

AUSGABE 9/2010

S. 515 - 606

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

Die Karawane zur Europäisierung des Strafrechts zieht weiter

Zur demokratischen und rechtsstaatlichen Brechsthaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes

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

515

Strafprozessrecht

Zur Verwertbarkeit der vor der Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung erlangten retrograden Verbindungsdaten

Zugleich Überlegungen zu OLG Hamm, Beschl. v. 13.4.2010 – 3 Ws 140/10 und LG Verden Beschl. v. 3.5.2010 – 7 Kls 2/10

Von Staatsanwalt Dr. Marcus Marlie, Flensburg,
Prof. Dr. Dennis Bock, Würzburg

524

TAGUNGSBERICHTE

Internationales Strafrecht

The first Review Conference of the International Criminal Court

By Laura Marschner, Berlin, Isabelle Olma, The Hague

529

Strafprozessrecht

StPO-Nordeseetreffen „Der gläserne Verteidiger – das Mandatsverhältnis als Gegenstand staatlicher Ausforschung“

Von Wiss. Mitarbeiter Sascha Kische, LL.M., Wiss. Mitarbeiter
Dominik Waszczyński, LL.M., Osnabrück

535

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Internationales Strafrecht

ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 20.5.2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 38)

(Zu der Frage, ob die unter dem Oberbegriff des „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) zusammengefassten völkerstrafrechtlichen Beteiligungsformen bereits vor 1975 völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt hatten)

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Christian Berster, Köln)

538

BUCHREZENSIONEN

Vermischtes

Alan M. Dershowitz, America on Trial – Inside the legal battles that transformed our nation, 2004

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann,
Wuppertal)

547

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 9/2010

S. 515 - 606

5. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

AUS WISSENSCHAFT UND PRAXIS: TRANSNATIONALE BEWEISERLANGUNG – TRANSNATIONAL EVIDENCE GATHERING

Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe

Vorwort zur Sonderausgabe „Aus Wissenschaft und Praxis: Transnationale Beweiserlangung – Anmerkungen zum Grünbuch der EU-Kommission“

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 550

Preface to the special issue „From Academia and Practice: Transnational Evidence Gathering – Comments on the Green Paper of the EU-Commission“

By RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 551

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

Strafprozess ohne Grenzen?

Freie Verkehrsfähigkeit von Beweisen statt Garantien für das Strafverfahren?

Von Justizminister Bernd Busemann, Hannover 552

Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 557

Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafverfahren aus einem anderen Mitgliedstaat

Von OStA Christian Schierholt, Celle 567

Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility

By Dr. Silvia Allegrezza, Bologna 569

European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings

Study of the proposal for a European directive

By Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter, Madrid 580

L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?

Par Maître de conférences Dr. Juliette Lelieur, Rouen 590

The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer

By Prof. John R. Spencer, Cambridge 602

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Die Karawane zur Europäisierung des Strafrechts zieht weiter

Zur demokratischen und rechtsstaatlichen Brechsthaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes*

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

Am 8.7.2010 hat der Bundestag das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI beschlossen,¹ mit welchem der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf die Vollstreckung von Geldstrafen und -bußen erstreckt wird. In dem vom Bundestag ohne Änderungen übernommenen Entwurf der Bundesregierung sind selbst die wenigen dem nationalen Gesetzgeber im Rahmenbeschluss 2005/214/JI ausdrücklich eingeräumten Spielräume nur teilweise genutzt, worden – was in der Metaphorik des im Titel dieses Beitrages apostrophierten Sprichworts das Bellen der Hunde² und das Brüllen eines Löwen³ zugunsten eines „hündischen“ Gehorsams gegenüber den gouvernementalen Machtstrukturen der EU ignoriert hat. Wegen der dem Rahmenbeschluss 2005/214/JI in Wahrheit fehlenden Bindungswirkung stellte sich dem deutschen Gesetzgeber die von Regierung und Parlamentsmehrheit verdrängte Frage, ob und in welchem Umfang die Umsetzung des Rahmenbeschlusses kriminalpolitisch wünschenswert und verfassungsrechtlich zulässig war. Ersteres war die (wegen „Ermessensunterschreitung“ nicht wirklich getroffene) politische Entscheidung des Gesetzgebers, letzteres bildet den Gegenstand dieses Beitrags: Er untersucht die Vereinbarkeit der Anerkennung und Vollstreckung nach dem Modell des Rahmenbeschlusses mit dem Grundgesetz, insbesondere den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip.

Das Gesetz ist mit den Stimmen der Regierungsfractionen beschlossen worden. Die Abgeordneten von Bündnis 90/Die Grünen haben sich enthalten, gegen das Gesetz gestimmt haben die Fractionen der SPD und der Linken, wobei insbesondere der Abgeordnete Danckert, SPD-Berichterstatter im Rechtsausschuss, sich der von den Verfassern vorgetragenen Kritik im Wesentlichen angeschlossen hat, nachdem er ursprünglich die Zustimmung seiner Fraction zu dem Gesetz

* Weiterentwickelte Fassung der für das erweiterte Berichterstattergespräch des BT-Rechtsausschusses am 5.7.2010, vorgelegten Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (BT-Drs. 17/1288).

¹ I.d.F. der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/2458, im Folgenden: „EU-Geldsanktionengesetz“. Die Verkündung des nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzes dürfte spätestens im Herbst erfolgen.

² In Gestalt des die demokratischen und rechtsstaatlichen Garantien des Grundgesetzes einfordernden Teils der Strafrechtswissenschaft, siehe Lüderssen, GA 2003, 71, sowie die Beiträge des Autors Schünemann, Nachweise in Fn. 12.

³ In Gestalt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur normativen Freiheit des (nationalen) Gesetzgebers im Bereich der bisherigen „dritten Säule“ (BVerfGE 113, 273 [315]) und zu den demokratischen Minimalia im Bereich der Strafgesetzgebung (BVerfGE 123, 267 [359 f., 410]).

signalisiert hatte.⁴ Umgekehrt hat die nunmehr regierende FDP ihre kritische Haltung abgelegt, welche in der Ablehnung des 2. europäischen Haftbefehlsgesetzes wegen grundsätzlicher Bedenken gegipfelt hatte.⁵

I. Überblick über die Neuerungen

Mit dem sog. EU-Geldsanktionengesetz wird der Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen umgesetzt. Herzstück der Gesetzesnovelle sind die neuen §§ 87-87p IRG, die nach dem neuen § 86 Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften über die Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse haben. Anders als nach den §§ 48 ff. IRG sollen Entscheidungen i.S.v. § 87 Abs. 2 IRG n. F. (Strafurteile und Entscheidungen über Ordnungswidrigkeiten) aus Mitgliedstaaten der EU fortan nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung vollstreckt werden, d.h. weitgehend ohne Überprüfung der ausländischen Entscheidung. An die Stelle des Exequaturverfahrens vor dem Landgericht tritt nunmehr das behördliche Verfahren vor dem Bundesamt für Justiz (§ 74 Abs. 1 S. 4 IRG n.F.). Dieses hat von Amts wegen⁶ zu prüfen, ob das Ersuchen formal korrekt ist und keine Ablehnungsgründe vorliegen, welche sich in (zwingende) Zulässigkeitshindernisse nach § 87b IRG n.F. und (dem Ermessen unterliegende) Bewilligungshindernisse nach § 87d IRG n.F. unterteilen. Pikanterweise bewilligt die Bewilligungsbehörde ihre eigene Vollstreckung (§ 87n Abs. 1 S. 1 IRG n.F.), und der Erlös fließt auch nicht dem anderen Mitgliedstaat zu, sondern in die Bundeskasse (§ 87n Abs. 5 S. 1 IRG n.F.). Gegen die Entscheidungen des Bundesamtes kann nach § 87g IRG n. F. Einspruch beim Amtsgericht eingelegt werden. Wird dieser abgelehnt, kann Rechtsbeschwerde zum OLG erhoben werden (§§ 87j-87l IRG).

Im Kern bringt die Gesetzesnovelle eine wesentliche Einschränkung derjenigen Überprüfung ausländischer Entschei-

⁴ Siehe BT-Prot. 17/55, S. 5753 ff., zuvor BT-Prot. 17/40, S. 3923 f.

⁵ Diese bestanden u.a. gegenüber dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung, s. die Rede der Abgeordneten und heutigen Bundesjustizministerin *Leuteusser-Schnarrenberger*, BT-Prot. 16/43, S. 4121. Diese hatte bereits gegen das 1. europäische Haftbefehlsgesetz gestimmt, ebenso wie der Abgeordnete *Laurischk*, s. BT-Prot. 15/97, S. 8752. Auch im Übrigen hatte damals der Abgeordnete *van Essen* namens seiner Fraction Kritik speziell an der Aufgabe des Erfordernisses beiderseitiger Strafbarkeit für einen höchst unbestimmten Katalog von Delikten geübt (ebda., S. 8760), die er aber anlässlich des EU-Geldsanktionengesetzes nicht erneuerte (s. BT-Prot. 17/55, S. 5755).

⁶ BT-Drs. 17/1288, S. 19.

dungen mit sich, wie sie in § 49 IRG vorgesehen ist:⁷ Während danach u.a. durchgehend erforderlich ist, dass die Tat auch nach deutschem Recht strafbar oder ordnungswidrig wäre (Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit, § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG), und eine Generalklausel die Gewährung rechtlichen Gehörs und angemessener Verteidigung im ausländischen Verfahren fordert (Nr. 1), enthalten die §§ 87b, 87d IRG n.F. nur einen engen, abschließenden Katalog von Ablehnungsgründen. Insbesondere das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit wird für die 39 in Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI aufgezählten Deliktsbereiche aufgegeben, obwohl deren Unbestimmtheit oft genug moniert wurde.⁸ Auch was das Verfahren im Ausland betrifft, sind die Überprüfungsmöglichkeiten auf ein Minimum reduziert worden. Nach § 73 S. 2 IRG gilt, wie auch sonst im Anwendungsbereich der EU-Rahmenbeschlüsse zur gegenseitigen Anerkennung, der Vorbehalt des europäischen und nicht des deutschen *ordre public*: Es genügt also nicht mehr für die Ablehnung eines Ersuchens, wenn die Vollstreckung der ausländischen Entscheidung („nur“) mit wesentlichen Grundsätzen der *deutschen* Rechtsordnung im Widerspruch stünde.

Erklärtes Ziel des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI und des EU-GeldsanktionenG ist die Erleichterung der grenzüberschreitenden Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen.⁹ Dieses Ziel dürfte – vorbehaltlich der unten III. 5. a) behandelten Probleme – erreicht werden, gerade in den ein gerichtliches Verfahren selten lohnenden Massenverfahren; doch ob mit der Umstellung auf ein Verwaltungsverfahren auch die Anforderungen an die ausländische Entscheidung sowie der inländische Prüfungsumfang derart beschränkt werden mussten, muss bezweifelt werden. Ob diese Neuerung gar gegen strafrechtliche Grundprinzipien von Verfassungsrang verstößt, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Musste der Rahmenbeschluss umgesetzt werden?

Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lautet die Antwort eindeutig *nein*. Bereits im Urteil zum 1. Europäischen Haftbefehlgesetz 2005 hat das BVerfG befunden, dass die Rahmenbeschlüsse der dritten, intergouvernementalen Säule den grundlegenden Anforderungen des Demokratieprinzips nur genügen, weil über deren Umsetzung

die nationalen Parlamente in normativer Freiheit, d.h. Souveränität entscheiden; notfalls, so fügte das Gericht an, durch Verweigerung der Umsetzung¹⁰. Diese Linie ist vom BVerfG in der Lissabon-Entscheidung vom vergangenen Jahr fortgesetzt und bekräftigt worden, wo das Gericht urteilt: „Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen. [...] Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben“¹¹. Damit mahnt das BVerfG an, „wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen [seien] die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen, und ihre Nutzung [bedürfe] besonderer Rechtfertigung“¹². Diese strengen Anforderungen selbst unter Geltung des Vertrags von Lissabon, welcher durch die Beteiligung des Europäischen Parlaments und die Einbindung der nationalen Parlamente in das europäische „Gesetzgebungsverfahren“ ein deutliches Plus an Legitimation gegenüber der früheren dritten Säule bewirkt, lassen bezüglich der auf diesem Gebiet ohne jede entscheidende parlamentarische Mitwirkung erlassenen Rechtsakte des Rates keinen anderen Schluss zu, als dass ihnen die geforderte besondere demokratische Legitimation abgeht und sie deshalb keine Verbindlichkeit für die gewählten nationalen Parlamente beanspruchen können.

Denn sie sind notabene von Regierungsvertretern im Rat beschlossen worden und auch nach h.M. sowie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Völkerrecht zuzuordnen,¹³ so dass sie ohne nationales Gesetz keine innerstaatliche Wirkung entfalten; genauso wenig wie Regie-

⁷ Wobei dieser nach § 1 Abs. 3 IRG dort zurücktritt, wo durch völkerrechtliche Verträge Regelungen getroffen wurden, wie etwa im Verhältnis zu Österreich durch den Vertrag über Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen vom 31.5.1988, dazu *Bovenshulte*, Rechtliche Probleme der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen über Geldstrafen und Geldbußen: am Beispiel von Verkehrsdelikten im Verhältnis Deutschland und Österreich, 2008.

⁸ Siehe nur *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 10 Rn 27; *Schünemann*, StV 2003, 531 (532); *Hefendehl*, ZIS 2006, 229 (230 f.); *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 204 (S. 208).

⁹ Siehe Erwägungsgrund 2 zum Rahmenbeschluss sowie BT-Drs. 17/1288, S. 14.

¹⁰ BVerfGE 113, 273 (301, 315); an anderer Stelle des Urteils wird freilich eine Bindungswirkung des Rahmenbeschlusses bejaht (BVerfGE 113, 273 [300]), ohne dass dieser Widerspruch aufgelöst wird.

¹¹ BVerfGE 123, 267 (359 f.).

¹² BVerfGE 123, 267 (410) in unausgesprochener Übernahme der vom Mitverf. seit Jahren betonten Notwendigkeit einer qualifizierten demokratischen Legitimation für Strafgesetze, siehe *Schünemann*, StV 2003, 116 (120); *ders.*, StV 2003, 531; *ders.*, ZRP 2003, 185; *ders.*, ZRP 2003, 472; *ders.*, GA 2004, 200; *ders.*, in: *Ders.* (Fn. 8), S. 95; *ders.*, in: *Putzke* (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 39 (S. 49 ff.).

¹³ Siehe *Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 34 EUV Rn. 9; *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 476; *Geiger*, EUV/EGV, Kommentar, 4. Aufl. 2004, Art. 34 EUV Rn. 6; BVerfGE 113, 273 (301).

rungsmitglieder durch Aggregation in Brüssel zu einem demokratischen Legislativorgan mutieren können, können die der Exekutive zuzurechnenden Rechtsakte dieses Rates beanspruchen, den gewählten Gesetzgeber zu binden. Sie sind nicht anders als völkerrechtliche Verträge zu behandeln, ohne dass man sich von dem pro domo entscheidenden EuGH-Urteil in der Rechtssache Pupino¹⁴ beirren lassen darf, zumal das von den deutschen Instanzen vorrangig zu beachtende BVerfG die hier vertretene These eindeutig stützt. Nach den klaren Vorgaben des Verfassungsgerichts war es damit die freie Entscheidung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages, die Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI in deutsches Recht umzusetzen – oder nicht. Weil das BVerfG sich ausdrücklich auf die demokratische Selbstbestimmung gestützt, sich mithin nicht auf einen etwaigen Konflikt mit deutschem Verfassungsrecht beschränkt hat, gilt dies – entgegen der Einschätzung Böses in der eingangs erwähnten Anhörung – nicht nur dort, wo die Umsetzung gegen Vorschriften des Grundgesetzes verstoßen würde; denn deren Einhaltung hat mit der demokratischen Selbstbestimmung nichts zu tun. Sie ist vielmehr eine übergeordnete Verpflichtung, die auch den parlamentarischen Gesetzgeber bindet. Nur im verfassungsrechtlichen Rahmen stehen ihm überhaupt Gestaltungsmöglichkeiten offen, deren Nutzung dann eine politische Entscheidung ist. Weil sie vorliegend nicht ausgeschöpft werden, weil der Rahmenbeschluss irrig als verbindlich empfunden wurde,¹⁵ liegt ein Fall der vom BVerfG bemängelten normativen Unfreiheit vor. Es sprechen deshalb außerordentlich triftige Gründe dafür, dass das EU-GeldsanktionenG bereits wegen „Kompetenzunterschreitung“ nichtig ist, weil ein sich als „Lakai von Brüssel“ fühlender Bundestag keinen genuinen, d.h. in „bewusster normativer Freiheit“ ausgeführten Gesetzgebungsakt schafft. Im Falle einer Verfassungsbeschwerde gegen eine danach durchgeführte Vollstreckung böte sich dem BVerfG deshalb die vortreffliche Gelegenheit, seinen von den deutschen politischen Instanzen notorisch ignorierten Worten einmal Taten folgen zu lassen und dem Bundestag unmissverständlich klarzumachen, dass er sich im Bereich des Strafrechts von seiner Aufgabe als demokratischer Repräsentant des Souveräns nicht davonstellen darf.¹⁶

¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03.

¹⁵ So die in der Anhörung vorgetragene Einschätzung der Vertreter der Regierungsfractionen sowie des Abgeordneten Montag. Dazu sei aus pragmatischer Sicht angemerkt, dass ein Vertragsverletzungsverfahren bezüglich der Rahmenbeschlüsse der früheren 3. Säule auch weiterhin nicht vorgesehen ist (Siehe Art. 35 EUV a.F., Art. 10 Abs. I Protokoll Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon), so dass insofern keine „Repressalien“ zu befürchten stünden.

¹⁶ Weshalb hier eine klare Entscheidung noch dringlicher wäre als etwa im Arbeitsrecht, wo das Gericht unlängst in der Rechtssache Honeywell/Mangold (BVerfG, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06) Angst vor der eigenen im Lissabon-Urteil manifestierten Courage an den Tag legte und seine ultra-vires-Kontrolle auf „offensichtliche“ und zu einer „strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mit-

III. Sollte/Durfte der Rahmenbeschluss umgesetzt werden? 1. Teil: Rechtsstaatliche Grundfragen

1. Selbst wenn der Bundestag sich in „bewusster normativer Freiheit“ dazu bekannt hätte, in bewährter Europatreue den (unverbindlichen) Vorgaben des Rahmenbeschluss 2005/214/JI zu folgen, bleibt die Frage zu beantworten, ob er die materiellen verfassungsrechtlichen Grenzen gewahrt hat, die sich aus dem Grundgesetz ergeben. Grundsätzlich – und dafür stehen die beiden vom Mitverf. Schünemann zum europäischen Straf- und Strafprozessrecht veröffentlichten Sammelbände¹⁷ – ist es nicht nur wünschenswert, sondern geradezu zwingend, dass die justizielle Kooperation in Strafsachen (einschließlich des Ordnungswidrigkeitenrechts) durch einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen koordiniert wird. Ganz augenfällig ist dies im Bereich des Straßenverkehrs – dort hat der Rahmenbeschluss in der öffentlichen Wahrnehmung auch die meiste Aufmerksamkeit erlangt –, wo niemand ernsthaft eine faktische Straffreiheit für Verstöße außerhalb des eigenen Heimatstaats wünschen kann. Dies gilt auch allgemein für Taten, die von Bürgern eines Staates in einem anderen EU-Mitgliedstaat begangen werden.

2. Dabei ist aber zu beachten, dass es um die Verhängung von straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen, also von Grundrechtseingriffen geht, mit denen nicht nur eine erhebliche Belastung, sondern auch – jedenfalls was das Strafrecht angeht – ein soziales Unwerturteil untrennbar verbunden ist: Das Strafrecht trennt den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur. Wenngleich in der Gesetzesnovelle für die Vollstreckung von ausländischen Geldstrafen die Ersatzfreiheitsstrafe ausgeschlossen ist,¹⁸ stehen auch die nicht-freiheitsentziehenden strafrechtlichen Eingriffe unter strengen Legitimationsvoraussetzungen, sowohl was die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit angeht als auch bezüglich der Verfahren, die eine Verurteilung tragen können. Vor diesem Hintergrund hätte der Rahmenbeschluss, wenn überhaupt, dann nur mit gewichtigen Vorbehalten umgesetzt werden dürfen. Denn die geplante Vollstreckung von Geldstrafen macht zwar, gerade im Bereich des Verkehrsstrafrechts (verstanden im weitesten Sinne, also unter Einschluss der Ordnungswidrigkeiten als des „Strafrechts kleiner Münze“¹⁹), naturgemäß in qualitativer Hinsicht dem Bürger einen weitaus harmloseren Eindruck als der europäische Haftbe-

gliedstaaten“ führende Kompetenzverstöße zurechtstutzte, Kriterien freilich, die in einem Prozess der „schleichenden“ Europäisierung bestens geeignet sind, diese Kontrolle ins Leere laufen zu lassen, s. auch das abweichende Votum des Richters Landau, Rn. 103. Zu diesem Fall siehe i.Ü. Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, online abrufbar unter <http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/weitere-themen/mangold-gutachten/>.

¹⁷ Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, 2004; ders. (Hrsg.), Gesamtkonzept (Fn. 8).

¹⁸ BT-Drs. 17/1288, S. 17.

¹⁹ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 58; BVerfGE 27, 18 (32 f.).

fehl,²⁰ hinter dessen Eingriffstiefe sie weit zurückbleibt. Sobald man den Vergleich aber aus einer quantitativen Perspektive heraus vornimmt, sieht die Sache schon anders aus, weil die Zahl der von Bußgeldern in anderen EU-Mitgliedstaaten wegen einer etwa im Urlaub begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit betroffenen Bürger mit Sicherheit exorbitant höher ist als die Zahl derjenigen, die einen europäischen Haftbefehl zu fürchten haben.²¹ Die rechtsstaatlichen Probleme einer über die Landesgrenzen hinaus erfolgenden Vollstreckung von Geldstrafen und Bußgeldern müssen deshalb mit keiner geringeren Sorgfalt analysiert werden.

3. Dreh- und Angelpunkt auch des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI und des deutschen Umsetzungsgesetzes ist das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.²² Anders als im Recht des Warenverkehrs gilt es jedoch im Strafrecht i.w.S. zwei äußerst gravierende Hürden aus dem Wege zu räumen,

²⁰ Auf der Basis des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EU 2002 Nr. L 190/1 v. 13.6.2002, nunmehr in Deutschland geregelt durch das (wiederholte) EuHbG v. 25.7.2006, BGBl. I 2006, S. 1721, nachdem das erste EuHbG v. 21.7.2004, BGBl. I 2004, S. 1748, vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 18.7.2005 (BVerfGE 113, 273) für verfassungswidrig erklärt worden war – notabene ohne dass das neue Gesetz die verfassungsrechtlichen Bedenken wirklich ausgeräumt hätte, siehe nur *Schünemann*, in: Joerden/Szwarz (Hrsg.), *Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen*, 2007, S. 265 (S. 271 ff.).

²¹ Zu den spezifischen Problemen der „Europäisierung des Verkehrsstrafrechts“ ausführlich u. m.w.N. *Schünemann*, in: Hassemer (Hrsg.), *In dubio pro libertate*, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 743.

