes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, 2003.

<sup>47</sup> Dazu *Roxin/Schünemann* (Fn. 11), § 17 Rn. 7 ff.; § 69 Rn. 1.

<sup>48</sup> *Schünemann*, StV 2006, 361 (363).

<sup>49</sup> Nachweise oben Fn. 6, 12.

<sup>50</sup> Art. 34, Erläuterungen in Gesamtkonzept (Fn. 6), S. 53 f. sowie bei *Nestler* (Fn. 12), S. 166 ff., 173 ff.

<sup>51</sup> Art. 35, Erläuterungen in Gesamtkonzept (Fn. 6), S. 55 sowie bei *Szwarc* (Fn. 12), S. 181 ff.

<sup>52</sup> Nachweise oben Fn. 377.

<sup>53</sup> *Schünemann*, StV 2006, 361 (368); *ders.* (Fn. 6), S. 93, 118.