²² Die Kritik bei *Schünemann*, StV 2003, 116 (119); *ders.*, StV 2003, 531 (532); *ders.*, ZRP 2003, 185 (186 f.); *ders.*, ZStW 116 (2004), 376 (383); *ders.*, GA 2004, 193 (202 ff.); *ders.* (Fn. 8 – Gesamtkonzept), S. 62, 98 f.; *ders.*, ZIS 2007, 528 (535 f.) soll hier nicht nochmals wiederholt werden, es sei nur darauf hingewiesen, dass selbst Autoren, die den herrschenden Tendenzen in der Europäisierung der Strafverfolgung weniger ablehnend gegenüber stehen, mit der Kritik am Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht sparen, siehe etwa *Gleiß*, ZStW 116 (2004), 353 (365 ff.); *dies.*, in: Schomburg/ Lagodny/Gleiß/Hackner (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4. Aufl. 2006, Vor III Rn. 100 ff.; *dies.*, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006, S. 164; *Murschetz*, *Auslieferung und Europäischer Haftbefehl*, 2007, S. 304; *Satzger* (Fn. 8), § 10 Rn. 25; *Tinkl*, *Die Rechtsstellung des Einzelnen nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl*, 2008, S. 86 ff.; scharf ablehnend *Unger*, *Schutzlos ausgeliefert?*, *Der europäische Haftbefehl*, 2005, S. 112 ff.; dagegen im Sinne einer Kapitulation vor den „ausbrechenden Hoheitsakten“ in Gestalt der illegitimen strafrechtlichen Rahmenbeschlüsse des Rates *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400 (422); *Juppe*, *Die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen in Europa*, 2007, S. 164.

wenn dieses Prinzip legitimierbar sein soll: Die Sanktionen des anderen Mitgliedstaates, die die inländischen Behörden quasi als dessen Büttel vollstrecken, müssen in einem Verfahren verhängt worden sein, das auch aus inländischer Sicht ein Mindestmaß an rechtsstaatlichen Garantien aufweist;²³ und das Verhalten, das durch die Vollstreckungsübernahme im Inland sanktioniert wird, muss auch nach den im Inland geltenden Rechtsgrundsätzen sanktionswürdig sein (Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit²⁴). Für beide Voraussetzungen sind bis heute keine ausreichenden Garantien ersichtlich. Es ist deshalb nur der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass das gemeinhin als Basis der gegenseitigen Anerkennung geforderte, aber auch für ausreichend erklärte gegenseitige Vertrauen der einzelstaatlichen Strafgerichtsbarkeiten²⁵ in Wahrheit weder vorhanden noch ausreichend ist: Etwa über Bulgarien und Rumänien wird in der seriösen Presse regelmäßig festgestellt, dass diese „sich den sonst auf dem Kontinent üblichen Standards in der Rechtspflege (nicht) ernsthaft angenähert hätten“²⁶. Und in einer rechtsstaatlichen Demo-

²³ Zur Unverzichtbarkeit solcher Mindestgarantien vor Einführung der gegenseitigen Anerkennung siehe den „Appell der Bundesrechtsanwaltskammer“ vom September 2007 in der BRAK-Stellungnahme Nr. 37/2007; zum schmachlichen Scheitern des diesbezüglichen Projekts siehe nur *Satzger* (Fn. 8), § 10 Rn. 54; zu den dringend notwendigen, aber erst recht gescheiterten Verbesserungsvorschlägen des Europäischen Parlaments *Schünemann*, StV 2006, 361 (363). Siehe ferner *Wehnert*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des deutschen Anwaltvereins*, 2009, S. 1090.

²⁴ Zu dieser in einem demokratischen Rechtsstaat unverzichtbaren Voraussetzung, die vom BVerfG in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl leider nur, aber immerhin teilweise anerkannt und exekutiert worden ist, näher *Schünemann* (Fn. 8 – Gesamtkonzept), S. 61, 98 f., 108; *ders.*, StV 2005, 681 (682). Wenn *Weigend* (in: Müller-Dietz [Hrsg.], *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, 2007, S. 1069 [S. 1073]), diesen „demokratischen“ Einwand gegen die Aufhebung des Erfordernisses der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht durch den Rahmenbeschluss zum europäischen Haftbefehl und das EuHbG, nämlich dass der inländische Staatsbürger nicht zur Aburteilung wegen eines von ihm nicht beeinflussbaren ausländischen Strafgesetzes ausgeliefert werden dürfe, wegen der „unbestrittenen Geltung des deutschen Strafrechts auch für Ausländer“ für nicht näher erörterungsbedürftig erklären zu können vermeint, so hat er dabei unversehens die Beurteilungsobjekte verwechselt. Denn es geht ja bei der Auslieferung um die Preisgabe des *eigenen* Staatsbürgers zur Bestrafung nach *ausländischen* Normen, deren inhaltliche Legitimität unter seiner demokratischen Mitwirkung im Inland gerade verneint wurde.

²⁵ So heute noch *Gless*, in: Fijnaut/Ouwerkerk (Hrsg.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, 2010, S. 25 (S. 43 f.).

²⁶ Vgl. etwa *Busse*, FAZ v. 21.7.2010, S. 10.

kratie kann es niemals bloß auf das Vertrauen der Staatsorgane, sondern immer nur auf das Vertrauen der Bürger ankommen, die vernünftigerweise weit davon entfernt sind, der in einem „nach wie vor korrupten“ Staat (ibid.) verhängten Geldstrafe oder Untersuchungshaft Vertrauen entgegen zu bringen.

IV. Einzelne rechtsstaatliche Anforderungen

1. Verfahrensgarantien

a) Die wichtigsten deutschen Verfahrensgarantien bestehen nach hier vertretener Ansicht in der auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Pflicht, den Beschuldigten am Tatort über sein Schweigerecht zu belehren (§§ 136, 163a StPO, § 55 OWiG), sowie im Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen (§ 52 StPO, § 46 OWiG). Diese essentiellen Garantien, deren Verletzung in Deutschland zu Recht mit einem Beweisverwertungsverbot sanktioniert wird,²⁷ werden aber in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang gewährleistet,²⁸ etwa wenn § 103 Abs. 2 des österreichischen Kraftfahrzeuggesetzes eine strafbewehrte Pflicht zur Angabe des Fahrzeuglenkers statuiert. Damit fehlt es dann aber auch an den rechtsstaatlichen Grundvoraussetzungen für eine gegenseitige Anerkennung. Die lediglich im „Fahrplan“ des Rates vom 30.11.2009²⁹ geplante Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte kann dem nicht abhelfen, schon weil sie den materiellen Gehalt dieser Rechte nicht regelt und weil Gegenrechte des Beschuldigten spätestens zeitgleich mit der gegenseitigen Anerkennung³⁰ etabliert werden müssen.

b) In der umstrittenen Frage der Abwesenheitsurteile ist der neue Rahmenbeschluss 2009/299/JI³¹ nicht berücksichtigt, der unter anderem Art. 7 des vorliegenden Rahmenbeschlusses über Geldstrafen und Geldbußen modifiziert; mindestens das muss in die Neufassung des IRG möglichst bald

eingearbeitet werden. Freilich bleibt auch der neue Rahmenbeschluss hinter rechtsstaatlichen Standards zurück, allein schon wegen seiner Unbestimmtheit und weil das Formular³² nicht erkennen lässt, ob eine Benachrichtigung und Belehrung tatsächlich in adäquater Form stattgefunden hat;³³ er regelt daher bloß die äußere Choreographie der Ladungs- und Hinweispflichten und enthält keinerlei Garantien für das Verfahren selbst oder die Zumutbarkeit der Rechtsverfolgung im Ausland, ohne die ein Abwesenheitsurteil keine Rechtskraft gegenüber dem Beschuldigten beanspruchen kann (dazu unter IV. 2. c).³⁴

c) Weil die möglichen rechtsstaatlichen Verwerfungen sich kaum abschließend aufzählen lassen, muss eine Generalklausel zur Ablehnung wegen Verstoßes gegen den *ordre public* vorgesehen werden, wie sie zu Recht in § 73 IRG besteht. Doch anders als dessen zweiter Satz anordnet, der auch für die neuen Vorschriften zu Geldsanktionen gilt, müssen dabei die wesentlichen Grundsätzen der *deutschen* Rechtsordnung maßgeblich sein, denn ein belastbarer europäischer *ordre public* ist nicht auszumachen,³⁵ was gerade die andernorts praktizierten Konzepte im Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht belegen: materiell mit teils drakonischen Strafen,³⁶ auf der Verfahrensseite mit der nicht durchgängigen Gewährleistung unverzichtbarer Verfahrensgarantien wie etwa des Schweigerechts und der Zeugnisverweigerungsrechte.³⁷

2. Effektiver Rechtsschutz

a) Selbst ein unterstelltes allgemeines Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit anderer Mitgliedstaaten der EU kann keine Vermutung der Rechtsstaatlichkeit in jedem Einzelfall tragen.³⁸ Weil also keine Gewähr für die umfassende Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien besteht, müssen die besagten Voraussetzungen einer Verurteilung im Einzelfall überprüft werden können. Das BVerfG hat in ähnlichem Zusammen-

²⁷ Siehe *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 31, 43.

²⁸ Vgl. *Brenner*, in: Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft (Hrsg.), 44. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2006, 2006, S. 32 (S. 37); *Riedmeyer*, in: Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft (a.a.O.), S. 40 (S. 41); *Bönke*, in: Homburger Tage 2006, Arbeitstagung der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im DAV, 2007, S. 73 (S. 84); *Albrecht*, SVR 2007, 361 (366).

²⁹ Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. EU 2009, Nr. 2009/C 295/01; krit. etwa *Gless*, StV 2010, 400 (406), die von „recht willkürlich zusammengewürfelten Mindestrechte[n]“ spricht.

³⁰ Ähnlich etwa *Gless*, StV 2010, 400 (405): „Integration von Verteidigungsrechten in allen Instrumenten grenzüberschreitender Strafverfolgung“. Auch die Organe der EU haben seit der Proklamation des Prinzips gegenseitiger Anerkennung eine „ausgewogene Entwicklung“ angemahnt, Nachweise bei *Roger*, GA 2010, 27 (29).

³¹ V. 26.2.2009, ABl. EU 2009, Nr. L 2009/L 81/24.

³² Abgedruckt als Anhang zum Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EU 2005, Nr. L 46/16 v. 22.3.2005.

³³ Durchgreifende Kritik in der BRAK-Stellungnahme Nr. 06/2008 von Februar 2008, sowie bei *Ahlbrecht*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 23), S. 1055 ff. und bei *Klitsch*, ZIS 2009, 11.

³⁴ Siehe bereits *Schünemann* (Fn. 21), S. 750.

³⁵ Siehe etwa *Braun*, GA 2005, 688 (695), der zu Recht – unter Verweis auf OLG Stuttgart StV 2004, 546 – darauf hinweist, dieser europäische *ordre public* sei das, „was die jeweilige politische Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten gerade noch für normativ vertretbar hält“.

³⁶ Etwa 90 € für eine Geschwindigkeitsüberschreitung von 1 km/h in Frankreich.

³⁷ Siehe etwa § 103 Abs. 2 des österreichischen Kraftfahrzeuggesetzes: „Gegenüber der Befugnis der Behörde, derartige Auskünfte zu verlangen, treten Rechte auf Auskunftsverweigerung zurück.“

³⁸ So zu Recht auch *Vogel*, JZ 2001, 937 (940). Dies sah auch *Brenner* in seiner Stellungnahme für den Rechtsausschuss so, der dennoch die rechtsstaatlichen Anforderungen umfassend beachtet sah.

hang einen Vorbehalt des deutschen *ordre public* angeht;³⁹ noch zielführender wäre es freilich, einzelne Prinzipien festzulegen, deren Verletzung mit den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht zu vereinbaren ist.⁴⁰

In jedem Fall müssten, um die Eröffnung des Rechtsweges (§§ 87g-87l IRG n.F.) nicht ins Leere laufen zu lassen, dem Gericht auch Fragen von echtem Belang zur Prüfung offen stehen. Das EU-GeldsanktionenG erinnert dagegen in fataler Weise an die „Placebo-Methode“ des Großen Strafsenats des BGH, nach der vollständigen Zerstörung der von der StPO geschaffenen Verfahrensbalance durch die Tolerierung der Urteilsabsprachen aber den Rechtsmittelweg eisern zu garantieren,⁴¹ obwohl dieser Weg weitgehend nutzlos ist, wenn es keine mit Hilfe der Revision durchsetzbaren Verfahrenskautelen mehr gibt. Aber während sich der Angeklagte nach einer Absprache vorhalten lassen muss, dass er ja immerhin „mitgemacht“ hat, besitzt der Betroffene eines aus deutscher Perspektive rechtsstaatswidrigen ausländischen (Verkehrs-)Strafverfahrens keine realistische Vermeidemacht. Dass ihm in Deutschland ein Rechtsweg zur Verfügung gestellt wird, in dem fast nur die Einhaltung des vom Rahmenbeschluss in Bürokratenmanier vorgesehenen Formulars überprüft werden kann, hat mit einem „effektiven Rechtsschutz“, wie ihn das BVerfG für Art. 19 Abs. 4 GG fordert⁴², nichts zu tun.

b) Dass die Überprüfung auch der Tatbestandsvoraussetzungen, und sei es nur als *ultima ratio*, erforderlich ist, bestätigt ein Blick auf die jüngste Rechtsprechung des BVerfG in Sachen des Europäischen Haftbefehls: Wiederholt hat das Gericht Bewilligungsentscheidungen des OLG München auf Verfassungsbeschwerde hin aufgehoben, unter anderem weil das OLG die Existenz eines im konkreten Fall vorausgesetzten Betrugsschadens nicht weiter geprüft habe.⁴³ Bei der Vollstreckung einer Sanktionsentscheidung muss diese Kontrolle im Übrigen noch dringlicher bestehen als bei einer Auslieferung. Nicht zuletzt um zu verhindern, dass das BVerfG mit Verfassungsbeschwerden überlastet wird, während zugleich effektiver Rechtsschutz den finanziell besser gestellten Betroffenen vorbehalten bleibt, die auch diesen außerordentlichen Rechtsbehelf noch ergreifen, muss eine Überprüfung vor den ordentlichen Gerichten zumindest möglich sein; damit ist freilich nicht gesagt, dass die häufig auf-

wändige und kostspielige Überprüfung zum Regelfall werden müsste.⁴⁴

c) Dies ist erforderlich gerade angesichts dessen, dass die Regel – auch in deutschen Bußgeldsachen – von einem schriftlichen Verfahren mit mehr oder minder automatischer Verwerfung eines Einspruchs gebildet wird und erst im gerichtlichen Verfahren Abhilfe zu erwarten ist. Dieses im Entscheidungsstaat in Anspruch zu nehmen, wird aber den Beschuldigten nicht selten logistisch und finanziell überfordern und auch außer Verhältnis zur Höhe der Geldstrafe oder -buße stehen, was freilich – strafrechtliche Prinzipien kennen keine *de-minimis*-Regel – nicht zu dem Schluss verleiten darf, die Sanktionen sollten in solchen Fällen einfach hingenommen werden. Die in Art. 7 Abs. 2 lit. g des Rahmenbeschlusses und § 87b Abs. 2 Nr. 3 IRG n.F. vorgesehene Bescheinigung über ein zulässiges schriftliches Verfahren nach vorschriftsmäßiger Unterrichtung löst dieses bei Verkehrsordnungswidrigkeiten zentrale Problem einer Unzumutbarkeit des Erscheinens am Gerichtsort nicht einmal im Ansatz.

3. Beiderseitige Strafbarkeit

a) Als grundlegende materielle Voraussetzung der Vollstreckbarkeit ist beiderseitige Strafbarkeit in jedem Fall zu fordern,⁴⁵ denn dass die *Vollstreckung* einer Sanktion, sei sie auch durch einen fremden Staat angeordnet, den Charakter einer „Strafe“ besitzt und dementsprechend dem *nulla-poena*-Satz unterliegt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden – anders als dies oftmals leichthin in Fragen der Auslieferung erfolgt.⁴⁶ Das scheint auch die Bundesregierung zu sehen, wenn sie in der Gesetzesbegründung⁴⁷ den Ausschluss der Ersatzfreiheitsstrafe u.a. damit begründet, dass verfassungsrechtliche Bedenken bestünden, wenn diese für eine in Deutschland nicht strafbare Handlung angeordnet würde; doch zieht sie daraus keinen Rückschluss für die Vollstreckung einer Geldstrafe oder -buße. Zu Unrecht, denn Art. 103 Abs. 2 GG fordert als Voraussetzung jeder Bestrafung und auch der Verhängung von Geldbußen⁴⁸ ein – hinreichend bestimmtes – Gesetz desjenigen Staates, der die Strafe aufer-

³⁹ BVerfGE 63, 343 (376 ff.).

⁴⁰ Auch ist zu beachten, dass die Geltendmachung einer *ordre-public*-Verletzung immer einen auch politisch heiklen Vorwurf an den Urteilsstaat beinhaltet, worauf *Brenner* in seiner Stellungnahme zutreffend hinweist.

⁴¹ BGHSt 50, 40; näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 27), § 17 Rn. 7 ff.

⁴² Siehe zuletzt BVerfGE 101, 106 (122); 101, 397 (407); 104, 220 (231); 107, 299 (337); 108, 341 (347).

⁴³ Siehe BVerfG, Beschl. v. 9.10.2009 – 2 BvR 2511/09, Rn. 29 ff.

⁴⁴ Dazu unten IV. 6.; zur Koordinierung des Rechtsschutzes in Urteils- und Vollstreckungsstaat ferner *Roger*, GA 2010, 27 (41).

⁴⁵ *Schünemann*, StraFo 2003, 344 (345, 347 f.); *Braum*, wistra 2007, 401 (404 f.); *Roger*, GA 2010, 27 (38 f.). Offen gelassen von BVerfGE 113, 273 (317). Zumindest für Inlandstaten auch *Lagodny*, StV 2005, 515 (518) und *Pohl*, Vorbehalt und Anerkennung, 2009, S. 162 ff.

⁴⁶ Siehe etwa *Böse*, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. 2008, § 81 Rn. 9; *Vogel/Burchard*, Grütznert/Pötz/Kreß (a.a.O.), § 3 Rn. 10. Noch weniger als bei der Auslieferung überzeugt es bei der Vollstreckung als praktischer Anwendung der Strafe, wenn die Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips mit der rein formalen Zuordnung zum Prozessrecht verneint wird, wie von *Böse* in der Anhörung vorgetragen.

⁴⁷ BT-Drs. 17/1288, S. 17.

⁴⁸ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 30. Lfg., Stand: Dezember 1992, Art. 103 Rn. 195.

legt.⁴⁹ Die Aufgabe der beiderseitigen Strafbarkeit hingegen führt mittelbar zu einer Geltung des jeweils punitivsten (ausländischen) Strafrechts; ob daraus – entgegen dem EuGH – folgt, dass der Rahmenbeschluss, insofern als er die Aufgabe beiderseitiger Strafbarkeit fordert, selbst den Anforderungen des *nulla-poena*-Prinzips genügen muss, kann dahinstehen. Denn es liegt jedenfalls in der Verantwortung des Staates, der eine Sanktion zwangsweise durchsetzt, dass diese auch durch seine Strafnormen gedeckt ist, zumal wenn der Erlös, wie in Art. 13 des Rahmenbeschlusses und § 87n Abs. 5 IRG n.F. angeordnet, beim Vollstreckungsstaat verbleibt. Die Regelung des § 87b Abs. 1 IRG n.F. bleibt hinter dieser Verpflichtung zurück, sowohl wegen der Aufgabe des Erfordernisses beiderseitiger Sanktionierbarkeit als solcher als auch wegen der völligen Unbestimmtheit des Katalogs von Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses.

b) Mit dem Festhalten am Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit wäre auch ein politisch weniger heikler Weg vorgezeichnet, um die Vollstreckung von Sanktionen abzulehnen, ohne dem Entscheidungsstaat eine *ordre-public*-Verletzung vorzuwerfen⁵⁰; hierunter könnten insbesondere Fälle strikter Halterhaftung oder der Tatbestand der Verweigerung der Lenkerangabe fallen. Der erstere Fall ist – was ausdrücklich zu begrüßen ist – in § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG n.F. als Zulässigkeithindernis und damit als obligatorischer Ablehnungsgrund vorgesehen.⁵¹ Ausdrücklich nimmt der Entwurf⁵² auf die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Bezug, welche das Schuldprinzip zur absoluten Grenze der Vollstreckbarkeit ausländischer Ersuchen in Deutschland erklärt. Bemerkenswert ist nicht nur der Verweis auf das Karlsruher Urteil, sondern auch und vor allem, dass hier eine Schranke eingeführt wird, die keine Grundlage im Rahmenbeschluss findet. Wir haben es also mit der Inanspruchnahme normativer Freiheit und Souveränität zu tun, was als Beispiel für dieses Gesetzgebungsverfahren insgesamt dienen und weiter hätte ausgebaut werden müssen. Denn wengleich die Vorschrift des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG n.F. allgemein gehalten ist, kann sie nur einen Teilaspekt lösen.

Nicht weiter hilft sie etwa bei der in Österreich mit Verwaltungsstrafe sanktionierten Verweigerung der Lenkerangabe, welche ja nicht auf einer Fiktion der Schuld beruht, sondern ein eigenständiges echtes Unterlassungsdelikt („Ungehorsamsdelikt“) bildet. Zwar wurden die Behörden in Deutschland angewiesen, auf Zuwiderhandlungen gegen § 103 Abs. 2 des österreichischen Kraftfahrzeuggesetzes, der eine Pflicht zur Angabe des Lenkers statuiert, beruhende Bescheide nicht mehr zu vollstrecken. Doch ist schwer ersichtlich,

wie sie dies unter Geltung der Neufassung des IRG sollen, denn § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG n.F. passt auf diesen Fall nicht, und ein Verstoß gegen den fortan maßgeblichen europäischen *ordre public* (§ 73 S. 2 IRG n.F.) wäre schwer zu begründen angesichts dessen, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof diese Strafbewehrung für verfassungskonform hält.⁵³ Zwar hat *Bönke* vorgeschlagen, die Verweigerung der Lenkerangabe nicht als Verkehrsdelikt zu qualifizieren, wodurch wieder die Regel der beiderseitigen Strafbarkeit (§ 87b Abs. 1 S. 1 IRG n.F.) gelten würde, und hat *Böse* in der Anhörung darauf hingewiesen, dass die Zuordnung zum Deliktskatalog des Rahmenbeschlusses der Auslegungshoheit des EuGH unterliege. Doch kann dem nicht gefolgt werden, weil die Einordnung als Katalogtat ausdrücklich nach dem Recht des *ersuchenden* Staates erfolgt (Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses). Allein dieses Beispiel dürfte zeigen, dass kaum übersehbar ist, wie ausländische Straf- oder Ordnungswidrigkeitsnormen im Einzelnen ausgestaltet sind und ob sie dem deutschen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit entsprechen.

c) Ebenso wenig löst § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG n.F. das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit *juristischer Personen*, die nach dem allgemeinen Verzicht auf die beiderseitige Strafbarkeit gem. Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses ohnehin in Deutschland zu exekutieren sein würde; überdies ist in Art. 9 Abs. 3 sogar ausdrücklich statuiert, dass Geldstrafen oder Geldbußen gegen juristische Personen selbst dann zu vollstrecken seien, wenn der Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Vollstreckungsstaat nicht anerkannt ist. Wie damit die angebliche Bindungswirkung von Regierungs-Rahmenbeschlüssen für die nationalen Parlamente in Anspruch genommen werden soll, ist den Verf. allerdings nicht vorstellbar. Denn eine echte Strafbarkeit juristischer Personen verletzt – ebenso wie die in § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG n.F. geregelte Fiktion der Schuld – das Schuldprinzip und damit das Rechtsstaatsprinzip, kann also in Deutschland nicht einmal per Gesetz eingeführt werden.⁵⁴ Dass ein Beschluss europäischer Minister stärker sein soll als das mit Ewigkeitsgarantie gem. Art. 79 Abs. 3 GG ausgestattete Rechtsstaatsprinzip, ist ausgeschlossen. Nach dem Geldstrafengesetz soll deshalb die Geldstrafe auf eine Geldbuße umgestellt werden (§ 87i Abs. 1 Nr. 2,

⁴⁹ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 48), Art. 103 Rn. 252; siehe auch *Satzger*, in: *Schünemann* (Fn. 8), S. 146 (S. 151).

⁵⁰ Deshalb – nur – aus pragmatischen Gründen für die Beibehaltung beiderseitiger Strafbarkeit *Asp/v. Hirsch/Frände*, in: *Schünemann* (Fn. 8), S. 240 und ausf. *dies.*, ZIS 2006, 512.

⁵¹ Eine im Anschluss an das Berichterstattergespräch durchgeführte Änderung des ursprünglichen Entwurfs, welcher hierfür nur ein (fakultatives) Bewilligungshindernis in § 87d Abs. 2 E-IRG vorsah.

⁵² BT-Drs. 17/1288, S. 28.

⁵³ Vgl. VfGH, Erkenntnis G 72/88; zum Ganzen *Neidhart*, NZV 2000, 240 (243). Bemerkenswert ist freilich, dass die Bestimmung gegen eine erste Nichtigerklärung des Verfassungsgerichtshofs (G 149/84) als Verfassungsbestimmung verabschiedet werden musste. Zur Verfassungswidrigkeit der Vollstreckung von Verwaltungsstrafen wegen verweigerter Lenkerangabe siehe auch *Bovenshulte*, (Fn. 7), S. 144 ff.

⁵⁴ Eine eingehende Begründung dieser These kann vorliegend nicht geliefert werden, siehe zuletzt *Schünemann*, in: Sieber (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 429; siehe ferner *ders.*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 14 Rn. 82.

Abs. 3 S. 2 IRG n.F.)⁵⁵, doch kann dies zumindest dann nicht ausreichend sein, wenn die betroffene juristische Person einer ausländischen Bestrafung unter völliger Außerachtlassung der in Deutschland praktizierten, schuldanalogen Zurechnungsvoraussetzungen (etwa nach den Prinzipien der vicarious liability) zum Opfer gefallen ist.

d) Aus all dem folgt, dass das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit aus rechtsstaatlichen Gründen unbedingt hätte aufrechterhalten werden müssen.

4. Anpassung und Territorialvorbehalt

Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip kann schließlich auch eine Anpassung der Sanktion fordern, weil auch die Höhe einer Strafe jenem strengen Gesetzesvorbehalt unterliegt,⁵⁶ was eine nachträgliche Strafschärfung ausschließt, aber ebenso in den hier interessierenden Fällen die Anpassung einer Sanktion an die nach deutschem materiellen Strafrecht zulässige Höchststrafe nötig machen kann.

In § 87f Abs. 2 IRG n.F. gilt für eine Anpassung aber die doppelte Voraussetzung, dass die Tat außerhalb des ersuchenden Mitgliedstaates begangen wurde und deutsche Strafgewalt begründet ist, was den negativen (im Sinne der Grundrechtsdogmatik, also abwehrrechtlichen) Gehalt von „nulla poena sine lege“ verkennt und das Problem rein im Sinne des Strafanwendungsrechts lösen will, also den Beschuldigten nur bei positiven Kompetenzkonflikten schützt.

Ferner wird die extrem enge Anpassung an die zulässige Höchststrafe⁵⁷ der limitierenden Funktion des Schuldprinzips nicht gerecht, sondern trägt in Kombination mit dem extrem engen Anwendungsbereich (s.o.) nahezu karikaturhafte Züge.

Dass eine weitergehende Anpassung nicht vorgesehen ist, meint die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung⁵⁸ damit rechtfertigen zu können, dass, wer in einem anderen Staat eine Verkehrsordnungswidrigkeit begehe, sich von diesem Staat (!) wie jeder andere Verkehrsteilnehmer behandeln lassen müsse. Das ist (nur) insofern präzise getroffen, als es eben nur für *diesen* Staat gilt; der Schluss darauf, wie er sich von Deutschland behandeln lassen muss, beruht dagegen auf dem Kurzschluss, der gewöhnlich unter dem Begriff des „hohen Maßes an Vertrauen“ zwischen Mitgliedstaaten firmiert. Nur wenn die unerträgliche Strafhöhe „auf der Hand“ liege, soll nach dem Willen der Bundesregierung mit § 73 S. 2 IRG ein Korrektiv zur Verfügung stehen. In einem auf den Grundrechten beruhenden Rechtsstaat leuchtet es aber nicht ein, warum ein Eingriff „schlechterdings unerträglich hoch“ sein muss, damit er dem vollstreckenden und kassierenden Staat verwehrt ist.

Der Ausschluss einer Anpassung der Geldstrafenhöhe wird nach der neuen Rechtslage sogar dann gelten, wenn die Tat nicht im Entscheidungsstaat begangen worden ist und

also möglicherweise gar keine legitimen Anknüpfungspunkte für eine Strafverfolgung durch diesen bestanden. Richtigerweise muss aber – übrigens im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 lit. d sublit. ii des Rahmenbeschlusses – für diejenigen Fälle ein zwingender Ablehnungsgrund vorgesehen werden, in denen die Tat nicht im Entscheidungsstaat begangen wurde und nach deutschem Recht in einem entsprechenden Fall keine deutsche Strafgewalt begründet wäre: Dies wäre gleichsam ein residuales, dezentrales Surrogat für die – fehlende – europäische Zuständigkeitsregelung in Strafsachen.⁵⁹ Für diese Konstellation enthält § 87d Abs. 1 Nr. 2 IRG n.F. gleichwohl nur ein (fakultatives) Bewilligungshindernis, und überdies nur für solche Fälle, in denen die Tat „nach deutschem Recht nicht als Straftat mit Strafe oder als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht ist“. Aus der Regierungsbeurteilung⁶⁰ geht hervor, dass offenbar das Bestehen deutscher Strafgewalt in einem entsprechenden Fall gemeint war (siehe den Verweis auf §§ 4-7 StGB) und *nicht*, wie der an sich eindeutige Wortlaut des Entwurfs ausdrückt, die materielle Strafbarkeit. Es handelt sich allem Anschein nach also um ein redaktionelles Versehen, das aus Gründen der Rechtssicherheit korrigiert werden muss.

Geringe Wirkung im Straßenverkehrsrecht

Auf einige intrikate Probleme speziell im Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht ist angesichts dieser gravierenden prinzipiellen Mängel nur noch ergänzend hinzuweisen.

a) Der Vergleich des in Deutschland bei der Kontrolle des Straßenverkehrs praktizierten „Rasenmäherprinzips“ (engmaschige Überwachung mit relativ geringen Sanktionen) mit der Verhängung sehr weniger, aber sehr hoher Bußgelder („Faustschlagprinzip“) etwa in Italien und Finnland zeigt, dass eigentlich die vorgesehene Gegenseitigkeit nur eine scheinbare ist und dass wegen der Regelung, wonach der Vollstreckungsstaat die Geldbuße kassiert, mit einer Art Selbstverstopfung des ganzen Konzepts gerechnet werden muss. Die geringfügigen deutschen Geldbußen lohnen einen Vollstreckungsaufwand im Ausland jedenfalls aus der Sicht des Vollstreckungsstaates nicht, während umgekehrt aus der Sicht eines mit enormen Geldbußen arbeitenden Urteilsstaates schwerlich einzusehen ist, dass ein selbst nach dem Rasenmäherprinzip arbeitender Vollstreckungsstaat plötzlich diese Summen für sich vereinnahmen kann. So sieht bereits Art. 7 Abs. 2 lit. h des Rahmenbeschlusses vor, dass der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung bei einer Geldbuße unter 70 Euro verweigern kann, was für die in Deutschland üblichen Geldbußen eine enorme Bedeutung erlangen kann, nicht aber für horrenden Geldbußen von nach dem Faustschlagprinzip operierenden Mitgliedstaaten. Die Folge dürfte sein, dass das EU-GeldsanktionenG die deutsche Verkehrssicherheit mangels realer Vollstreckungswahrscheinlichkeit gegenüber EU-Ausländern nicht nennenswert verbessert, während die inländische Vollstreckung unverhältnismäßig hoher ausländischer Geldbußen rechtsstaatlich zweifelhaft ist

⁵⁵ Dazu BT-Drs. 17/1288, S. 31.

⁵⁶ Siehe nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 6; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 48), Rn. 197.

⁵⁷ Zur Kritik an der Unbestimmtheit der Deliktsfolgen *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 38; *Roxin* (Fn. 56), § 5 Rn. 80 ff.

⁵⁸ BT-Drs. 17/1288, S. 28.

⁵⁹ So bereits *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94).

⁶⁰ BT-Drs. 17/1288, S. 27.

und die dortige unzulängliche Kontrolldichte quasi noch prämiert.

b) Umgekehrt steht natürlich der kostspieligen grenzüberschreitenden Sanktion seitens des Staates auch die Kostspieligkeit der Rechtsverteidigung des Betroffenen im Ausland gegenüber, die für ihn (wie schon oben angesprochen) häufig sogar eine Unzumutbarkeit seiner Rechtsverteidigung begründen wird – weshalb es sich aufdrängt, dass der Vollstreckungsstaat für aus seiner Sicht bagatellarische Verstöße generell eine Begnadigung vorsehen müsste.

c) Ob die im zwischenstaatlichen Verkehr manifesten Probleme einer drohenden Verjährung durch hinreichende Verfahrensbeschleunigung⁶¹ gelöst werden können, bleibt selbst im Fall eines Aufschlages auf die nationalen Verjährungsfristen bei notwendiger Auslandszustellung zweifelhaft, namentlich wenn etwa die Frage nach dem Fahrer zu spät thematisiert wird oder die Stellung als Fahrer aus dem Bescheid nicht ersichtlich ist.

6. Unverfügbarkeit rechtsstaatlicher Prinzipien

Praktikabilitätsfragen können keine Kapitulation vor diesen fundamentalen rechtsstaatlichen Anforderungen tragen, würden außerdem im Widerspruch stehen zu der gerade von Deutschland beförderten Initiative für europäische Mindestrechte – mit welcher nämlich eo ipso eingeräumt ist, dass diese bis dato nicht bestehen⁶². Ferner ist die Praktikabilität kaum in Frage gestellt und die Gefahr missbräuchlichen Prozessierens eingedämmt, wenn – ähnlich wie im Revisionsverfahren⁶³ – dem Betroffenen die Darlegungs- und Beweislast für die o.g. Vollstreckungshindernisse aufgebürdet wird.

V. Fazit

Der Entwurf der Bundesregierung wies schwerwiegende rechtsstaatliche Mängel auf. Weder beschränkte er die vollstreckende deutsche Staatsgewalt auf den Umfang des nach deutschem Recht Strafbaren noch bot er die Möglichkeit, die Einhaltung fundamentaler Verfahrensgarantien sicherzustellen oder auch nur zu prüfen. Nachdem er dennoch – wie zu erwarten – „gehorsam“ als Gesetz verabschiedet worden ist, muss damit gerechnet werden, dass dieses über kurz oder lang in wesentlichen Punkten vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben werden wird.

⁶¹ In Deutschland tritt Verfolgungsverjährung nach sechs Monaten (für Geldbußen bis 1.000 €) bis drei Jahren (Bußen über 15.000 €) ein, § 31 Abs. 2 OWiG, Vollstreckungsverjährung nach drei (Bußen bis 1.000 €) bzw. fünf Jahren, § 34 Abs. 2 OWiG.

⁶² Siehe bereits *Schünemann* (Fn. 21), S. 751 f.

⁶³ *Schünemann* (Fn. 21), S. 752 mit Fn. 30.

Zur Verwertbarkeit der vor der Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung erlangten retrograden Verbindungsdaten

Zugleich Überlegungen zu OLG Hamm, Beschl. v. 13.4.2010 – 3 Ws 140/10 und LG Verden Beschl. v. 3.5.2010 – 7 KLS 2/10

Von Staatsanwalt Dr. **Marcus Marlie**, Flensburg, und Prof. Dr. **Dennis Bock**, Würzburg*

Der vorliegende Beitrag thematisiert die Verwertbarkeit von retrograden (bereits abgeschlossene Gespräche betreffende) Verbindungsdaten. Dabei soll primär die aktuell in vielen anhängigen Verfahren virulente Frage untersucht werden, inwiefern die vor der Aufsehen erregenden Hauptsacheentscheidung des BVerfG zur sog. Vorratsdatenspeicherung nach Maßgabe der bis dahin geltenden einstweiligen Anordnungen erlangten Verbindungsdaten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Die Verf. gelangen in Übereinstimmung mit dem OLG Hamm und entgegen dem LG Verden zu einer Verwertbarkeit dieser Verbindungsdaten.

I. Einführung

In Zeiten, in denen statistisch gesehen jeder Bundesbürger fast zwei Mobiltelefone besitzt, zählt die Auswertung von entsprechenden Verbindungsdaten zu einer wichtigen Methode der Ermittlungsbehörden zur Aufklärung von Straftaten. Wenn Anhaltspunkte bestehen, dass ein Täter mit seinem Handy telefoniert hat, kann einem Beschuldigten ein Tatnachweis geführt werden, sofern die Ermittlungsbehörden von den Anbietern von Telekommunikationsleistungen Auskünfte zu den tatrelevanten Telefonaten erlangen (und auswerten) können. „Retrograde Verbindungsdaten“ beziehen sich hierbei auf Informationen über Teilnehmer, Zeitpunkt und Dauer bereits abgeschlossener¹ Gespräche sowie (bei Mobilfunktelefonen) die Standorte² der Teilnehmer im Gesprächszeitpunkt. Ist bekannt, dass der Täter eine bestimmte Person angerufen hat, kann eine Anfrage an den Telekommunikationsanbieter dieser Person ergeben, von welchem Mobilfunkanschluss im Tatzeitpunkt bei diesem angerufen worden

ist. Über die zu diesem Anschluss hinterlegten Nutzerdaten könnte dann der Inhaber des entsprechenden Mobilfunktelefons ermittelt werden. Und schließlich könnte über die zu dem Gespräch gespeicherten Daten nachgewiesen werden, dass das entsprechende Mobilfunkgerät sich im Zeitpunkt des Gesprächs (also zur Tatzeit) im Bereich des Funkmastes befunden hat, der dem Tatort am nächsten lag.

Beispiel: T lässt nach einer Vergewaltigung sein schwer verletztes Opfer O in einem abgelegenen Waldstück zurück. O bekommt mit, dass der maskierte T direkt nach der Tat mit seinem Handy mit unterdrückter Rufnummer bei einem Taxiunternehmer anruft und den anonymen Hinweis gibt, dass in dem Waldstück eine verletzte Person liege. O wird daraufhin gerettet, die unter ihren Fingernägeln gefundenen DNA-Spuren führen zu keinem Treffer in der Datenbank.

Es müssen hierbei nicht immer derart gravierende Fälle sein, in denen retrograde Verbindungsdaten zur Tataufklärung erforderlich sind (vgl. z.B. telefonische Bedrohungen). Manche Fälle bewegen sich zwar am unteren Rand der Skala kriminogener Verhaltensweisen, sind aber ebenfalls ggf. ohne retrograde Verbindungsdaten nicht aufzuklären.³

Aktuelle Brisanz hat der gesamte Komplex des Zugriffs auf Verbindungsdaten als bisher effektives Mittel der Strafverfolgungsbehörden durch die Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung vom 3.2.2010⁴ erlangt. Der 1. Senat des BVerfG hat darin entschieden, dass die Regelungen des TKG und der StPO – soweit sie die Vorratsdatenspeicherung betreffen – gegen Art. 10 Abs. 1 GG verstoßen und deshalb insgesamt verfassungswidrig und nichtig⁵ sind.⁶

* Der Autor *Marlie* ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Flensburg; der Autor *Bock* ist Inhaber der Professur für Strafrecht (Lehrprofessur) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Hiervon zu unterscheiden ist die Überwachung von Anschlüssen zur Aufklärung von Straftaten durch Erlangung von Informationen über Gespräche, die erst nach Anordnung der Überwachungsmaßnahme erwartet werden. Beispiele wären hierfür etwa eine Fangschaltung zur Ermittlung eines Entführers, von dem die Polizei erwartet, dass er in der Zukunft eine telefonische Forderung stellen könnte, oder das Abhören der Telefonanschlüsse Tatverdächtiger (was per se nur für zukünftige Gespräche möglich ist, da eine verdachtsunabhängige, präventive Aufzeichnung des Inhaltes aller Telefongespräche in der Bundesrepublik nicht nur zu Recht unzulässig ist, sondern aufgrund des erheblichen Aufwandes wohl auch technisch kaum realisierbar wäre).

² Sog. GEO-Daten, die Auskunft darüber geben, in welchen Funkmast das jeweilige Mobilfunkgerät im Gesprächszeitpunkt eingeloggt war.

³ Hier wird die Frage nach der Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 10 GG zur Erlangung der Verbindungsdaten auf die Spitze getrieben. Der Bagatelldarakter der aufzuklärenden Tat kollidiert in der Praxis häufig mit einer Reduzierung der anderweitigen Aufklärungsmöglichkeiten auf Null, so dass letztlich die Frage im Raum steht, ob die Gesellschaft die Unaufklärbarkeit hier hinnehmen will oder sogar muss.

⁴ BVerfG NJW 2010, 833.

⁵ Es ist in diesem Kontext und in Anbetracht der Urteilsbegründung (das BVerfG weist selbst darauf hin, dass die bisherige Regelung „in dem vorgesehenen Umfang nicht von vornherein schlechthin verfassungswidrig“ sei und bemängelt nur die mangelhafte Ausgestaltung) und des beachtlichen Sondervotums des Richters *Schluckebier* erstaunlich, dass das BVerfG von der Möglichkeit eine Übergangsfrist abgesehen hat, indem es die Normen für nichtig und nicht nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt hat.

⁶ Zu der durch Rechtsfortbildung vom BVerfG geschaffenen Möglichkeit, Normen für nichtig oder „nur“ mit dem Grund-

Diese Entscheidung hat zunächst große Auswirkungen für die Zukunft der Ermittlungstätigkeit. Hierauf soll am Ende der folgenden Ausführungen (unter IV.) kurz eingegangen werden. Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrages liegt dagegen bei einem aktuell in der Praxis drängenden Problem, welches das BVerfG in seiner Entscheidung trotz offensichtlicher Dringlichkeit dieser Frage nicht ausdrücklich angesprochen hat. Zu hinterfragen ist nämlich die Rechtslage im Zeitraum vom 11.3.2008 bis zum 3.2.2010. Das BVerfG hatte in Vorbereitung seiner nunmehr ergangenen Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung am 11.3.2008 eine einstweilige Anordnung getroffen⁷ und mehrfach bestätigt⁸, wonach die Regelungen des § 100g StPO und der §§ 113a, 113b TKG zur Vorratsdatenspeicherung nur (aber andererseits auch immerhin) noch eingeschränkte Geltung beanspruchen konnten.

Konsequenz dieser einstweiligen Anordnung ist, dass im fraglichen Zeitraum in einer beträchtlichen Anzahl von Ermittlungsverfahren retrograde Verbindungsdaten gem. § 100g StPO erhoben worden sind. In all diesen aktuell anhängigen Verfahren stellt sich deshalb nach der Entscheidung des BVerfG vom 3.2.2010 die Frage, ob die zuvor im Geltungszeitraum der einstweiligen Anordnung erhobenen Daten (noch) verwertet werden dürfen. Dieser Frage soll im vorliegenden Beitrag nach einem kurzen Überblick über Terminologie und Rechtsgrundlagen (II.) nachgegangen werden (III.).

II. Überblick über Terminologie und Rechtsgrundlagen

1. § 100g StPO in der Fassung vor der Beanstandung durch das BVerfG

Gemäß § 100g StPO hatte die Staatsanwaltschaft – auf Anordnung des Ermittlungsrichters bzw. bei Gefahr im Verzug auf eigene Anordnung – ursprünglich (also in der Fassung vor der einstweiligen Anordnung des BVerfG) Zugriff auf die bei den Telekommunikationsanbietern gespeicherten Verkehrsdaten. Verkehrsdaten sind nach der Legaldefinition des § 30 TKG Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Hierunter fallen neben den bereits oben erwähnten Daten über Anschlussinhaber, Verbindungszeitpunkt und -dauer sowie GEO-Daten auch sog. IMEI-Nummern (jedem Mobilfunkgerät ist eine individuelle Gerätenummer zugeordnet, ähnlich der FIN eines jeden Pkw) oder statische und dynamische IP-Adressen von Computern mit Internetzugang.

§ 100g StPO erlaubte dabei den Zugriff qua ausdrücklicher Restriktion auf die gem. § 96 Abs. 1 TKG (sog. Abrechnungsdaten) und § 113a TKG (sog. Vorratsdaten) gespeicherten Verkehrsdaten.⁹

§ 100g StPO enthält wiederum zwei unterschiedliche Eingriffsgrundlagen. § 100 Abs. 1 Nr. 1 StPO ist die Rechtsgrundlage zur Erlangung von Verkehrsdaten zur Aufklärung einer im Einzelfall erheblichen Straftat. Neben einem nicht ganz unerheblichen, durch bestimmte Tatsachen begründeten Tatverdacht darf eine Auskunft über die Verkehrsdaten des Beschuldigten oder einer dritten Person zudem nur dann verlangt werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass diese für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte seinen Anschluss benutzt (§ 100g Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 100a Abs. 3 StPO).¹⁰ Die bloße Vermutung, dass von den Tätern einer Straftat mittels Mobilfunktelefon kommuniziert worden sein könnte, reicht mithin nicht aus.¹¹ Das bedeutet, dass es z.B. nicht zulässig ist, nach einem Raubüberfall bei allen Telekommunikationsanbietern anzufragen, welche Mobilfunktelefone im Tatzeitraum in dem tatortnächsten Funkmast eingeloggt waren. Diese Möglichkeit besteht erst dann, wenn etwa ein Zeuge gesehen hat, dass der Täter tatsächlich ein Mobilfunktelefon benutzt hat.

Der Zugriff auf Verkehrsdaten zur Aufklärung geringfügiger Straftaten ist dagegen gem. § 100g Abs. 1 Nr. 2 StPO nur bei solchen Straftaten möglich, die der Täter „mittels Telekommunikation begangen hat“, also etwa in den oben bereits erwähnten Fällen telefonischer Bedrohung. Dieser Regelung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass solche Straftaten in der Regel ohne Erkenntnisse über die Nummer des beteiligten Anschlusses nicht aufzuklären sind.¹² Gänzlich unerhebliche Taten, wie z.B. eine geringfügige Beleidigung am Telefon, werden indes gemäß § 100g Abs. 1 S. 2 StPO kategorisch ausgenommen, da die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen muss und die Tat nicht anders aufzuklären sein darf.¹³

2. Einschränkungen durch die einstweilige Anordnung des BVerfG

Das BVerfG hat am 11.3.2008¹⁴ im Wege einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 BVerfGG entschieden, dass aufgrund eines Abrufersuchens einer Strafverfolgungsbehörde nach § 100g Abs. 1 StPO, das sich auf allein nach § 113a TKG gespeicherte Telekommunikations-Verkehrsdaten (mithin auf sog. Vorratsdaten) bezieht, der durch das Abrufersuchen verpflichtete Anbieter von Telekommunikationsdiensten die verlangten Daten zu erheben habe. Sie seien jedoch nur dann an die ersuchende Behörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO sei und die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorlägen. In den übrigen Fällen des § 100g Abs. 1 StPO sei von einer Übermittlung der Daten einstweilen abzusehen.

gesetz unvereinbar zu erklären und den daraus resultierenden unterschiedlichen Rechtsfolgen vgl. *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2006, § 78 Rn. 8 ff.

⁷ BVerfG NStZ 2008, 290.

⁸ BVerfG NVwZ 2009, 96.

⁹ Zur Erläuterung dieser Begriffe siehe unten.

¹⁰ *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 100g Rn. 20.

¹¹ LG Magdeburg StV 2006, 125.

¹² BVerfG NJW 2006, 3197; *Meyer-Göfner* (Fn. 10), § 100g Rn. 17 m.w.N.

¹³ Vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 10), § 100g Rn. 18.

¹⁴ BVerfG NStZ 2008, 290.

Der Diensteanbieter habe die Daten zu speichern. Er dürfe die Daten nicht verwenden und habe sicherzustellen, dass Dritte nicht auf sie zugreifen könnten. Folge dieser einstweiligen Anordnung war, dass eine Strafverfolgung durch den – häufig allein zielführenden Zugriff – auf Verbindungsdaten nur bei erheblichen und im Katalog des § 100a StPO berücksichtigten Taten möglich war. Fälle z.B. erheblicher Nachstellung – in denen Telefone ein gängiges Tatmittel darstellen – konnten trotz gravierender Folgen für die Opfer nicht verfolgt werden, da die Daten von den Anbietern nur gespeichert und nunmehr nach der Hauptsacheentscheidung gelöscht werden mussten.

3. Zum Umfang der Nichtigkeit nach der endgültigen Entscheidung des BVerfG

In seiner Hauptsacheentscheidung hat das BVerfG am 2.3.2010 § 100g StPO und §§ 113a, 113b TKG insoweit für nichtig erklärt, als sie die Vorratsdatenspeicherung betreffen.¹⁵ Die auf Grund der einstweiligen Anordnung von Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste im Rahmen von behördlichen Auskunftersuchen erhobenen, aber einstweilen nicht nach § 113b TKG an die ersuchenden Behörden übermittelten, sondern gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten seien unverzüglich zu löschen. Sie dürften nicht an die ersuchenden Stellen übermittelt werden.

§ 100g StPO ist damit nicht hinfällig, denn die Norm an sich hat ihre Gültigkeit behalten und ermöglicht immerhin noch den Zugriff auf die nach § 96 TKG gespeicherten Abrechnungsdaten.¹⁶ Diese bieten keinen Anlass für Zulässigkeitsbedenken, da ein Anbieter naturgemäß seinem Kunden nur dann eine Rechnung stellen kann, wenn er weiß (und im Falle einer Reklamation nachweisen kann), wann sein Kunde zu welcher Zeit mit welchem Anschluss telefoniert hat. Zudem kann die Speicherung solcher Daten etwa dann erforderlich sein, wenn der Kunde einen sog. Einzelverbindungs-nachweis beauftragt hat. Aus diesem begrenzten Zweck der Datenspeicherung folgen jedoch faktisch und gem. den entsprechend durch § 96 TKG auferlegten Restriktionen erhebliche Probleme für die Strafverfolgung. Die Dauer der Datenspeicherung ist – bei derzeit großen Unterschieden zwischen den unterschiedlichen Anbietern – gering.¹⁷ Und auch der Umfang der gespeicherten Daten variiert erheblich. Dabei spielt zum Beispiel immer mehr eine Rolle, dass viele Anbieter sog. Flatrates anbieten, so dass es für die entsprechenden Kunden überhaupt nicht mehr erforderlich ist, Abrechnungsdaten zu speichern (zumindest, solange kein Einzelverbindungs-nachweis beauftragt worden ist). Andere Anbieter anonymisieren die Verbindungsdaten z.B. bereits nach einigen Tagen, da für ihre Abrechnungen nur die Netze bzw. Vorwahlnummern der angerufenen Anschlüsse erforderlich sind. Grundsätzlich nicht erforderlich ist die Speicherung der Information, von welchen Anschlüssen der eigene Kunde Anru-

fe entgegengenommen hat. Es ist also nicht möglich, bei dem Anbieter des Zeugen oder Opfers anzufragen, von welchem Anschluss der *eingehende* Anruf kam. Hier haben die Ermittlungsbehörden nur die Möglichkeit, einen sogenannten Ziel-suchlauf anzufordern. Dabei wird bei allen denkbaren Telekommunikationsanbietern angefragt, ob irgendeiner von deren Kunden zur fraglichen Zeit den bekannten Anschluss des Zeugen bzw. Opfers angerufen hat, denn *ausgehende* Anrufe werden ja grds. zu Abrechnungszwecken benötigt.

Bis zur Entscheidung des BVerfG über die Nichtigkeit dieser Normen regelten die §§ 113a, 113b TKG die Verpflichtung von Erbringern öffentlicher Telekommunikationsdienste (also insb. die Anbieter von Telefon- und Internetzugangsdiensten), die bei ihnen erzeugten oder verarbeiteten – also ohnehin vorliegenden – Daten für die Dauer von sechs Monaten zu speichern. Diese sog. Vorratsdatenspeicherung setzte eine Richtlinie der EU in deutsches Recht um¹⁸ und diente – anders als die Speicherung von Abrechnungsdaten gem. § 96 TKG u.a. und insbesondere der Verfolgung von Straftaten.¹⁹

Nicht zu den über § 100g StPO zu erhebenden Verkehrsdaten gehören die sog. Bestandsdaten (vgl. § 113b TKG). Hierzu gehören etwa die beim Anbieter gespeicherten Namen und Adressen der Inhaber eines bereits bekannten Telefonanschlusses oder eines mittels dynamischer IP und Uhrzeit individualisierten Anschlussinhabers. Derartige Auskünfte können die Ermittlungsbehörden über ein ganz normales Auskunftersuchen gem. §§ 161, 163 StPO erfragen.²⁰

III. Zur Verwertbarkeit schon erlangter retrograder Verbindungsdaten

Es sei unterstellt, dass die Staatsanwaltschaft im Beispielsfall unter der Geltung der einstweiligen Anordnung des BVerfG einen Beschluss des zuständigen Ermittlungsrichters gem. § 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO erwirken und daraufhin über den Telekommunikationsanbieter des Taxiunternehmers ermitteln konnte, dass der Anschlussinhaber des Anrufes zur Tatzeit der Beschuldigte T war, dessen nun erhobene DANN sodann erfolgreich mit den DNA-Spuren unter den Fingernägeln des Opfers abgeglichen werden konnte. Im nunmehr anhängigen Ermittlungsverfahren gegen T stellt sich offensichtlich die Frage, ob in Anbetracht der inzwischen durch das BVerfG mit Wirkung ex tunc²¹ für nichtig erklärten Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung die Verbindungsdaten erhoben werden durften und verwertet werden können.

1. LG Verden, Beschl. v. 3.5.2010

Die 7. Strafkammer des LG Verden hat in ihrem Beschluss vom 3.5.2010 (Az. 7 KLS 2/10) einen Beweisantrag der Staatsanwaltschaft auf Einführung der Verkehrsdaten eines Mobiltelefons zurückgewiesen. Das LG nahm ein Beweis-

¹⁵ BVerfG NJW 2010, 833.

¹⁶ Zum Begriff der Abrechnungsdaten sogleich. Zum verbleibenden Anwendungsbereich siehe unten.

¹⁷ Einige Anbieter löschen oder anonymisieren die Abrechnungsdaten bereits nach zwei bis drei Tagen.

¹⁸ Richtlinie 2006/24/EG, vgl. Meyer-Göfner (Fn. 10), § 100g Rn. 1 m.w.N.

¹⁹ Meyer-Göfner (Fn. 10), § 100g Rn. 8.

²⁰ Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 10), § 100g Rn. 5.

²¹ Statt aller Lechner/Zuck (Fn. 6), § 78 Rn. 3.

verwertungsverbot bzgl. dieser Verbindungsdaten an, die nach Maßgabe der einstweiligen Anordnung des BVerfG erlangt worden waren. Es berief sich hierbei auf die Hauptsacheentscheidung des BVerfG und damit auf Art 10 Abs. 1 GG. Die Beweisverwertung stelle einen weiteren – eigenen – Grundrechtseingriff dar, der angesichts der Hauptsacheentscheidung des BVerfG nicht zu rechtfertigen sei. In Betracht komme bereits ein Beweiserhebungsverbot, da die Daten aufgrund eines – wenn auch erst nachträglich als solches bekannt gewordenen – verfassungswidrigen Handelns der Strafverfolgungsbehörden erlangt worden seien. Das LG ließ dies aber dahinstehen und nahm jedenfalls ein Beweisverwertungsverbot an. Es wies hierbei auf die ex-tunc-Wirkung der Nichtigerklärung mit Gesetzeskraft nach §§ 78, 31 Abs. 1 BVerfGG hin. Die einstweilige Anordnung entfalte demgegenüber keine Rechtskraft; auch falle die Datenerhebung nach § 100g StPO nicht unter § 79 BVerfGG. Die Abwägung der verfassungsrechtlichen Lage mit dem Strafverfolgungsinteresse falle zugunsten eines Beweisverwertungsverbots aus – selbst bei schwerwiegenden Straftaten. Die Nichtigerklärung der Ermächtigungsnorm zeige die Schwere des Verstoßes gegen Art. 10 GG.

2. OLG Hamm Beschl. v. 13.04. 2010 (NStZ-RR 2010, 246)

Das OLG Hamm geht dagegen von der Verwertbarkeit aus.²²

Das Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 stehe einer Verwertung von aufgrund § 100g StPO, § 113a TKG erhobenen Telekommunikationsdaten nicht entgegen, wenn diese Daten vor Erlass der Hauptsacheentscheidung in Übereinstimmung mit den Vorgaben der einstweiligen Anordnungen vom 11.3.2008 und 28.10.2008 gewonnen worden seien. Hierfür führt es folgende Argumente an: Zwar ordne das BVerfG an, die gespeicherten Daten unverzüglich zu löschen und nicht mehr an die ersuchenden Stellen zu übermitteln; hinsichtlich bereits abgerufener Daten treffe das BVerfG aber keine Regelung. Die Daten seien auch rechtmäßig erhoben worden, wenn die Voraussetzungen der §§ 100g StPO, 113a TKG i.V.m. den Vorgaben aus den einstweiligen Anordnungen (Katalogtat nach §100a Abs. 2 StPO; Schwere auch im Einzelfall) erfüllt gewesen seien. Die legitimierende Wirkung der einstweiligen Anordnung bestehe insofern fort. Dies liege im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes und ergebe sich auch aus der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung und Befriedung für die Zeit ihrer Geltung. Aus § 79 BVerfGG ergebe sich eine Wertentscheidung, die Wirkungen verfahrensrechtlicher Normen (anders als die materieller) fort dauern zu lassen. Ein Beweisverwertungsverbot komme vielmehr nur in begründeten Ausnahmen in Betracht; eine solche liege bei Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht vor.

3. Würdigung

Dem OLG Hamm ist zu folgen, dem LG Verden ist zu widersprechen. Richtigerweise sind die Daten bereits rechtmäßig

erhoben worden, so dass es auf die nachgelagerte Frage eines Verwertungsverbot gar nicht ankommt. Die einstweilige Anordnung des BVerfG stellt eine wirksame Rechtsgrundlage für die Erhebung der Vorratsdaten dar. Diese Wirksamkeit entfällt auch nicht durch die Annahme der Nichtigkeit ex tunc in der endgültigen Entscheidung des BVerfG. Der einstweiligen Anordnung kommt insoweit eine Legitimierungsfunktion zu, nach der die auf ihr beruhenden Regelungen ihre Geltung behalten.²³ Wenn das BVerfG sich (bedauerlicherweise) zu dieser offensichtlich wichtigen Fragestellung in seinem Urteil nicht ausdrücklich geäußert hat, liegt ein Umkehrschluss aus der Löschungs- und Nichtübermittlungsanordnung nicht fern. Denn immerhin hat das Gericht die Löschung jener Daten, die die Diensteanbieter aufgrund der einstweiligen Anordnung nicht herausgeben durften, sondern nur speichern mussten, ausdrücklich angeordnet. Bzgl. der wohl kaum übersehenen Frage nach dem Schicksal der bereits an die Staatsanwaltschaften herausgegebenen Daten sah das BVerfG offenbar keinen Anlass, verfassungsgerichtlich einzugreifen und an dem durch die einstweilige Anordnung geschaffenen Zustand etwas zu ändern. Dies entspricht auch der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 BVerfGG: Nach dem Sinn und Zweck des Eilrechtsschutzes im Verfassungsprozess regelt die einstweilige Anordnung für die Zeit ihrer Geltung eine Rechtslage grundsätzlich endgültig.²⁴ Diese vorrangige interimistische Regelung kann also später, auch wenn die Hauptsache sich als unbegründet erweist, regelmäßig nicht mehr nachträglich für die Zeit der Geltung der einstweiligen Anordnung korrigiert werden.²⁵ Einer auf eine notwendige (und deshalb erlassene) einstweilige Anordnung gestützten Maßnahme darf nicht rückwirkend die rechtliche Legitimation entzogen werden. Soweit § 945 ZPO für das Zivilrecht eine andere Lösung normiert, kann diese einseitige und für das öffentliche Recht unpassende Risikoverteilung des Privatrechts nicht übertragen werden.²⁶ Der Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das BVerfG ist vielmehr – gerade auch mangels einer dem § 945 ZPO entsprechenden Regelung im BVerfGG – die endgültige Regelung eines vorläufigen Zustands.²⁷

Diese Auffassung ist in den zu dieser Thematik ergangenen Entscheidungen auch durch das BVerfG selbst bestätigt worden. So hat das BVerfG für den Fall einer durchgeführten Wahl klargestellt, dass tatsächlich vollzogene Maßnahmen

²³ Vgl. auch *Volkmer*, NStZ 2010, 318 (319).

²⁴ *Berkemann*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 32 Rn. 370; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1229.

²⁵ *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 31. Lfg., Stand: 2009, § 32 Rn. 8, 175.

²⁶ *Benda/Klein* (Fn. 24), Rn. 1229; zur unterschiedlichen Struktur von Zivil- (Streit ziviler Parteien) und Verfassungsgerichtsverfahren (Relevanz des Gemeinwohls) s.a. *Leipold*, JZ 1991, 461 (462 f.); a.A. *Murach*, DÖV 2000, 631.

²⁷ *Graßhof* (Fn. 25), § 32 Rn. 9.

²² Zum Folgenden siehe OLG Hamm, Beschl. v. 13.4.2010 – 3 Ws 140/10 = NStZ-RR 2010, 246 (nur Ls.).

auf Grund der legitimierenden Wirkung der einstweiligen Anordnung wirksam bleiben.²⁸

Dass es sich vorliegend um einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG handelt, hatte das BVerfG im Übrigen bereits bei Erlass der einstweiligen Anordnungen berücksichtigt und in den Beschränkungen (an die sich die Strafverfolgungsbehörden ja gehalten hatten) berücksichtigt. Die verfassungsrechtliche Bewertung des LG Verden schießt insofern über das durch Art. 10 GG gebotene Maß hinaus. Richtig ist, dass weder dem Verfassungsrecht noch dem BVerfGG eine Hilfestellung für diese zeitlich begrenzte, aber zurzeit nun einmal akute Problematik zu entnehmen ist. Das Recht der Beweisverwertung kennt aber kein in dubio pro libertate, auch nicht verfassungsrechtlich, was man bedauern mag.

Es fehlt auch an einem Bedürfnis der Sanktionierung bzw. Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden, da die Rechtslage für die Zukunft klar ist. In der Vergangenheit handelten die Ermittlungsbehörden demgegenüber in gutem Glauben auf den durch das BVerfG vorgegebenen Rechtszustand, also frei von Willkür oder systematischem Verkennen verfassungsrechtlicher Anforderungen. Die vom OLG Hamm treffend betonte Rechtssicherheit kommt hier insofern entscheidend zum Tragen, als sich die Strafverfolgungsbehörden in den unsicheren Zeiten eines schwebenden Hauptsacheverfahrens auf die Regelungen der einstweiligen Anordnungen verlassen können müssen, zumal sie ihr weiteres Ermittlungsverhalten (ggf. Unterlassen weiterer Beweiserhebungen) daran ausgerichtet haben. Das Vertrauen der Beschuldigten in einen bestimmten Zustand des (Straf-)Verfahrensrechts ist auch nicht in einem solchen Maß schutzwürdig, dass ein Beweisverwertungsverbot geboten ist. Die Beschränkung der strafprozessualen Wirkung einer ex-tunc-Nichtigklärung der Befugnisnorm entspricht vielmehr dem gegenüber dem materiellen Strafrecht reduzierten Vertrauensschutz (vgl. auch die Nichtanwendung der Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB auf das Strafprozessrecht). Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung der auch verfassungsrechtlich relevanten Schutzfunktion einer effektiven Strafverfolgung.²⁹

Schließlich darf in diesem Zusammenhang auch nicht übersehen werden, dass das BVerfG in seiner Hauptsacheentscheidung die Vorratsdatenspeicherung gerade nicht generell für unzulässig erklärt hat. Vielmehr sei eine sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Diensteanbieter, mit Art. 10 GG nicht schlechthin unvereinbar.³⁰ Lediglich müsse die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung tragen. Erforderlich seien hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes. Auch der

Abruf und die unmittelbare Nutzung der Daten seien verhältnismäßig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen. Im Bereich der Strafverfolgung setze dies einen durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat voraus. Eine nur mittelbare Nutzung der Daten zur Erteilung von Auskünften durch die Telekommunikationsdiensteanbieter über die Inhaber von Internetprotokolladressen sei auch unabhängig von begrenzenden Straftaten- oder Rechtsgüterkatalogen für die Strafverfolgung, Gefahrenabwehr und die Wahrnehmung nachrichtendienstlicher Aufgaben zulässig.³¹ Das Gewicht des Grundrechtsverstoßes durch die für nichtig erklärten Regelungen darf insofern auch nicht überschätzt werden.

IV. Ausblick: Zur Bedeutung der Entscheidung des BVerfG für zukünftige Verfahren

In Zukunft (also seit Wegfall der einstweiligen Anordnung durch die endgültige Entscheidung vom 2.3.2010) besteht bis zur Neuregelung der Vorratsdatenspeicherung durch den Gesetzgeber ein Erhebungsverbot für die auf Vorrat gespeicherten Verkehrsdaten (so es denn solche überhaupt noch gibt; das BVerfG hat ja die Löschung aller Vorratsdaten angeordnet, eine zukünftige Speicherung ist den Telekommunikationsanbietern untersagt). Zugleich wird man neben einem Erhebungsverbot aber ohnehin auch ein Verwertungsverbot für derartige Daten annehmen müssen.³²

Der Zugriff auf Verkehrsdaten über § 100g StPO ist somit auf die gem. § 96 TKG gespeicherten Abrechnungsdaten beschränkt. Insofern wird zukünftig die Anordnung gem. § 100g StPO durch die Staatsanwaltschaft wegen Gefahr im Verzug an Bedeutung gewinnen. Bedenkt man, dass die notwendigen Ermittlungen oft zu einer gewissen Vorlaufzeit führen, wird in Anbetracht der sehr kurzen und häufig ungewissen Speicherzeiten ein Beschluss des Ermittlungsrichters häufiger nicht ohne die Gefahr eines endgültigen Beweismittelverlustes zu erlangen sein.

Insgesamt bleibt zu konstatieren, dass jedenfalls der gegenwärtige Zustand unbefriedigend ist. Nicht zu Unrecht befürchtet *Schluckebier* in seinem Sondervotum zur Mehrheitsentscheidung des *Senats* Defizite bei der Aufklärung von Straftaten, aber auch bei der Gefahrenabwehr.³³

Eine – wegen der großen praktischen Relevanz – dringende verfassungsrechtlich angepasste Neuregelung der Materie ist leider noch nicht in Sicht und dürfte die mit ihr betrauten Verantwortlichen vor dem Hintergrund der strengen Anforderungen des BVerfG inhaltlich vor eine große Herausforderung stellen.

²⁸ BVerfGE 82, 353 (370); ähnlich BVerfGE 81, 53 (56 ff.); zustimmend *Benda/Klein* (Fn. 24), Rn. 1229; vgl. auch *Berkemann* (Fn. 24), § 32 Rn. 369.

²⁹ Hierzu vgl. auch die abweichenden Voten *Schluckebiers* und *Eichbergers*, BVerfG NJW 2010, 833 (852 ff.).

³⁰ BVerfG NJW 2010, 833.

³¹ BVerfG NJW 2010, 833.

³² So auch *Volkmer*, NStZ 2010, 318.

³³ BVerfG NJW 2010, 833 (852 ff.).

The First Review Conference of the International Criminal Court

By Laura Marschner, Berlin, and Isabelle Olma, The Hague*

From 31 May until 11 June 2010, the first Review Conference of the International Criminal Court (ICC) took place in Kampala, Uganda. Eight years after the entry into force of the Rome Statute, states, organisations and civil society discussed amendments and took stock of key aspects of the implementation of the Rome Statute system. In particular, a compromise was achieved on the Conference's most controversial topic – the crime of aggression. The article intends to give a brief outline of the discussions and outcomes of the Review Conference, taking into account the impact it might have on the future work of the ICC.

I. Introduction

From 31 May until 11 June 2010, the first Review Conference of the International Criminal Court (ICC) took place in Kampala, Uganda.¹ Eight years after the entry into force of the Rome Statute,² the ICC's founding treaty, states parties together with non-states parties, international, regional and non-governmental organisations discussed amendments and took stock of key aspects of the implementation of the Rome Statute system.³ This article intends to give a brief outline of the discussions and outcomes of the Review Conference, taking into account the impact it might have on the future work of the ICC.

The crime of aggression, referred to as the “supreme international crime,”⁴ was the paramount topic of the Review

Conference. Since Rome, the Court has already been competent to try crimes against humanity, war crimes, and genocide; but back then political parameters had not allowed for an agreement on a definition of the crime of aggression and rules for its exercise of jurisdiction. After years of negotiations, Kampala offered the opportunity to settle this dispute. It was not until the last night of the Conference that a consensus could be achieved on this contentious issue.

Overall, the Review Conference provided a unique forum to engage in a dialogue on the progress made and the challenges still lying ahead in the fight against impunity for the most serious crimes of international concern. It became clear that the Statute enjoys strong support from its member states⁵ as a “*very solid treaty*”⁶ which was also reflected in the relatively small number of amendments on the negotiation table. In the Kampala Declaration,⁷ all states parties reaffirmed their commitment to the Rome Statute and the pursuit of international criminal justice.

II. The Review Conference

While the first week of the Conference was mainly dedicated to a general debate and the stocktaking exercise, the second week put the focus on the crime of aggression.

1. High-level Segment and General Debate

On 31 May 2010, the President of the Assembly of States Parties (ASP), *Christian Wenaweser* of Liechtenstein, opened the Review Conference by reminding states of its historical dimension, hence appealing to their willingness to compromise with regard to the crime of aggression.

Ushering a “*new age of accountability*”⁸ by “*clo[s]ing the door on the era of impunity*”⁹ was the appeal of UN Secretary-General *Ban Ki-Moon* to the Conference. In this spirit, the President of the ICC, Judge *Sang-Hyun Song*, stressed the importance of state cooperation with the Court. Only fair and credible domestic proceedings would impede the gap of im-

ceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany”, Part 22 (22nd August to 1st October, 1946), p. 421.

⁵ At the time of the Conference, 111 states have ratified the Rome Statute, 139 states are signatories.

⁶ *Wenaweser*, “Opening remarks by the President of the Assembly, Ambassador Christian Wenaweser,” 30 May 2010, p. 1, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-ChristianWenaweser-ENG.pdf (accessed 23 June 2010).

⁷ Review Conference, RC/Decl.1, 1 June 2010.

⁸ *Ban Ki-Moon*, “‘An Age of Accountability,’ Address to the Review Conference on the International Criminal Court,” 31 May 2010, p. 6,

http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-BanKi-moon-ENG.pdf (accessed 23 June 2010).

⁹ *Ibid.*

* *Laura Marschner* is a student assistant at Humboldt-Universität zu Berlin, Chair for German and International Criminal Law, Criminal Procedure and Contemporary Legal History, and was a member of the Coalition for the ICC's delegation in Kampala. *Isabelle Olma* is Legal Adviser with the International Secretariat of the CICC in The Hague. Views expressed in this article are solely those of the authors and are not meant to reflect the positions of the CICC.

¹ Pursuant to art. 123(1) of the Rome Statute, the UN Secretary-General shall convene a Review Conference seven years after entry into force of the Statute.

² Today the Court has become fully operational: As of June 2010, the Prosecutor is conducting five investigations, which all relate to Africa: three of them were self-referrals by the Democratic Republic of the Congo (DRC), Uganda, and the Central African Republic, respectively. The situation of Darfur, Sudan was referred by the UN Security Council and the situation of Kenya was initiated by the Prosecutor based on his proprio motu powers and pursuant to an authorisation by the Pre-Trial Chamber. Several other situations on different continents are consistently being analysed by the Office of the Prosecutor, including Colombia, Afghanistan, and Georgia.

³ In total, about 4,600 representatives attended the Conference; see <http://www.kampala.icc-cpi.info/> (accessed 23 June 2010).

⁴ International Military Tribunal, judgment of 1 October 1946, in “The Trial of German Major War Criminals, Pro-

punity to grow.¹⁰ The ICC Prosecutor, *Luis Moreno-Ocampo*, gave an overview of the Court's investigations and stressed the importance of the arrest warrants to be executed by states parties as no shielding from justice should be possible.¹¹ Former UN Secretary-General *Kofi Annan* referred to the relationship of African states with the ICC. He emphasised the contribution most African states have made to the ICC since 1998 in spite of the African Union's resistance vis-à-vis the Court – an opposition mainly linked to the arrest warrant issued against President *al-Bashir* of Sudan.¹²

After the opening high-level segment the Conference proceeded with the general debate on 31 May and 1 June 2010 in which states and non-states parties, international organisations as well as non-governmental organisations participated.¹³ In this context, *Markus Löning*, the German Federal Government Commissioner for Human Rights Policy and Humanitarian Aid, reaffirmed Germany's commitment to the Rome Statute, which he referred to as a "milestone [...] of international law."¹⁴ He stressed the historically significant opportunity for the Conference to "reach sufficient common ground to [...] place the crime of aggression within reach of Court action."¹⁵

In a short pledging ceremony, 37 states reaffirmed, inter alia, their commitment to cooperate with the ICC, to implement the Rome Statute on the domestic level, and to assist other states parties in their implementation efforts.¹⁶

2. Stocktaking

¹⁰ See *Song*, "Opening Remarks to the Review Conference," 31 May 2010, p. 4, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-JudgeSong-ENG.pdf (accessed 27 June 2010).

¹¹ See *Moreno-Ocampo*, "Review Conference – General Debate," 31 May 2010, p. 4, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-LuisMorenoOcampo-ENG.pdf (accessed 27 June 2010).

¹² See *Annan*, "Address by H.E. Mr. Kofi Annan. Review Conference of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court," 31 May 2010, p. 3 et seq., http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-KofiAnnan-ENG.pdf (accessed 27 June 2010).

¹³ Regrettably, most European countries did not send high-level representatives to Kampala. In contrast, many African states were represented by ministers. Most speeches can be found at: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/GENERAL+DEBATE+Review+Conference.htm> (accessed 27 June 2010).

¹⁴ *Löning*, "Statement on behalf of Germany," 1 June 2010, p. 2, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-gendeba-Germany-ENG.pdf (accessed 23 June 2010).

¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶ See Review Conference, Draft Report RC/L.1 (Draft Report of the Review Conference of the International Criminal Court), 11 June 2010, p. 7.

The stocktaking exercise, which was the main emphasis of the first week with formal debates being conducted alongside numerous events and debates organised by civil society, focused on the following four dimensions: peace and justice; cooperation; complementarity; as well as the impact of the Rome Statute system on victims and affected communities.

On the impact of the Rome Statute system on victims and affected communities, the Conference held a panel discussion on 2 June 2010.¹⁷ Recognising its punitive *and* restorative dimension,¹⁸ the Rome Statute attributes to victims a role as witnesses, participants in the judicial proceedings, and beneficiaries of reparations.¹⁹ As it was emphasised by *Radhika Coomaraswamy*, Special Representative of the UN Secretary-General for Children and Armed Conflict, this role is innovative in international criminal law.²⁰ Main features and challenges were then addressed in the panel discussion: victim participation and reparations, including victim protection, as well as the role of outreach and the role of the Trust Fund for Victims. States also adopted a resolution on "[t]he impact of the Rome Statute system on victims and affected communities," recognising among other things the rights of victims to equal and effective access to justice, protection and support.²¹ A second formal panel discussion on 2 June 2010 focused on the topic of peace and justice. Following presentations by the panellists, states, international organisations and civil society had the opportunity to join the debate. The discussion made clear that a paradigm shift has taken place: despite remaining tensions peace and justice should now be seen as complementary. At the core of the debate were the sequencing of justice endeavours; alternative justice mechanisms; the deterrent effect of international criminal justice; and the role of amnesties.²²

The ICC's complementary nature to domestic jurisdictions in "bridging the impunity gap" was assessed by a panel on 4 June 2010.²³ According to the principle of complemen-

¹⁷ Review Conference, RC/Res.2, 8 June 2010.

¹⁸ See Assembly of States Parties, Report of the Court on the Strategy in Relation to Victims, ICC-ASP/8/45, 10 November 2009, p. 1, available at http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP8/ICC-ASP-8-45-ENG.pdf (accessed 28 June 2010).

¹⁹ See *Stover/Crittenden/Koenig/Peskin/Gurd*, "The impact of the Rome Statute system on victims and affected communities. A discussion paper," 28 April 2010, p. 1.

²⁰ See also *Werle*, Principles of International Criminal Law, 2nd ed. 2009, paras. 247, 257.

²¹ Review Conference, RC/Res.2, 8 June 2010.

²² See Review Conference, Moderator's Summary RC/ST/PJ/1/Rev.1, 22 June 2010, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-ST-PJ-1-Rev.1-ENG.pdf (accessed 27 June 2010).

²³ See Review Conference, Informal Summary RC/ST/CM/1 Advance version (Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap, [Draft] informal summary by the focal points), 22 June 2010, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-ST-CM-1-ENG.pdf (accessed 27 June 2010).

tarity (often referred to as the “cornerstone” of the Rome Statute system) states bear the main responsibility to prosecute international crimes. The ICC is only supposed to step in as a court of last resort if states are unwilling or unable to genuinely prosecute. Experts and states representatives considered the application of the principle of complementarity in practice: They shared experiences on the national implementation of the Rome Statute and on the efforts made in assisting states to build up capacities for domestic prosecution.²⁴ In particular, the concept of “positive complementarity” gave rise to debate.²⁵ In the words of ICC Prosecutor *Luis Moreno-Ocampo*, “[p]ositive complementarity is about [s]tates assisting one another, receiving additional support from the International Criminal Court itself as well as from civil society to meet Rome Statute obligations.”²⁶

The last stocktaking exercise on cooperation *inter alia* addressed the following topics: supplementary agreements; domestic legislation implementing the ICC Statute; cooperation with the UN; and challenges for states parties in the execution of requests for cooperation.²⁷ The Conference adopted a declaration highlighting the obligation of all states parties to cooperate with the Court.²⁸ Specifically, the execution of arrest warrants was stressed as being crucial for ensuring the ICC’s effectiveness.

3. Amendments to the Rome Statute

Discussions on three amendment proposals were on the agenda for the second week: states debated the revision of article 124 and an amendment to article 8.²⁹ The main em-

phasis, however, clearly lied on the most complex issue of the Conference, the crime of aggression.

a) *The Crime of Aggression*

Alongside with crimes against humanity, war crimes and genocide, article 5 of the Rome Statute lists the crime of aggression as one of the core crimes under the Court’s jurisdiction. Having been prosecuted for the first time by the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the crime of aggression slumbered for almost 50 years. Its pretended wake-up call came in 1998 in Rome but effectively it was only put on hold. Even though the Court got jurisdiction over the crime it still had to wait for the definition and the rules of jurisdiction to be determined.

The discussion on the crime of aggression in Kampala built upon many years of preparatory work,³⁰ but the question remained if there would be enough political momentum for a consensus in 2010.³¹ Mindful of its own past, Germany stated that international criminal justice would be incomplete without the crime of aggression. But states were severely divided. The U.S. even suggested deferring any discussion on the crime of aggression.³² In the end, it all boiled down to France and the UK, both permanent UN Security Council members as well as states parties to the Rome Statute, to give up their position on imperative Security Council pre-determination of an act of aggression.

aa) *The Definition*

The definition of the crime of aggression proved to be rather uncontroversial. In two paragraphs, the newly added article 8bis defines the individual crime (paragraph 1) and the pre-requisite state act of aggression (paragraph 2). Pursuant to

encouraged to indicate their willingness to accept persons who were convicted by the ICC in their prison facilities.

³⁰ By the Preparatory Committee for the Establishment of the ICC (prior to 1998), the Working Group on the Crime of Aggression (1999-2002), and the Special Working Group on the Crime of Aggression (2002-2009). On the so-called Princeton process, see Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser (eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression*, Liechtenstein Institute on Self-Determination at Princeton University, 2009.

³¹ *Ben Ferencz*, former prosecutor in the Nuremberg Einsatzgruppen Trial and active participant at the Kampala Conference put it this way: “Nuremberg was a triumph of Reason over Power. Allowing aggression to remain unpunishable would be a triumph of Power over Reason.” See *Ferencz*, “Ending Impunity for the Crime of Aggression,” 2009, <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1> (accessed 25 June 2010).

³² As stated by *Koh*, “Statement by Harold Hongju Koh, Legal Adviser. U.S. Department of State. Review Conference of the International Criminal Court,” 4 June 2010, p. 6: “Finishing the unfinished business of Rome does not mean rushing into a premature conclusion on institution-transforming amendments [without] genuine consensus.”

²⁴ See Review Conference, Draft Report RC/L.1 (Draft Report of the Review Conference of the International Criminal Court), 11 June 2010, p. 6. In a resolution adopted on 8 June 2010, states further stressed their commitment to enhance domestic judicial capacities and international assistance for the prosecution of international crimes; see Review Conference, Resolution RC/Res.1, 8 June 2010.

²⁵ While many countries were in favour of the concept of positive complementarity, some states were hesitant on its scope and possible impact. They were mainly concerned that complementarity as laid down in article 17 would then be understood in a negative way and that the possible creation of new institutions on the topic within the framework of the Rome Statute would only bloat bureaucracy. In contrast, likely synergy effects were pointed out and that savings in avoiding overlapping efforts would offset the costs.

²⁶ ICC Press Release ICC-CPI-20100603-PR537, 3 June 2010.

²⁷ See Review Conference, Draft Report RC/L.1 (Draft Report of the Review Conference of the International Criminal Court), 11 June 2010, p. 6; and Review Conference, RC/ST/CP/1 (Draft Summary of the Roundtable Discussion), 8 June 2010.

²⁸ See Review Conference, RC/Decl.2, 8 June 2010.

²⁹ Moreover, in a resolution on the strengthening of the enforcement of sentences (Review Conference, RC/Res.3), adopted on 8 June following a Norwegian proposal, states are

article 8bis(1), the crime of aggression means “*the planning, preparation, initiation or execution*” of an act of aggression by a person in a leadership position.³³ It further contains a threshold requirement, meaning that only manifest violations of the UN Charter amount to an act of aggression. Referring to UN General Assembly Resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, an act of aggression is the use of armed force by one state against another state, which is not justified by acting in self-defence or pursuant to an authorisation by the UN Security Council. Thereby, only clear cases of aggression are covered.³⁴ Being the product of many years of negotiations, this definition had been generally accepted by many states prior to the Conference. But the U.S. delegation questioned whether “*genuine consensus*”³⁵ was reached on the “*meaning of the proposed definition*”³⁶. Arguing that the definition contained considerable deficits,³⁷ the U.S., which – unlike Russia and China – had deliberately not participated in previous negotiations during the so-called Princeton process, proposed supplementary “*understandings*” on its interpretation.³⁸ However, following informal discussions moderated by the German focal point, the six U.S. proposals could be defused and depleted into three additional understandings: (1) a clarification that any amendment solely impacts the Rome Statute, (2) the assessment of an act of aggression must respect the UN Charter, and (3) the threshold required for a “*manifest*” violation of the UN Charter.³⁹

bb) The Exercise of Jurisdiction

As had been expected, the regime for the exercise of jurisdiction over the crime of aggression was the most contentious issue. Whilst the permanent members of the Security Council strongly argued that the Security Council must have the exclusive power to refer a situation of aggression to the ICC, many states favoured a trigger mechanism allowing the ICC Prosecutor to investigate upon authorisation by the Pre-Trial Chamber and thereby independently from the Security Council.⁴⁰ In addition, particularly the European states (with the

exception of Switzerland and Greece) required the consent of the aggressor state, whereas mainly Africa, Latin America and the Caribbean strongly opposed this demand. Interrelated with the question of an eventual consent by the aggressor state to the jurisdiction, was the issue of the appropriate amendment procedure outlined in article 121(4)/(5).

(1) The Negotiations

In the course of the negotiations, the different camps introduced new proposals, which in part were taken on by an updated conference room paper of the Chair of the Special Working Group, Prince *Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein* of Jordan.⁴¹ The first move was made by Argentina, Brazil and Switzerland (so-called “*ABS proposal*”). Their proposal set forth successive modalities for the entry into force of the amendment: one year after the ratification by a specified number of states parties, the Court would have immediate jurisdiction for Security Council referrals. Once the barrier of 7/8 state party ratifications was taken, also state referrals and proprio motu investigations would be possible (delayed jurisdiction). With this proposal, the “*states of the south*” made a big concession as they accepted to a certain extent a primary role of the Security Council. In contrast, the European states and Canada conceded only sparsely:⁴² the “*Canadian proposal*” explicitly made the consent of both the victim and the aggressor state a prerequisite for exercise of jurisdiction. As regards the different trigger mechanisms, the proposal advanced a “*menu approach*”. Slovenia further presented a proposal, which tried to complement the ABS proposal and build a bridge to the Canadian one.

Altogether, the regional diversions persisted in the discussions of 8 June 2010 and no compromise seemed within eyeshot. While the plenary took over from the Special Working Group on the Crime of Aggression, there was a question mark over whether consensus would still be a realistic option.⁴³ After a series of “*informal informal*” meetings between state delegations and *Christian Wenaweser* or Prince *Zeid*, the President of the ASP issued two updated “*non-papers*” on 10 and 11 June. And finally, fronts had shifted. The remaining unresolved matter was whether in absence of a determination of an act of aggression by the Security Council, the Prosecutor could proceed with an investigation.⁴⁴ The main question was therefore if the permanent Security Council members UK and France would concede. During hours of waiting time, several adjournments of the plenary and much bargaining in the hotel lobby and on a bi-/multilateral basis, drafting progressed. At 10:30 p.m. on 11 June 2010, *We-*

³³ The person must exercise effective control over or direct the political or military action of a state.

³⁴ Left out are for instance humanitarian interventions.

³⁵ *Koh*, supra note 32, p. 3.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ See *ibid.*, pp. 3 et seq. In the view of the U.S., certain uses of force would remain both lawful and necessary and the proposed definition did not truly reflect customary international law. Furthermore, *Koh* criticised the risk of unjustified domestic prosecutions as too little attention had been paid on the application of the principle of complementarity and that the dependence of the definition on the trigger mechanism was not sufficiently addressed.

³⁸ See also *Trahan*, “The new agreement on the definition of the crime of aggression,” 2010, p. 2, <http://blogs.ubc.ca/ligi/files/2010/06/aggression-Kampala-op-ed.trahan.pdf> (accessed 27 June 2010).

³⁹ See understandings 6 and 7 of the Resolution RC/Res.6, 11 June 2010, p. 6.

⁴⁰ See *Trahan*, supra note 38, p. 2.

⁴¹ For detailed daily summaries see the blog of *Schabas*, “The ICC Review Conference: Kampala 2010,” 2010, <http://iccreviewconference.blogspot.com/> (accessed 27 June 2010).

⁴² See also *Schabas*, “Kampala Diary 8/6/10,” 9 June 2010, <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/kampala-diary-8610.html> (accessed 27 June 2010).

⁴³ Even an adjournment to the next ASP session was discussed (albeit on the quiet).

⁴⁴ For more detail, see *Schabas*, supra note 42.

naweser reconvened the Conference for the last round. The ultimate draft resolution included both mechanisms for exercise of jurisdiction in two separate articles (15bis: state referral and proprio motu; and 15ter: Security Council referral). When *Wenaweser* shortly after midnight put up the motion for consensus, the “*moment of highest drama in the conference*”⁴⁵ followed: neither France nor the UK asked for the floor, but Japan stating that it had “*serious doubts on the legal integrity of the amendment*.”⁴⁶ However, at the very last moment of its intervention, Japan declared that it would not stand in the way of consensus and – at last – the resolution on the crime of aggression could be adopted by all states parties present.⁴⁷

(2) *What Does the Final Compromise Entail?*

The compromise provides for different regimes regarding the exercise of jurisdiction, depending on whether it is triggered (1) by the Security Council, or (2) by a state referral/the Prosecutor (*proprio motu*).⁴⁸

According to a new article 15ter, the Security Council may refer situations involving an act of aggression to the Prosecutor, who would then need no further authorisation.

Yet, in case of a state or prosecutorial referral, the Prosecutor could, after six months of inaction by the Security Council, seek the authorisation of the Pre-Trial Division (article 15bis) to commence an investigation. Thus, even in the absence of a Security Council determination the ICC could prosecute alleged perpetrators of the crime of aggression as long as member states are involved. For the permanent members of the Security Council not to oppose this second trigger regime represents indeed a big move from their interpretation of article 39 of the UN Charter. Moreover, the Canadian menu approach was rejected.

But article 15bis also includes limitations, which substantially reduce the scope of the Court’s jurisdiction: Crimes committed on the territory or by nationals of a non-state party are explicitly excluded from any prosecution.⁴⁹ More strikingly, even states parties can declare their opt-out from the jurisdiction for the crime of aggression “*prior to ratification or acceptance*”^{50, 51}. Such an opt-out declaration might well be withdrawn at any time and requires a review within 3 years,

but it does not expire automatically. It must be hoped that political pressure prevents states to make use thereof.

Yet even more significant in the short term are two thresholds set for the Court’s exercise of jurisdiction: First, *ratione temporis*, the ICC may start investigations only one year after ratification or acceptance of the amendment by 30 states parties.⁵² Second, a 2/3-majority of the ASP must activate the exercise of jurisdiction over the crime of aggression in 2017 or thereafter.⁵³ This second limitation was the last compromise requisite to acquire consensus and arguably for the near future is the most decisive one. In fact, at least for the 7 years to come, the ICC will be unable to carry out any prosecution with regard to the crime of aggression. If no majority authorises the ICC after 1 January 2017, the compromise in Kampala could turn out to be a definition only. However, even as long as there is only the definition, international actors and states can take it as an important point of reference in the assessment of aggressive use of force.⁵⁴ It remains to be seen if the amendment will dispose of a deterrent effect significant enough to create an incentive for non-member states to ratify the treaty.

b) *Article 8*

The Rome Statute was amended for the very first time on 10 June 2010. Following a proposal from Belgium⁵⁵, the jurisdiction of the ICC was extended to cover the use of the following three categories of weapons in non-international armed conflicts: (1) poison or poisoned weapons; (2) asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices; (3) bullets that expand or flatten easily in the human body (so called “*dum dum bullets*”). The use of these weapons is already incriminated in relation to conflicts of an international character (article 8(2)(b)(xvii)). The proposal aimed at extending the prohibition to non-international armed conflicts, thus bringing it in line with customary international humanitarian law. Pursuant to the amendment procedure set forth in article 121(5), the ICC can only exercise its jurisdiction with regard to states having ratified the amendment. Upon intervention from some states, the following issues were accentuated to reach a consensual compromise on the proposed resolution: (1) The use of these weapons did not constitute a war crime if the conduct is not associated with an armed conflict, thus excluding situations of law enforcement; (2) the prohibition of the use of “*dum dum bullets*” as a war crime requires a specific mental element of wilfully inflicting or aggravating superfluous suffering.

⁴⁵ *Manson*, “Smoothing out the rough edges of the Kampala compromise,” 18 June 2010, p. 6, <http://blogs.ubc.ca/li-gi/files/2010/06/Post-Kampala-Articlemanson.pdf> (accessed 27 June 2010).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Review Conference, Resolution RC/Res.6, 11 June 2010, which in addition to the definition and the exercise of jurisdiction entails understandings and amendments to the Elements of Crimes regarding the crime of aggression.

⁴⁸ These trigger mechanisms, i.e. referral by a state, the UN Security Council or by the Prosecutor (*proprio motu*), already apply for the other crimes under the jurisdiction of the Court, see art. 13(a)-(c) of the Rome Statute.

⁴⁹ See art. 15bis(5).

⁵⁰ Review Conference, RC/Res.6, preamble operative para. 1.

⁵¹ See art. 15bis(4).

⁵² See art. 15bis(2) and art. 15ter(2).

⁵³ See art. 15bis(3) and art. 15ter(3) (also referred to as a deferral or delay of the new jurisdiction).

⁵⁴ See *Trahan*, supra note 38, p. 2.

⁵⁵ At the 8th session of the ASP, the proposal was supported by further 18 states.

c) *Article 124*

According to article 124, a state, on becoming a party to the Rome Statute, may declare that for a period of seven years after ratification, it does not accept the Court's jurisdiction with regard to war crimes allegedly committed by that state's nationals or on its territory. Article 124 was designed as a transitional provision to facilitate ratification of the Rome Statute and provided for a mandatory review.⁵⁶ During the debates in the Working Group and in the plenary, some states preferred the retention of the provision to promote the Court's universality, while other delegations perceived it to contravene the spirit and integrity of the Statute⁵⁷ and therefore favoured its deletion. After extensive discussions, no consensus could be reached for either the deletion or the retention, and the Venezuelan proposal of a "sunset clause" did not gather enough support. Therefore, as a compromise, the Conference decided to retain article 124 in its current form, but with a mandatory review to be effected by the ASP at its 14th session in 2015.

III. Conclusions

Kampala offered a historic opportunity for codifying the crime of aggression. The results achieved are only a first, but nevertheless crucial step. U.S. delegates underlined the complex exercise of making international criminal law for "the real world."⁵⁸ In 2017, the states parties will finally have to prove their determination. At the Review Conference, non-states parties, in particular the Security Council members influenced heavily the dynamics of the negotiations. This might be different in seven years when only a 2/3 majority of states parties will be sufficient to activate the jurisdiction. The adoption of a definition of the crime of aggression was clearly an important step. It forms a point of reference – with the "juridical sword of Damocles" not being purely theoretical anymore. One might criticise the resolution about letting the crime in limbo until 2017 or wonder about the opt-out clause. A realistic observer would concede that this was the price that had to be paid to reach a consensual solution in the given political circumstances. To mention in the passing, the *Obama* administration has chosen to participate in the following process until 2017, which is no u-turn but a new attitude, hopefully for the sake of the ICC, after all.

From a broader perspective, it became apparent that the International Criminal Court has taken on a new vitality. The stocktaking of Kampala is, of course, not the final round of the process, but will hopefully provide a new impulse to ensure that commitments made in Kampala and beforehand result in concrete actions.

In this complex multi-levelled field the Rome Statute remains a solid basis. In spite of much pragmatism required, the Review Conference nevertheless came to a successful end, which was far from what could have been expected before and at some points during the Conference. Speaking with the words of UN Secretary-General *Ban Ki-Moon*: it is about time "to turn up the volume"⁵⁹ for accountability. In Kampala the voice of international criminal justice has clearly got louder.

⁵⁶ Until 2010 only two states parties, France and Colombia, have made use of article 124. However, France withdrew its declaration in 2008 and the Colombian declaration expired on 1 November 2009.

⁵⁷ The representative of Amnesty International even spoke of a "licence to kill"-provision.

⁵⁸ *Koh*, supra note 32, p. 1.

⁵⁹ *Ban Ki-Moon*, supra note 8, p. 6.

StPO-Nordseetreffen „Der gläserne Verteidiger – das Mandatsverhältnis als Gegenstand staatlicher Ausforschung“

Von Wiss. Mitarbeiter **Sascha Kische**, LL.M., und Wiss. Mitarbeiter **Dominik Waszczyński**, LL.M., Osnabrück

„In einem freien Land muss Strafverteidigung selbstverständlich sein“ – mit diesen beherzten Worten in freier Übersetzung nach dem US-Präsidenten und Strafverteidiger *John Adams* (1735-1826) begrüßten Prof. *Dr. Jürgen Taschke* (Frankfurt a.M.) und *Alexander Sättele* (Berlin) alle Teilnehmer an dem 22. StPO-Nordseetreffen des „Deutsche Strafverteidiger e.V.“ im niedersächsischen Bad Zwischenahn, das vom 2. bis 3.7.2010 wieder zahlreiche Strafverteidiger mit Vertretern aus Justiz und Wissenschaft zusammenführte. An das Zitat anknüpfend mahnte *Sättele*, dass eine selbstverständliche und effektive Verteidigung heutzutage mehr denn je zu gewährleisten sei. Für die Effektivität sei das Vertrauensverhältnis von Strafverteidiger und Mandant maßgebend. In der jüngeren Vergangenheit hätten aber sowohl die Politik als auch höchstrichterliche Gerichte erheblich in dieses Vertrauensverhältnis eingegriffen. *Sättele* erinnerte in diesem Zusammenhang an eine frühere Äußerung von RiBVerfG *Di Fabio*: „Der Verteidiger steht im Licht des grundrechtlichen Schutzes des Mandanten!“, bevor die Referenten mehr oder weniger eine Auskunft darüber zu geben versuchten, inwieweit das noch der Realität entspricht.

Der Vortragsreigen begann mit einem „Plädoyer wider den gläsernen Verteidiger“ von Prof. *Dr. Werner Beulke* (Passau), der dabei der Frage nachging, unter welchen Voraussetzungen die Strafverfolgungsorgane die Möglichkeit haben, mit den Zwangsmitteln der Verfahrensordnung in den Geheimbereich des Strafverteidigers einzugreifen. Die mit einer staatlichen Ausforschung verbundene „Gläsernheit“ bezeichnete er als existentielle Gefahr für den Strafverteidiger. So könne dieser Umstand zukünftige Mandanten von einer Beauftragung eines einmal „durchsichtig gewordenen“ Verteidigers abhalten. *Beulke* stellte in das Zentrum seines Vortrags die Vorschrift des erst gute zwei Jahre alten § 160a StPO. Einerseits sei diese Norm „prima“. Der Bereich, in dem sie dies sei, habe aber bereits vor der Schaffung der Vorschrift keinen Grund zur Beanstandung gegeben. So stelle § 160a Abs. 1 StPO eigentlich nur eine Bekräftigung des das Verteidigungsverhältnis sichernden § 148 StPO dar. Allerdings wohne der Regelung andererseits auch eine nicht unerhebliche Gefährlichkeit für die Verteidigerschaft inne, die zuvor nicht bestanden habe, da § 160a Abs. 4 StPO in einem Spannungsverhältnis zu § 148 StPO stehe. Die Frage, wie dieses Spannungsverhältnis ausgestaltet ist, wie es aufzulösen ist und inwieweit § 160a Abs. 4 StPO einen Zwangsmiteinsatz gegen den Verteidiger überhaupt ermöglicht, sei aber noch völlig ungeklärt. Diese Tatsache und der Umstand, dass auf dem Gebiet der die Zwangsmittel regelnden Normen diverse Änderungen bestehender Vorschriften vorgenommen und neue Regelungen eingeführt worden sind, habe ein wahres „juristisches Tohuwabohu“ nach sich gezogen. In diesem nun wisse „keiner eigentlich so recht, wo es lang gehen soll“, was vor allem darauf zurückzuführen sei, dass weder höchstrichterliche noch verfassungsgerichtliche Judikate existieren, die hinsichtlich § 160a Abs. 4 StPO eine Leitlinie liefern

könnten. Deswegen erachtete *Beulke* – unter Bezugnahme auf das eingangs schon von *Sättele* erwähnte Zitat des Verfassungsrichters *Di Fabio* – es als besonders wichtig, die Anwendung von Zwangsmitteln in einen verfassungsmäßigen Rahmen zu setzen. Dass verteidigerseits die § 160a Abs. 4 StPO einführende Gesetzesänderung widerstandslos hingenommen worden sei, obwohl sie unter dem Aspekt der Angleichung der Anwaltsformen dem Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Regierung zu entnehmen gewesen war, sah *Beulke* als Versäumnis an. Im Folgenden beleuchtete *Beulke*, wie sich Lehre und Rechtsprechung vor der Schaffung des § 160a StPO zu der Frage verhielten, inwieweit die aus § 148 StPO folgende Abschottung des Verteidiger-Mandanten-Verhältnisses gegenüber staatlicher Ausforschung gewährleistet ist. Dies stellte er der momentanen Situation gegenüber. Dabei setzte er die Frage der Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in den Geheimbereich des Verteidigers vor den Hintergrund der Qualität des jeweiligen Verteidigungsverhältnisses. Soweit es sich um ein reguläres Verhältnis handle, gelte die weitgehende Abschottung desselben, wie es sich aus § 148 StPO und § 160a Abs. 1 StPO ergibt. Sobald aber der Verdacht gegen den Verteidiger bestehe, dass er entweder Beteiligter an der Straftat des Mandanten sein könnte, ohne gem. § 138a StPO von der Verteidigung ausgeschlossen worden zu sein, oder er eine Strafreitelung begangen haben könnte, trete das Spannungsverhältnis zwischen § 160a Abs. 4 StPO und § 148 StPO in Erscheinung. Genau hier beginne der Bereich, in dem derzeit niemand wisse, ob und wie der Einsatz prozessualer Zwangsmittel zulässig sei. Hierzu stellte *Beulke* das Spektrum der derzeit unter der Geltung des § 160a StPO vertretenen Auffassungen betreffend die Zulässigkeit von Zwangsmitteln dar. Dieses reiche mit der von *Meyer-Göfner* postulierten Auffassung von einer stets § 148 StPO den Vorrang gegenüber § 160a Abs. 4 StPO einräumenden Sichtweise bis zu dem gegenteiligen Standpunkt *Grafs*, § 160a Abs. 4 StPO immer als die vorrangige Norm anzusehen. Einen Mittelweg beschreite *Nack*, der die Zulässigkeit davon abhängig machen wolle, ob ein Beteiligungs- oder Vereitelungsverdacht vorliege. *Beulke* selbst machte deutlich, dass man zwar nicht von einem unumstößlichen Vorrang des § 148 StPO ausgehen könne. Gleichwohl sei aber im Falle geheimer Zwangsmaßnahmen wie der Telefonüberwachung § 148 StPO gegenüber § 160a Abs. 4 StPO Vorrang einzuräumen. Abschließend wies *Beulke* darauf hin, dass es bei den Strafverfolgungsbehörden in letzter Zeit vermehrt zu beobachten sei, dass Zwangsmittel gegen den Verteidiger nicht mehr innerhalb des Verteidigungsverhältnisses in Ansatz gebracht würden. Vielmehr würde ein davon losgelöstes eigenständiges Verfahren gegen den Strafverteidiger eingeleitet. Weil dieser dann in die Rolle eines Beschuldigten hinein- und aus seiner Verteidigerrolle heraustrete, sei somit das gesamte Spektrum an Zwangsmaßnahmen einsetzbar, so wie gegenüber jedem anderen Beschuldigten auch. Abschließend machte *Beulke* deutlich, dass er es als bedenklich erach-

te, den aus § 148 StPO fließenden Schutz des Verteidiger-Verhältnisses einzuschränken oder gar auszuschließen, wenn der Mandant abgeurteilt sei. Dementsprechend schloss er seinen Vortrag mit dem Appell an die Teilnehmer, die auf § 148 StPO gründende gesonderte Abschottungssituation des Mandatsverhältnisses, gerade auch nach Aburteilung, „zäh zu verteidigen“.

Wegen der Absage von Frau Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* konnte kurzerhand der Leiter der Abteilung II (Strafrecht) im Bundesjustizministerium, Herr Ministerialdirektor *Thomas Dittmann* (Berlin), für einen Vortrag über „Aktuelle Rechtspolitik“ gewonnen werden. Zu den von *Beulke* angesprochenen Problemen des § 160a StPO verwies er gleich zu Beginn seiner Ausführungen auf das laufende Gesetzgebungsverfahren, an dessen Ende die Privilegierung des Verteidiger-Verhältnisses auf alle Rechtsanwälte ausgeweitet werden soll.¹ Da der Gesetzgeber aktuell mehr strafrechtliche als strafverfahrensrechtliche Fragen auf der Agenda habe, beschränkte sich *Dittmann* im Folgenden auf einen durchaus mit Einzelkritiken behafteten Ausblick auf bevorstehende Gesetzesneuerungen. So sei demnächst eine spannende Entwicklung in der Frage der nachträglichen Festsetzung einer unbefristeten Sicherungsverwahrung (§§ 66 Abs. 1, 67d Abs. 3 StGB) zu erwarten, die bekanntlich durch den EGMR am 17.12.2009 für menschenrechtswidrig erklärt wurde.² Hierzu wusste *Dittmann* aktuell zu berichten, dass der Bundestag ohne Regierungsentwurf oder Bundesratsbeteiligung womöglich die Einführung einer Divergenzvorlage von Oberlandesgerichten zum Bundesgerichtshof zur Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung billigen wird.³ Weil sich zudem der 4. Strafsenat in einer Entscheidung zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eindeutig positioniert hat,⁴ werde es nunmehr dem Präsidium des Bundesgerichtshofes überlassen sein, diese Sonderzuständigkeit einem seiner Strafsenate zu übertragen. Sollte es danach nicht der 4. Strafsenat sein, werde – so die Prognose *Dittmanns* – auf kurz oder lang der Große Strafsenat die endgültige Lösung zu finden haben. Die Überlegung verdeutliche, dass nicht der wahre Gesetzgeber diese Materie regeln, sondern die Rechtsprechung an seine Stelle trete werde. *Dittmann* verriet darüber hinaus auch zwei weitere Überlegungen, die derzeit im Bundesjustizministerium hinsichtlich der Sicherungsverwahrung angestrengt würden. Zum einen ist es die Erwägung, Täter von Vermögensdelikten ohne Gewalteintritt gänzlich aus dem Anwendungsbereich der Sicherungsver-

wahrung herauszunehmen; zum anderen ist es gar die Vorstellung, die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) wieder abzuschaffen, um der durchaus vorhandenen Praxis, etwaige Fehlentscheidungen der 1. Instanz nachträglich noch zu korrigieren, entgegenzutreten. Nach dieser recht ausführlichen Darstellung der Gesetzesvorhaben hinsichtlich der Sicherungsverwahrung ging *Dittmann* auf weitere nationale und internationale Gesetzesneuerungen ein, so u.a. zu Reformbestrebungen bei der sog. Kronzeugenregelung in § 46a StGB, der Inkriminierung von Werbung zur Suizidbeteiligung oder der erwogenen Strafraumenhebung in § 113 StGB sowie bei der Vollstreckung ausländischer Geldstrafen und -bußen und der Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Angesichts dieser aktuellen oder bevorstehenden Novellierungen rief *Dittmann* eindringlich zu anwaltlicher Zusammenarbeit und einer gemeinsamen Meinungsfindung auf.

Der zweite Veranstaltungstag begann mit einem Referat des amerikanischen Verteidigerkollegen *Jeffrey T. Greene* (attorney-at-law) über „Die unverwüsthliche Rolle der Strafverteidigung im US-amerikanischen Recht“. *Greene* äußerte gleich zu Beginn Bewunderung als auch Verwunderung über die von *Beulke* referierten staatlichen Eingriffs- und Ausforschungsmöglichkeiten in das Vertrauensverhältnis von Strafverteidiger und Mandanten. So seien auch in den USA, insbesondere bei der Aufklärung der Finanzskandale und seit dem Terroranschlag vom 11.9.2001, vermehrt staatliche Angriffe auf das Mandantenverhältnis unternommen worden, denen die amerikanischen Strafverteidiger aber erfolgreich standgehalten hätten. *Greene* konnte positiv konstatieren, dass das Mandatsverhältnis in den USA einen umfassenden Schutz genieße. Inhaber des geschützten Rechts sei zwar der Mandant, es würden aber sämtliche Kommunikation, Notizen und auch Akten des Verteidigers in diesen Schutz einbezogen. Diese Schutzwirkung erstreckte sich dabei in sachlicher Hinsicht auf alle Kriminalitätsformen und in persönlicher Hinsicht auf alle Strafverteidiger und ihre Hilfspersonen. Letztlich – so ließ *Greene* durchblicken – gelte in den USA ein weiter Mandantenbegriff, der bei Unternehmensverteidigungen neben den Führungskräften sogar ihre nachrangig Beauftragten gleichermaßen erfasst. Auf Nachfrage erklärte *Greene*, dass in deutsch-amerikanischen Sachverhaltskonstellationen in den USA kein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers in die Staatsanwaltschaftsakten bestehe, umgekehrt in Deutschland jedoch die Herausgabe von Verteidigerakten, die gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Aktenauszüge beinhalten, an die amerikanische Staatsanwaltschaft durchaus möglich sei, wenn die Herausgabe zuvor nicht gerichtlich unterbunden wurde.

Im Folgenden hielt OStA *Dr. Georg-Friedrich Güntge* (Kiel) seinen Vortrag mit dem Titel „Anwaltliche Tätigkeit auf dem Prüfstand – das strafrechtliche und berufsgerichtliche Ermittlungsverfahren auf dem Prüfstand“. Zu Beginn nahm *Güntge* Bezug auf die von *Beulke* angesprochene Praxis der Verfolgungsbehörden, gegen den Verteidiger selbst und unabhängig von dem gegen seinen Mandanten betriebenen Ermittlungsverfahren zu ermitteln. *Güntge* befand, dass für diesen Fall der Verteidiger am Ende tatsächlich „gläsern“

¹ Vgl. BR-Drs. 229/10, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web> (Stand: 7.7.2010); siehe auch den jüngsten Ergänzungsvorschlag des Bundesrates vom 4.6.2010 (BR-Drs. 229/10-Beschluss).

² EGMR StV 2010, 181 m. Bespr. *H. E. Müller*, StV 2010, 207; a.A. noch BVerfG StV 2004, 267.

³ Vgl. nur die Rede von Frau Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 33 Gerichtsverfassungsgesetzes vom 1.7.2010, abrufbar unter www.bmj.de.

⁴ BGH, Beschl. v. 12.5.2010 – 4 StR 577/09 = StV 2010, 482.

sei. Allerdings seien die Staatsanwaltschaften mit der Annahme eines Anfangsverdachts doch sehr zurückhaltend, so dass die Ängste eines Verteidigers, mit dem Vorwurf einer Strafvereitelung belastet zu werden, „äußerst gering“ sein müssten. Sodann stellte er die strukturelle Verzahnung des berufsgerichtlichen mit dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dar, indem er feststellte, dass zwischen beiden eine „osmotische Verbindung“ bestehe. Im weiteren Verlauf hob *Güntge* die Präjudizwirkung des Strafurteils für das berufsrechtliche Verfahren und die Pflicht, letzteres bis zum Abschluss des erstgenannten auszusetzen (§ 118 BRAO), hervor. Dabei brachte er auch zur Sprache, dass es zu einer eigenen Beweisaufnahme im Berufsgerichtsverfahren nur dann kommen könne, wenn das Strafverfahren mit einem Strafbefehl ende, da die Präjudizwirkung dann nicht bestehe. Ferner ging *Güntge* auf verschiedene Delikte ein, bei denen er verstärkt die Gefahr für einen Verteidiger sehe, mit einem Strafbarkeitsvorwurf konfrontiert zu werden. Während § 261 StGB an Gefährlichkeit verloren habe, sehe er § 266 StGB unter dem Aspekt der Verwahrung von Mandantengeldern als eine sehr wichtige Norm an. Ebenso relevant sei § 356 StGB. Insbesondere die Frage, was „dieselbe Rechtssache“ und welches Verhalten als „pflichtwidrig“ einzustufen ist, bereite erhebliche Schwierigkeiten und führe dazu, dass es für den Verteidiger nicht immer leicht zu erkennen sei, welches Verhalten legal und welches es nicht ist. Unter Verweis auf ein jüngeres Urteil des LG Itzehoe⁵ betonte *Güntge* insbesondere, dass der für eine Pflichtwidrigkeit erforderliche Interessengegensatz zwar grundsätzlich subjektiv zu bestimmen, in besonderen Fallkonstellationen aber ein objektiver Maßstab anzulegen sei. Seinen Vortrag schloss *Güntge* mit dem Appell an das Plenum, Strafbarkeitsrisiken aus dem Wege zu gehen und somit „undurchsichtig“ zu bleiben.

Einen sehr bewegenden und persönlichen Einblick in die Opferrolle bei staatlicher und geheimdienstlicher „Ausforschung“ gab Rechtsanwalt *Manfred Gnjudic* (Ulm) in einem Erfahrungsbericht zu dem Sachverhalt, der schlussendlich auch der vielbeachteten Entscheidung des BVerfG vom 30.4.2007⁶ zugrunde lag. Von *Sättle* als „der skurrilste Fall der deutschen Rechtsgeschichte“ angekündigt, schilderte *Gnjudic* die Geschichte um seinen Mandanten El-Masri, für den *Gnjudic* wegen der Verschleppung seines Mandanten durch CIA-Akteure nach Afghanistan einen Schadensersatzprozess in den USA anstrebte. Er äußerte sein Unverständnis darüber, dass die Gerichte und die Staatsanwaltschaft ihn bei der insgesamt sechsmonatigen Überwachung stets nur als „Zivilrechtler“ angesehen hätten und ihm damit sein Verteidigerprivileg absprachen, während für *Gnjudic* klar war, dass er als Strafverteidiger für El-Masri tätig gewesen sei, nachdem er den Verschleppungsvorwurf ans Bundeskanzleramt gemeldet habe. *Gnjudic* fand schließlich Gehör bei allen Anwesenden, als er darüber berichtete, dass wegen der nachträglich bekannt gewordenen Überwachung zahlreiche Mandate

wegfielen und solche Auswirkungen bei der aktuellen Gesetzeslage vermehrt drohen. Seine Schlussworte: „Ja, ich habe etwas zu verbergen, und das entspringt einem Anvertrauen durch den Mandanten“ werden gewiss allen Teilnehmern noch lange im Gedächtnis nachwirken.

Den abschließenden Vortrag mit dem Titel „Datenschutz: Anforderungen an den Verteidiger und Möglichkeiten zum Schutz des Mandatsgeheimnisses“ hielt der Landesbeauftragte für den Datenschutz des Landes Schleswig-Holstein *Dr. Thilo Weichert* (Kiel). Zunächst stellte *Weichert* fest, dass der Verteidiger einerseits nicht nur vor Datenausspähung zu schützen sei, sondern andererseits auch eine Gefahr für die Daten des Mandanten darstelle. Nach einem kurzen Überblick über das BDSG, wobei *Weichert* vor allem auf die Betroffenenrechte aus §§ 33-35 BDSG aufmerksam machte, kam es zu einer lebhaft geführten Diskussion mit dem Publikum, ob es denn den Datenschützern so einfach möglich sei, Kanzleiräumlichkeiten ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu betreten, um zu überprüfen, ob die Voraussetzungen zum Schutz der Mandantendaten gewährleistet seien. Die Einschätzung *Weicherts*, dass es eines richterlichen Beschlusses nicht bedürfe, stieß auf teilweise von Entrüstung getragenen Widerstand. So setzte das Plenum der Position *Weicherts* nicht zuletzt Art. 13 GG entgegen. Im Weiteren wurde zwischen Referent und Publikum die Frage diskutiert, inwieweit innerhalb einer Sozietät die einzelnen Anwälte die Daten ihrer jeweiligen Mandanten austauschen dürften. Während *Weichert* hier eine sehr restriktive Linie verfolgte, traten aus dem Plenum Stimmen hervor, die zu bedenken gaben, dass dies durchaus notwendig sein könne, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Ferner antwortete *Weichert* auf Nachfragen, wie man sicher einen externen Zugriff aus dem Internet auf interne Daten verhindern könne. Dies sei laut *Weichert* nur durch eine konsequente Trennung von Inter- und Intranet möglich. Abschließend forderte *Weichert*, den Datenschutz stärker in die anwaltliche Ausbildung einzubeziehen.

Mit einer Danksagung durch *Taschke* und *Sättle* an die Referenten und Teilnehmer endete dieses in jeder Hinsicht informative und gedankenreiche 22. StPO-Nordseetreffen.

⁵ LG Itzehoe, Urt. v. 19.2.2008 – 2 Qs 22/08 = NStZ-RR 2008, 170.

⁶ BVerfG, Urt. v. 30.4.2007 – 2 BvR 2151/06 = StV 2007, 561 = NJW 2007, 2752.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zu der Frage, ob die unter dem Oberbegriff des „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) zusammengefassten völkerstrafrechtlichen Beteiligungsformen bereits vor 1975 völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt hatten.

- 1. Die basic form und die systemic form des JCE (JCE I und II) waren schon vor dem Tatzeitraum von 1975-1979 völkergewohnheitsrechtlich verfestigt.**
- 2. Die extended form des JCE (JCE III) war im Tatzeitraum von 1975-1979 kein Teil des Völkergewohnheitsrechts.**
- 3. Die mens rea eines JCE II erfordert den intent aller Beteiligten hinsichtlich der verwirklichten Verbrechenfolge.**
- 4. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts bilden eine taugliche Rechtsquelle für täterbelastende Normen des Völkerstrafrechts. (Leitsätze des Verf.)**

*ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 20.5.2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 38)*¹

Anmerkung:

1. Der vorliegende Beschluss der Pre-Trial Chamber der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha (ECCC) verkörpert die erste Auseinandersetzung mit den völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen des joint criminal enterprise (JCE) durch einen Spruchkörper außerhalb des ICTY und des ICTR.² Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich der Internationale Strafgerichtshof (ICC) mit einer Adaption dieser Rechtsfigur bislang zurückhält, und die systemic form (JCE II) und extended form des joint criminal enterprise (JCE III) in der Literatur auf zum Teil harte Kritik gestoßen sind, dürfte die Äußerung der ECCC ein wichtiges Signal für das Schicksal dieser Rechtsfigur im Rahmen der Fortentwicklung des Völkerstrafrechts abgeben.

2. Zunächst sei die Prozessgeschichte kurz skizziert: Im Rahmen des gegen Nuon Chea et al. laufenden Ermittlungsverfahrens stellten im Verlauf des Jahres 2008 mehrere Be-

schuldigte bei den Co-Investigating Judges (OCIJ)³ der ECCC den Antrag, die Beteiligungsformen des JCE für unanwendbar zu erklären. In einem daraufhin erlassenen Gerichtsbescheid (order)⁴ gaben die OCIJ dem Antrag insoweit statt, als das JCE III mit der einschränkenden Maßgabe anzuwenden sei, dass der Beschuldigte vorhersehbare Exzesstaten Mitbeteiligter auch subjektiv „akzeptiert“ haben müsse.⁵ Im Übrigen wurde der Antrag zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtete sich der appeal der Beschuldigten Ieng Thirith, Ieng Sary und Khieu Samphan. Ihren Antrag, den Gerichtsbescheid aufzuheben und die ECCC hinsichtlich der Beteiligungsformen des JCE für unzuständig zu erklären, begründeten sie im Kern damit, dass das JCE im relevanten Tatzeitraum von 1975-79 nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen sei. Die für die Entscheidung über das Rechtsmittel zuständige Pre-Trial Chamber gab nach eingehender Prüfung der relevanten Staatenpraxis den Anträgen statt, soweit sie die Nichtanwendbarkeit des JCE III durch die ECCC betrafen. Im Übrigen wies sie die Anträge zurück und bestätigte die gewohnheitsrechtliche Verfestigung des JCE I und II.

3. In ihrer Begründung widmet sich die Kammer zunächst der Klärung der inhaltlichen Voraussetzungen des JCE und legt dabei im Ausgangspunkt die gefestigte Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale zugrunde. Der äußere Tatbestand sei demnach bei allen drei Varianten des JCE identisch und setze sich aus drei Elementen zusammen: (a) einem gemeinsamen Plan zur Begehung von Verbrechen innerhalb der Zuständigkeit der ECCC, (b) einer Personenmehrheit und (c) einem individuellen Beitrag zur Planausführung.⁶ Unterschiede bestünden jedoch auf der subjektiven Tatseite. Das JCE I setze insoweit einen gemeinsamen intent zur Verbrechenbegehung voraus. Das JCE II erfordere dagegen die Kenntnis (knowledge) von der Existenz eines Misshandlungsapparates (system of ill-treatment) sowie den intent, diesen durch den eigenen Tatbeitrag zu fördern. Der für ein JCE III kennzeichnende Vorsatz schließlich bestehe in der willentlichen Beteiligung (intention to participate) an der gemeinsamen Planumsetzung und der bewussten und willentlichen Inkaufnahme von Exzesstaten weiterer Beteiligter.⁷

Wenngleich die Entscheidung insoweit nur Bekanntes referiert, so lässt eine zusätzliche Feststellung doch aufhorchen: Ausdrücklich schließt sich die Kammer der Auffassung der

¹ Im Folgenden zitiert als „Beschluss“. Abrufbar unter http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/605/D97_15_9_EN.pdf.

² Die Trial Chamber I des Special Court for Sierra Leone (SCSL) hat die drei Erscheinungsformen des JCE zwar unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale anerkannt, sich einer autonomen Bewertung ihrer völkergewohnheitsrechtlichen Fundierung jedoch enthalten (SCSL [Trial Chamber], Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T, paras. 251 ff.). Auch die SCSL Appeals Chamber war trotz umfangreicher Befassung mit Einzelfragen des JCE insoweit nicht zu einer Stellungnahme veranlasst, da der Mangel gewohnheitsrechtlicher Verfestigung der Beteiligungsformen des JCE von keinem der Rechtsmittelführer gerügt worden war (SCSL [Appeals Chamber], Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A, paras. 282 ff.).

³ Die Funktion der OCIJ ist an diejenige des Ermittlungsrichters im französischen Strafprozessrecht angelehnt. Entsprechend der hybriden Struktur der ECCC bestehen die OCIJ aus einem kambodschanischen und einem internationalen Richter. Zu ihren Aufgaben zählen insbesondere die Ermittlungsarbeit und die Entscheidung, über die Anklage eines Beschuldigten.

⁴ OCIJ, Order v. 8.12.2009 – 002-19-09-2007-ECCC-OCIJ.

⁵ Ebda., S. 10.

⁶ Vgl. ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 13.12.2005 – ICTR-01-76-T (Prosecutor v. Simba), para. 387 m.w.N.

⁷ Beschluss, para 39: „[...] where the accused could foresee their commission and willingly took that risk.“

ICTY Appeals Chamber in Brđanin an,⁸ wonach nicht jeder Tatbeitrag „ausreichend gewichtig“ sei, um eine Beteiligung im Rahmen eines JCE zu begründen.⁹ Damit unterstützt sie eine Tendenz innerhalb der Völkerrechtsprechung, die in zweifacher Weise zu begrüßen ist:

Zum einen bietet das Kriterium des „ausreichend gewichtigen Tatbeitrags“ einen Ansatzpunkt für eine mögliche kommende Assimilation des JCE einerseits und der auf dem Tatherrschaftskonzept beruhenden¹⁰ Mittäterschaftsregel des Art. 25 (3) (a) ICC-Statut (committing jointly with another) andererseits, da ein Tatbeteiligter durch die Erbringung eines

⁸ Beschluss, para. 38.

⁹ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brđanin), para. 427: „[...] a significant enough contribution to the crime“. Vor Brđanin hatten lediglich die ICTY Trial Chambers z.T. vertreten, nur gewichtige Tatbeiträge als ausreichend zur Begründung eines JCE zu werten. So sprach die Verhandlungskammer in Furundžija (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 10. 12.1998 – IT-95-17/1-T, para. 257) von dem Erfordernis eines „integral part“ und in Kvočka et al. (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T, paras. 311 f.) von einer „significant participation“ und „substantial assistance“. Die Stakić-Entscheidung schließlich rekurierte ausdrücklich auf die Tatherrschaftslehre und ging von dem Erfordernis einer „joint-control over the criminal conduct“ im Sinne funktionaler Tatherrschaft aus (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T, para. 440). Diese Tendenz traf zunächst auf den Widerstand der ICTY Appeals-Chamber, die in einer Reihe von Entscheidungen bereits einen „in irgend einer Weise auf die Förderung des gemeinsamen Planes gerichteten Tatbeitrag“ für ausreichend erachtete (ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A [Prosecutor v. Krnojelac], para. 33; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A [Prosecutor v. Vasiljević], para. 101; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 18.7.2005 – IT-03-72-A [Prosecutor v. Babić], para. 38) und die Wichtigkeit des Tatbeitrags von einem materiellen Erfordernis zum bloßen Indiz für den subjektiven intent des Beschuldigten degradierte (ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A [Prosecutor v. Babić], para. 427: „[...] a significant enough contribution to the crime“). Das im Brđanin-Urteil zutage tretende Bekenntnis der ICTY-Appeals Chamber zum Erfordernis eines gewissen Gewichtes des Tatbeitrages lässt sich insofern als spätes – möglicherweise durch die zwischenzeitliche Stellungnahme des ICC motiviertes – Einschwenken auf die frühere Instanzrechtsprechung werten. Die ICC Pre-Trial Chamber I hatte sich in ihrem Lubanga-Beschluss nur drei Monate zuvor für ein auf dem Herrschaftskonzept beruhendes Mittäterschaftsverständnis ausgesprochen (ICC [Pre-Trial Chamber I], Beschl. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 [Prosecutor v. Lubanga], para. 335).

¹⁰ So jedenfalls die bisherige Rechtsprechung des ICC (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 29.2.2007 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga), para. 341.

gewichtigen Beitrags zumeist auch die Mitherrschaft über das tatbestandliche Geschehen erlangen wird.¹¹

Zum anderen wird durch dergestalt gesteigerte Anforderungen an den Tatbeitrag ein Wertungsdefizit behoben, mit dem die Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale zuvor belastet war. Während die ICTY Appeals Chamber in ihrer früheren Rechtsprechung nämlich zur Begründung eines JCE einen „in irgendeiner Weise auf die Förderung des gemeinsamen Tatplans gerichteten“ Tatbeitrag genügen ließ,¹² verlangt sie für eine strafbare Beihilfe (aiding and abetting) seit jeher einen Tatbeitrag „von erheblichem Gewicht“ (substantial effect) für die Begehung der Haupttat.¹³ Die Beihilfe setzte somit in objektiver Hinsicht weitaus höhere Anforderungen an die Strafbarkeit als das JCE. Dies mag im Rahmen eines Einheitstätermodells hinnehmbar sein. Spätestens seit ihrem (hier sog.) Ojdanić-Beschluss aus dem Jahre 2003 jedoch bekennt sich die ICTY Appeals Chamber durchgehend zu einem zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidenden Differenzierungsmodell.¹⁴ In ihrem Vasiljević-Urteil von 2004 stellte sie überdies fest, dass die Beteiligung an einem JCE als Täterschaftsform einzuordnen sei und als solche einen schwereren Grad der Verantwortlichkeit begründe als die Beihilfe.¹⁵ Diese Wertung wurde vormals durch die höheren Anforderungen an den Tatbeitrag des Gehilfen geradezu „auf den Kopf gestellt“¹⁶ und hat erst durch das Brđanin-Urteil eine überfällige Korrektur erfahren, die von dem vorliegenden Beschluss zutreffend unterstützt wird.

4. Eine Kernaussage der Entscheidung liegt in der Feststellung, dass das JCE I bereits im Zeitraum von 1975-1979 auf einer verbreiteten, beständigen und übereinstimmenden

¹¹ Demgegenüber hält *Ambos* (Criminal Law Forum 2009, 353 [364]) für möglich, dass bereits gegenwärtig eine Identität zwischen einer auf der Lehre funktionaler Tatherrschaft beruhenden Figur der co-perpetration und dem JCE I bestehe. Dies stützt er zum einen auf die verbale Gleichsetzung des JCE I mit dem „co-perpetratorship“ durch die Tadić-Verhandlungskammer des ICTY. Zum anderen nimmt er Bezug auf die ursprüngliche (durch das Brđanin-Berufungsurteil unsicher gewordene) Vorgabe der ad-hoc-Tribunale, wonach der Tatbeitrag des am JCE I Beteiligten „in irgendeiner Weise auf die Förderung des gemeinsamen Tatplans gerichtet“ sein müsse. Zutreffenderweise wird man von einem mitherrschaftsbegründenden Tatbeitrag jedoch erst dann ausgehen können, wenn die jeweilige Person bei der Tatausführung eine Funktion ausübt, von der das Gelingen des Planes selbst abhängen kann (so *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 211).

¹² Oben Fn. 9.

¹³ *Cassese*, Criminal Law Forum (2009), 289 (300) m.w.N.

¹⁴ ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), paras. 20, 31; *Olasolo*, Criminal Law Forum (2009), 263 (274 f.) m.w.N.

¹⁵ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 102.

¹⁶ So treffend *Ambos*, Criminal Law Forum 2009, 353 (365).

Staatenpraxis gefußt habe¹⁷ und somit völkergewohnheitsrechtlich verfestigt gewesen sei.¹⁸ Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Literatur¹⁹ und dürfte im Ergebnis auch zutreffen. Gleichwohl weist sie einige Feststellungen auf, die zu kritischer Auseinandersetzung Anlass geben. Zweckmäßigerweise sollen dabei die Ausführungen der Kammer zu den objektiven und subjektiven Elementen des JCE I getrennt voneinander gewürdigt werden.

a) Hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen des JCE I zieht die Kammer als relevante Staatenpraxis zunächst Art. 6 des Statuts für der Internationalen Militärgerichtshof (IMT) vom 8. August 1945²⁰ und Nr. 10 II (2) (d) des Alliierten Kontrollratsgesetzes vom 20. Dezember 1945 heran,²¹ die im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess und einer Reihe von Nachfolgeverfahren als Rechtsgrundlage dienen. Beide Vorschriften belegen die Auffassung der beteiligten Staaten, dass ein Beteiligter strafbar sein solle, wenn er willentlich an der Ausführung eines auf die Begehung von Völkerrechtsverbrechen gerichteten gemeinsamen Planes oder Unternehmens teilnimmt.²² Gleichwohl müssen gegen die vorbehaltlose Einbeziehung zumindest des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 II (2) (d) Bedenken angemeldet werden. Nach dieser Vorschrift sollte jeder als Täter anzusehen sein, der mit verbrecherischen Plänen oder Unternehmungen in einer nicht näher bezeichneten Weise „in Verbindung gestanden“ habe („was connected with plans or enterprises involving [the crime’s] commission“). Wie die angrenzenden, in KG Nr. 10 II (2) (c), (e) und (f) geregelten Beteiligungsformen dürfte auch diese Vorschrift als Ausfluss jenes uferlosen Zurechnungskonzeptes anzusehen sein, das der in Diensten des US-Armee-generalstabs stehende Rechtsanwalt *Murray C. Bernays* im September 1944 im Rahmen der amerikanischen Planung einer juristischen Bewältigung der Kriegsverbrecherfrage vorgelegt hatte. Dieser Ansatz identifizierte die NS-Ideologie und -Politik als treibende Kraft hinter der individuellen Tat und leitete daraus die Kollektivverantwortung aller ab, die Anteil am verbrecherischen Staat gehabt hatten. Nur dadurch

sei den Massenverbrechen strafrechtlich beizukommen.²³ Der ursprüngliche Vorschlag ging dahin, verbrecherische NS-Organisationen mit der Folge verurteilen zu lassen, dass jedes ihrer Mitglieder ohne weitere Überprüfung individueller Verantwortlichkeit vom kollektiven Schuldspruch erfasst sein sollte.²⁴ Wenngleich das *Bernays*’sche Kollektivschuldmodell nicht in Reinform Einzug in das KG Nr. 10 hielt, so findet es gleichwohl Widerhall in Gestalt der unbestimmten Beteiligungs- und Zurechnungsformen dieser Vorschrift. Mit seiner fundamentalen Feststellung, dass „die strafrechtliche Schuld eine persönliche ist“²⁵, entzog ihm jedoch bereits das Nürnberger Tribunal die konzeptionelle Grundlage, und es wurde in keiner der nachfolgenden völkerstrafrechtlichen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe wiederaufgenommen. Auch die ICTY Appeals Chamber sah im Ojdanić-Beschluss Anlass zur Klarstellung, dass das JCE nicht mit einer Strafbarkeit aufgrund Mitgliedschaft in einem kriminellen Unternehmen verwechselt werden dürfe, wie sie vom KG Nr. 10 angenommen worden sei.²⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte

²³ *Bernays*-Memorandum – zit. *Smith*, *The American Road to Nuremberg – The Documentary Record 1944-1945*, 1982, Dok. Nr. 16, S. 33 ff.: „Undoubtedly, the Nazis have been counting on the magnitude and ingenuity of their offenses, the number of offenders, the law’s complexities, and the delay and war weariness as major defenses against effective prosecution. [...] Trial on individual basis, and by old modes and procedures, will go far to realize the Nazi hopes in this respect. [...] Behind each Axis war criminal [...] lies the basic criminal instigation of the Nazi doctrine and policy. It is the guilty nature of this instigation that must be established, for only thus will the conviction and punishment of the individuals concerned achieve their true moral and juristic significance.“

²⁴ *Bernays* in: *Smith* (Fn. 23), S. 36. „[...] The judgement should adjudicate: [...] That every member of the Government and organizations on trial is guilty of the same offense. Such adjudication of guilt would require no proof that the individuals affected participated in any overt act other than membership in the conspiracy. [...]“. Auf diese Weise sollten langwierige Verfahren mit schwieriger Beweisführung und das „Durchreichen der Verantwortung“ aufgrund Befehlsnotstands vermieden sowie eine einheitliche strafrechtliche Verantwortlichkeit für jede Hierarchiestufe geschaffen werden. Näher *Berster*, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, 2008, S. 1-5 m.w.N.

²⁵ Internationaler Militärgerichtshof, *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, 1947, Bd. XXII, S. 568: „Zu den wichtigsten dieser Prinzipien gehört, dass strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und dass Massenbestrafungen zu vermeiden sind.“ Ebenda: „[...] Andererseits sollte der Gerichtshof die Erklärung einer Organisation als verbrecherisch soweit wie möglich in einer Weise treffen, die Gewähr dafür bietet, dass unschuldige Personen nicht bestraft werden.“

²⁶ ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 25.

¹⁷ In ihrer Definition der Voraussetzungen von Völkergewohnheitsrecht scheint die Kammer Staatenpraxis und *opinio juris* gleichzusetzen – Beschluss, para. 53: „[W]hen determining the state of customary international law [...] a court shall assess existence of „common, consistent and concordant“ state practice, or *opinio iuris*, meaning that what States do and say represents the law.“

¹⁸ Beschluss, para. 69.

¹⁹ *Barthe*, *Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 2009, S. 74; *Amos*, *Criminal Law Forum* (2009), 335 (382); *Cassese*, *Criminal Law Forum* (2009), 289 (330).

²⁰ „Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.“

²¹ Beschluss, para. 57.

²² Beschluss, para. 58.

das KG 10 II (2) (d) nur schwerlich als Frühform des JCE I zu werten sein.

Darüber hinaus erscheint es auch es als *methodisch* verfehlt, die Beteiligungsfigur des JCE I in die beliebige Weite des KG Nr. 10 II (2) (d) hineinzulesen, da sich andernfalls die Bestimmungen des KG Nr. 10 gerade im Bereich der Beteiligungslehre allzu leicht als Zauberhut für die Feststellung gewohnheitsrechtsrelevanter Staatenpraxis missbrauchen ließen. Auch den von Michelangelo später zur Pietá veredelten amorphen Marmorblock würde man kaum als Beleg für die stilistische Beständigkeit des Meisters anerkennen. Dass auch die Kammer solche Bedenken zumindest streifte, gibt sie in ihrem Zitat des Rwamakuba-Beschlusses zu erkennen.²⁷ Hier hatte das ICTR mit Blick auf die Nachkriegsrechtsprechung festgestellt, dass die Nürnberger Nachfolgegerichte sich aufgrund der weit formulierten Rechtsgrundlagen kaum mit den konkreten Voraussetzungen individueller Verantwortlichkeit auseinandergesetzt hätten, und die drei Typen des JCE somit in dieser Rechtsprechung nicht immer exakte Vorbilder fänden.²⁸

Eine Reihe weiterer, alles andere als randständiger Rechtsgrundlagen von Nachkriegsprozessen ließ die Kammer bei der Bewertung relevanter Staatenpraxis merkwürdigerweise unberücksichtigt. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier nur die folgenden drei genannt: Zunächst das Statut des Internationalen Militärgerichts für den Fernen Osten (IMTFE), das in Art. 5 eine wortgleiche Regelung wie Art. 6 IMT-Statut enthält. Im Gegensatz zu diesem handelt es sich beim IMTFE-Statut zwar nicht um ein völkerrechtliches Übereinkommen, sondern einen einseitigen Militärerlass des US-amerikanischen Oberbefehlshabers *Douglas MacArthur*.²⁹ Dennoch dürfte diese Regelung aufgrund der internationalen Besetzung des Spruchkörpers nicht lediglich als Staatenpraxis der USA, sondern als relevante Praxis aller beteiligten Staaten zu werten sein, da sich die letzteren durch die Entsendung eigener Richter den Statutsinhalt offenkundig zu eigen gemacht haben.³⁰

Unerwähnt lässt die Vorverhandlungskammer auch die den Nachkriegsgerichten verschiedener Staaten dienenden

nationalen Rechtsgrundlagen. Zu nennen gewesen wäre hier insbesondere der sog. Royal Warrant vom 14. Juni 1945, der die primäre Entscheidungsgrundlage der britischen Militärgerichte darstellte. Zwar enthält dieser weder dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 vergleichbare Tatbestandsbeschreibungen noch materielle Regeln zur Frage der strafrechtlichen Beteiligung. Bemerkenswert ist allerdings die besondere Beweisregel des § 8 (ii), die die materielle Regel einer wechselseitigen Zurechnung im Falle einer „concerted action of a unit or group“ zwar nicht selbst enthält, jedoch unzweideutig voraussetzt.³¹

Eine ähnliche Regelung trifft schließlich auch Part II Sec. 6 (1) (k) (iii) des Australischen War Crimes Act (1945), demzufolge jeder „Teilhaber“ an der Verbrechensbegehung („party to the commission of an offence“) als Täter anzusehen sei.³²

Neben kodifiziertem Recht nimmt die Kammer auch eine Reihe von auf den genannten Rechtsgrundlagen beruhenden Entscheidungen der Nachkriegsrechtsprechung in ihre Bewertung auf. Dabei zieht sie bemerkenswerterweise die das JCE I und das JCE II betreffenden Präzedenzfälle zu einer einheitlichen Bewertung zusammen und nutzt mithin auch die JCE II-Rechtsprechung zur Feststellung der gewohnheitsrechtlichen Verfestigung des JCE I. Dieser Vorgehensweise ist mit Vorsicht zu begegnen. Ihre Legitimität beruht entscheidend auf der von der ICTY Appeals Chamber bereits in Tadić genannten und seither vielfältig bekräftigten Prämisse, beim JCE II handele es sich letztlich nur um eine *Variante* des JCE I.³³ Hinter diese Sichtweise muss jedoch ein deutliches Fragezeichen gesetzt werden. Sie mutet dem Merkmal des common plan zu, so unterschiedliche Phänomene wie einen – möglicherweise spontan gefassten – Verbrechensplan zweier Täter einerseits, und den jahrelangen Betrieb eines Unrechtssystems wie etwa eines Konzentrationslagers (z.T. sogar eines Unrechtsstaates als Ganzen³⁴) andererseits zu umfassen, deren vielfältige ontische und normative Unterschiede mit Händen zu greifen sind: So ist das JCE I zumeist auf zeitlich, örtlich und personell konkretisierte Verbrechens-

²⁷ Beschluss, para. 66.

²⁸ ICTR (Appeals Chamber), Beschl. v. 22.10.2004 – ICTR-98-44-AR72.4 (Prosecutor v. Rwamakuba), para. 24: „[T]he post-World War II materials do not always fit neatly into the so-called ‘three categories’ of joint criminal enterprise discussed in Tadić, in part because the tribunals’ judgements did not always dwell on the legal concepts of criminal responsibility, but simply concluded that, based on the evidence, the accused were ‘connected with’, ‘concerned in’, ‘inculcated in’ or ‘implicated in’ war crimes and crimes against humanity.“

²⁹ Vgl. zur Entstehung des IMTFE-Statuts *Osten*, Der Tokyoer Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft, 2003, S. 69 ff.

³⁰ Der Spruchkörper bestand aus elf Richtern folgender Staaten: Australien, Kanada, China, Vereinigtes Königreich, Frankreich, Indien, Niederlande, Neuseeland, Philippinen, USA, UdSSR.

³¹ Royal Warrant § 8 (ii): „Where there is evidence that a war crime has been the result of concerted action upon the part of a unit or group of men, then evidence given upon any charge relating to that crime against any member of such unit or group may be received as prima facie evidence of the responsibility of each member of that unit or group for that crime.“

³² „An act is a serious crime [...] being: (k) an offence of: (iii) being, by act or omission, in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the commission of an offence [...]“

³³ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203: „This category of cases [...] is really a variant of the first category, considered above.“

³⁴ Vgl. z.B. den sog. „Juristenprozess“ – United States of America v. Josef Altstoetter et al. (Justice-Case), Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 3, 1951, S. 1123. Hier wurde der Angeklagte Lautz wegen der Beteiligung an einem nationalen Plan rassistischer Diskriminierung für schuldig befunden.

erfolge gerichtet, das JCE II jedoch auf die massenhafte Wiederholung im Einzelnen unbestimmter, abstrakt ähnlicher Erfolge im Rahmen des Systembetriebs. Der individuelle Tatbeitrag auf den konkreten Unrechtserfolg schlägt sich beim JCE I in der Regel in erkennbarer Form nieder, während er im Rahmen eines JCE II zumeist einen nur hochverdünnten Einfluss auf den verbrecherischen Einzelerfolg hat. Beim JCE I sind die schädlichen Kräfte der Beteiligten tendenziell begrenzt, wohingegen jedenfalls einem in hoher Position an einem JCE II Beteiligten die im Unrechtssystem „gespeicherte Macht“³⁵ zu Gebote steht. Strukturell ist überdies zu berücksichtigen, dass beim JCE II das „System“ gleichsam als Tatmittler zwischen den individuellen Tatbeitrag und den Erfolg geschoben wird. Bei hoher organisatorischer Verselbständigung des Systems liegt es daher nicht fern, vom JCE II eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft zu ziehen,³⁶ wohingegen sich beim JCE I kein Element mittelbarer Täterschaft finden lässt. Auch der psychologische Zugang des individuellen Täters zum gemeinsamen enterprise und den Unrechtserfolgen dürfte höchst unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob die Beteiligten sich außerhalb systemischer Strukturen zur Verbrechensbegehung verbinden, oder ob der Täter durch Berufung, Abordnung oder Abkommandierung als fungibles Rädchen im Gesamtgetriebe scheinbar regelhafte, von höherer Stelle sanktionierte Tatbeiträge erbringt. Schließlich kann auch nicht ignoriert werden, dass die herrschende Rechtsprechung des ICTY an die verschiedenen Erscheinungsformen des gemeinsamen Tatplanes unterschiedliche mens-rea-Anforderungen anknüpft. Wenngleich sich die ECCC Pre-Trial Chamber dem im Ergebnis nicht angeschlossen hat (dazu sogleich), so indiziert auch dies, dass von einer qualitativen Identität von JCE I und JCE II nicht leichthin ausgegangen werden kann. Angesichts all dessen bewegt sich die von der Kammer praktizierte Zusammenschau von JCE I- und JCE II-relevanter Staatenpraxis auf sehr unsicherem Terrain.

Aber auch ohne die Berücksichtigung der auf das JCE II bezogenen Präzedenzfälle findet das JCE I in der Nachkriegsrechtsprechung verschiedener Staaten eine recht breite Basis. Zutreffend bezieht sich die Kammer auf die britischen Verfahren Georg Otto Sandrock et al.,³⁷ Jepsen et al.³⁸ und Schonfeld et al.,³⁹ das kanadische Verfahren Hoelzer et al.⁴⁰

³⁵ Vgl. Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 20: „[D]ie in der Staatsorganisation gespeicherte Macht.“

³⁶ Vgl. Berster (Fn. 24), S. 55-71.

³⁷ Sog. „Almelo-Fall“ – British Military Court, Almelo, Holland, UNWCC Reports Bd. 1, S. 35 ff.

³⁸ Zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 197.

³⁹ British Military Court, Essen, UNWCC Reports Bd. 11, S. 68.

⁴⁰ Zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 197.

und die U.S.-Prozesse gegen Josef Altstoetter et al.⁴¹ und Ulrich Greifelt et al.,⁴² in denen auf unterschiedliche Weise die Strafbarkeit der Beteiligung an einem gemeinsamen Plan zur Verbrechensbegehung festgestellt wurde. Gleiches gilt für die – von der Kammer nur in Fußnoten⁴³ einbezogene – Rechtsprechung italienischer und deutscher Nachkriegsgerichte, welche auf entsprechende Fallgestaltungen die in ihren nationalen Rechtssystemen vorgesehenen Vorschriften der Mittäterschaft zur Anwendung brachten. Weniger Aussagekraft dürfte hingegen dem von der Kammer gleichwohl verwerteten sog. „Einsatzgruppen“-Urteil zukommen, das sich weitgehend auf die Zitierung der bedenklichen Regelungen des KG 10 II (2) beschränkte, ohne diese konkretisierend fortzubilden.⁴⁴ Überdies trifft das Urteil keine greifbare Aussage zur Schlüsselvoraussetzung des JCE – dem gemeinsamen Tatplan. Dieses Manko teilt es mit dem von der Kammer ebenfalls angeführten⁴⁵ sog. „Ponzano“-Urteil, dessen Aussagegehalt sich auf die Feststellung beschränkt, dass auch eine indirekte Begehungsweise strafbegründend wirken kann.⁴⁶

Unterstützend zieht die Pre-Trial Chamber schließlich noch den Draft Code der Völkerrechtskommission (ILC) aus dem Jahre 1954⁴⁷ mit der Begründung heran, dass dieser eine prinzipielle individuelle Verantwortlichkeit für die Beteiligung an einer gemeinschaftlichen Verbrechensbegehung aufgrund gemeinsamen Tatplanes vorgesehen habe.⁴⁸ Hier

⁴¹ „Juristenprozess“ – United States of America v. Josef Altstoetter et al., Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 3, 1951, S. 1 ff.

⁴² „RuSHA-Prozess“ – United States of America v. Ulrich Greifelt et al., Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 4, 1951, S. 599 ff.

⁴³ Beschluss, para. 63 Fn. 180 f.

⁴⁴ United States of America v. Otto Ohlendorf et al., Trials of War Criminals (Fn. 42), S. 456. Am ehesten noch ließe sich die Rechtsauffassung des Anklägervertreters Taylor (von der Pre-Trial Chamber [Beschluss, para. 62 Fn. 179] irrtümlich als eine Äußerung des Gerichts bezeichnet) heranziehen, wonach die Beteiligungsregeln des KG 10 keine neuen Prinzipien verkörperten und jedes Mitglied der Einsatzgruppen, das einen Unterstützungsbeitrag zu den Massentötungen jener Einheiten geleistet habe, selbst dieser Verbrechen schuldig sei (S. 372: „Any member who assisted in enabling these units to function, knowing what was afoot, is guilty of the crimes committed by the unit.“).

⁴⁵ Beschluss, para. 62.

⁴⁶ Trial of Feurstein and others (Ponzano), Proceedings of a War crimes Trial held at Hamburg, Germany, Judgement of 24.8.1948, zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić) para. 199.

⁴⁷ Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (1954) – Text und Kommentierung: U.N.-Doc. A/CN.4/85.

⁴⁸ Beschluss, para. 61: „The ILC’s first draft of the Code in 1956 (sic) specifically included „the principle of individual

irrt die Kammer. Art. 2 (13) des Drafts beschränkte sich auf die Handlungsformen Verschwörung (conspiracy), Anstiftung (incitement), Beihilfe (complicity) und Versuch (attempt). Ein mittäterschaftlicher Beteiligungsmodus war weder vorgesehen noch wurde er in den Vorarbeiten des ILC-Berichterstatters Spiropoulos oder den Eingaben einzelner Mitgliedstaaten gefordert oder diskutiert.⁴⁹

Obwohl sich nach alledem die Beurteilung der Quellenlage durch die Kammer einiger Kritik aussetzt, dürfte die bis zum Jahr 1975 zu verzeichnende Staatenpraxis bereits einen tragfähigen Boden für die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung des JCE I abgegeben haben. Entscheidende Bedeutung dürfte dabei der von der Kammer unberücksichtigten Unterstützung des IMTFE-Statuts durch die elf richterstellenden Staaten zukommen, da sich andernfalls die erforderliche Verbreitung der relevanten Völkerrechtspraxis wohl kaum würde bejahen lassen können.

b) Wenngleich die von der Kammer untersuchte Staatenpraxis die *objektiven* Voraussetzungen eines JCE I zumindest umrisshaft hervortreten lässt, so ist eine auch nur im Entferntesten konsistente Staatenpraxis bezüglich der mens rea nicht erkennbar. Die Rechtsgrundlagen der Nachkriegsgerichte schweigen, und die Judikatur enthält – sofern überhaupt Ausführungen gemacht wurden bzw. überliefert sind – eine bunte Palette subjektiver Merkmale, die zwischen zielgerichtetem Erstreben und schlichter Kenntnis oszillieren.⁵⁰ Vor dem Hintergrund dieses Befundes scheint die Kammer (wie bereits zuvor die ad-hoc-Tribunale⁵¹) in der Weise reagiert zu haben, sich nicht auf die vagen Vorgaben der Präzedenzfälle

criminal responsibility for formulating a plan or participating in a common plan or conspiracy to commit a crime.“

⁴⁹ Vgl. UN-Doc. A/CN.4/85 (Third Report Relating to a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind), S. 118 f.; UN-Doc. A/51/10 (Report of the ILC's 48th session), S. 21 a.E.

⁵⁰ Vgl. die Feststellung des Judge Advocate in Georg Otto Sandrock et al. (Almelo), UNWCC Reports Bd. 1, S. 40: „There was no dispute that all three knew what they were doing and had gone there for the very purpose of having this officer killed.“ Ähnlich der Judge Advocate in Hoelzer et al. (zit. ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A [Prosecutor v. Tadić]), para. 197): „All three knew that the purpose of taking him to particular area was to kill him.“ Der Prosecutor führte in Feurstein and others (Ponzano), zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para.199. Folgendes aus: „(A) man is responsible for his acts and is taken to intend the natural and normal consequences of his acts [...]“. In The United States of America v. Greifelt et al. (RuSHA), Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 5, 1950, S. 106) stellte das Gericht fest: „These examiners were working directly at different intervals under the control and supervision of Hofmann and Hildebrandt respectively, who had knowledge of their activities.“

⁵¹ Vgl. statt vieler: ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A (Prosecutor v. Krnojelac), para. 84.

zu stützen, sondern „im Zweifel“ einen schärferen Maßstab anzusetzen und den intent jedes Beteiligten zur gemeinsamen Planverwirklichung zu fordern.⁵²

Grundsätzlich dürfte an diesem Weg nichts auszusetzen sein. Die Staatenpraxis hat auf verschiedene Weise ihren Willen zur Bestrafung unmissverständlich deutlich gemacht und lediglich die Grenzen der Strafbarkeit ungenau gekennzeichnet. Es erscheint daher als sachgerecht, die Strafbarkeitsschwelle dort zu verorten, wo nach der bestehenden Staatenpraxis der *sicher* strafbare Bereich beginnt. Ob der Kammer diese Grenzziehung geglückt ist, mag jedoch vor dem Hintergrund des zwei Dekaden nach dem relevanten Tatgeschehen beschlossenen ICC-Statuts in Zweifel gezogen werden. Die Fallkonstellationen des JCE haben hier in Gestalt der Mittäterschaftsnorm des Art. 25 (3) (a) Var. 2 ICC-Statut und der Teilnahmevorschrift des Art. 25 (3) (d) ICC-Statut eine differenzierte Regelung erfahren. Dabei werden jedenfalls im Bereich mittäterschaftlicher Begehung schärfere Anforderungen an die mens rea gestellt, als sie die Kammer für das JCE I zugrunde legt. Während die Kammer nämlich insoweit nur intent verlangt, setzt Art. 30 ICC-Statut für die mittäterschaftliche Begehung zusätzlich knowledge voraus, und qualifiziert den intent zudem dahingehend, dass hinsichtlich der Tathandlung Absicht (meaning to engage in the conduct) und hinsichtlich des Erfolges Absicht oder direkter Vorsatz vorliegen muss (that person means to cause that consequence or is aware that it will occur). Läge die Kammer richtig, so hätte also in den siebziger Jahren ein durch Staatenpraxis getragener Konsens über eine niedrigere Haftungsschwelle des JCE I vorgelegen, der mit Einführung des ICC-Statuts wieder entfallen wäre – ein kaum vorstellbares Szenario. In Ermangelung einer klaren Staatenpraxis dürfte es daher angemessen erscheinen, die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des JCE I zumindest in Fällen, die nach Lesart des ICC-Statuts als mittäterschaftliche Beteiligung zu qualifizieren wären, an den strengen mens-rea-Anforderungen des Art. 30 ICC-Statuts zu orientieren.

5. Mit Blick auf das JCE II liegt die Bedeutung des Beschlusses zunächst darin, dass er die gewohnheitsrechtliche Verfestigung auch dieser Beteiligungsform bejaht.⁵³ Obwohl die Kammer insoweit die ständige Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale und die herrschende Literaturmeinung⁵⁴ auf ihrer Seite hat, stellen sich jedoch auch in diesem Zusammenhang Fragen, die einer befriedigenden Antwort harren. So ist festzustellen, dass die im Jahre 1975 vorhandene, speziell auf die systemische Form des JCE bezogene Völkerrechtspraxis viel zu dünn war, um eine eigene gewohnheitsrechtliche Regel zu begründen. Relevante Staatenpraxis in diesem Bereich bildeten allein die von US-Militärgerichten geführten Verfahren gegen Martin Gottfried Weiss et al.,⁵⁵ Alfons Klein and six Others,⁵⁶ Friedrich Becker and Others⁵⁷

⁵² Beschluss, para. 39, 58, 62 a.A.

⁵³ Beschluss, para. 69.

⁵⁴ Barthe (Fn. 19), S. 74, Ambos, Criminal Law Forum 2009, 353 (387); Cassese, Criminal Law Forum 2009, 289 (330).

⁵⁵ Sog. „Dachau-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 11, S. 5-17.

⁵⁶ Sog. „Hadamer-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 1, S. 46-54.

und Hans Altfuldisch et al.,⁵⁸ sowie die britischen Prozesse gegen Josef Kramer and 44 Others⁵⁹ und Heinrich Gericke and seven Others.⁶⁰ Da demnach nur zwei Staaten Präzedenzfälle geschaffen hatten, steht schon das offenkundige Fehlen international verbreiteter Praxis der Bildung einer speziell das JCE II erfassenden Regel entgegen. In Ermangelung eines eigenen Rechtsgrundes dürfte das JCE II demnach nur dann zur Strafbegründung herangezogen werden, wenn es im Wege zulässiger Auslegung aus dem gewohnheitsrechtlich verfestigten JCE I entwickelt werden könnte – sprich: wenn es nur einen Spezialfall des JCE I darstellte und dessen Rechtsgrund somit teilte. Angesichts der bereits skizzierten Unterschiede beider Zurechnungsformen erscheint dieser Weg jedoch nicht unbedenklich.

Die zweite bedeutende Feststellung betrifft die an die mens rea zu stellenden Anforderungen. Hier scheint die Kammer zunächst auf die herrschende Linie der ICTY Appeals Chamber zuzusteuern und benennt die „personal knowledge of the system of ill-treatment and the intent to further it“ als subjektive Mindestvoraussetzungen des JCE II.⁶¹ An späterer Stelle erweitert es jedoch diese Feststellungen und fordert unter Bezugnahme auf die abweichende Begründung Richter *Hunts* im Ojdanić-Beschluss zusätzlich, dass auch die bei Betrieb des Unrechtssystems hervorgebrachten Einzelverbrechen vom gemeinsamen intent aller am JCE II Beteiligten erfasst sein müssen: “Judge Hunt rightly noted [...] that: [...] The role of the accused in the second category is enforcing the plan by assisting the person who physically executes the crime charged. Both of them must intend that the crime charged is to take place. To accept anything less as sufficient would deny the existence of a “common purpose”.”⁶²

Die Bedeutung dieser Feststellung erschließt sich im Lichte der bisherigen ad-hoc-Tribunalsrechtsprechung. Diese vertritt überwiegend den Standpunkt, dass an die mens rea bezüglich des konkreten Verbrechenserfolges im Rahmen eines institutionalisierten Unrechtssystems im Sinne des JCE II geringere Anforderungen zu stellen sind als beim JCE I.

⁵⁷ Sog. „Flossenbürg-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 15, S. 95 Fn. 1.

⁵⁸ Sog. „Mauthausen-Prozess“ – UNWCC Reports Bd. 11, S. 15; <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/dachautrial/50.pdf>.

⁵⁹ Sog. „Belsen-Prozess“ – UNWCC Reports Bd. 2, S. 1-156.

⁶⁰ Sog. „Velpke Children’s Home-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 7, S. 76-81.

⁶¹ Beschluss, para. 39 m.w.N.

⁶² Beschluss, para. 71 (unter Verweis auf: ICTY [Appeals Chamber], Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 [Prosecutor v. Milutinović et al.]), Separate Opinion of Judge David Hunt, para. 8). Ihre Auffassung deutet die Kammer bereits in para. 62 an: „In support of the basic and systemic form of JCE (JCE I & II), the Appeals Chamber in Tadić reviewed eight cases [...] which demonstrated that both modes of responsibility require that the accused intended the commission of the crimes forming part of the common plan.“

Der genaue Umfang dieser Erleichterungen und ihre dogmatische Einordnung sind jedoch recht schillernd.

Ein Teil der relevanten Äußerungen der ad-hoc-Tribunale lässt sich am ehesten dahingehend deuten, dass auf ein Vorsatzerfordernis bezüglich der konkreten Unrechtserfolge eines unterstützten Systems völlig verzichtet wird.⁶³ Dazu ist anzumerken, dass allein vom schuldstrafrechtlichen Standpunkt aus betrachtet ein Vorsatzkriterium bezüglich der Einzelerfolge in der Tat entbehrlich erscheint. Denn wer in Kenntnis des verbrecherischen Charakters eines Systems tätig Mithilfe leistet, verwirklicht zumindest fahrlässig ein Erfolgsrisiko, so dass dem Schuldgrundsatz Genüge geleistet wäre. Eine solche Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination widerspräche allerdings der in der Judikatur der ad-hoc-Tribunale immer wieder aufgestellten⁶⁴ und von der ECCC Pre-Trial Chamber übernommenen⁶⁵ Prämisse, dass das JCE II nur eine Spielart des JCE I darstellen solle. Die Annahme immanenter Fahrlässigkeit hinsichtlich der Einzeltaten dürfte demnach keinen gangbaren Weg zur Erklärung des JCE II darstellen.⁶⁶

Zumindest andeutungsweise findet sich andernorts die Vorstellung, ein intent hinsichtlich der im Systembetrieb erfolgten Völkerrechtsverbrechen sei notwendig mitenthalten in der Kenntnis vom Unrechtssystem und dem Willen, es zu fördern.⁶⁷ Begreift man den intent jedoch entsprechend einer im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreiteten Sichtweise,⁶⁸ als zielgerichtete Zweckverfolgung, so geht die genannte Auffassung fehl. Denn auch derjenige, welcher etwa aus überbordender Karrieresucht zielgerichtet ein Unrechtssystem fördert, kann die notwendig mitbegünstigten Unrechtserfolge missbilligen oder sogar hoffen, dass er für möglichst wenige mitursächlich wird. Legt man andererseits die von Art. 30 (2) (b) ICC-Statut genannte Definition des intent zugrunde, die bereits (sicheres) Wissen um die resultierende

⁶³ Z.B.: ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A (Prosecutor v. Krnojelac), para. 96: „[T]he Trial Chamber should have examined whether or not Krnojelac knew of the system and agreed to it, without it being necessary to establish that he had entered into an agreement with the guard and soldiers – the principle perpetrators of the crimes committed under the system – to commit those crimes.“

⁶⁴ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203; *Cassese*, Criminal Law Forum 2009, 289 (296).

⁶⁵ Beschluss, para. 37.

⁶⁶ Ähnlich *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 285 f.; *Barthe* (Fn. 19), S. 213.

⁶⁷ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al.), para. 116: „The Prosecution submits that once an accused wilfully joins and significantly contributes to a system of ill-treatment, the relevant ‘agreement’ is either subsumed in, or replaced by, the acceptance of the system as a whole.“ *Cassese*, Criminal Law Forum 2009, 289 (297).

⁶⁸ *Finnis*, in: Frey/Morris (Hrsg.), Liability and Responsibility, 1991, S. 32; *Williams*, Cambridge Law Journal 46 (1987), 417 (421).

Einzelat ausreichen lässt, so hängt sein „notwendiges“ Vorliegen entscheidend davon ab, welchen Konkretisierungsgrad die Tätervorstellung erreicht haben muss, um als „Wissen“ zu gelten. Lässt man insoweit abstraktes Wissen um drohende Unrechtserfolge genügen, so dürfte ein diesbezüglicher intent tatsächlich eine notwendige Begleiterscheinung der Kenntnis des Unrechtssystems und des Förderungsvorsatzes darstellen. Verlangt man hingegen (was im Interesse einer Wertungsgleichheit von JCE I und II näher liegt), dass der Täter die Unrechtserfolge des Systems bei Leistung seines Beitrages zumindest umrisshaft individualisiert vor Augen haben muss, so bleiben vielfältige Fallgestaltungen denkbar, in denen die vorsätzliche Mitarbeit an einem Unrechtssystem nicht notwendig mit einem (hinreichenden) Wissen einhergehen muss. Die These von einem notwendigen immanenten Erfolgsvorsatz ist also je nach Verständnis des intent-Merkmals entweder unzutreffend oder zumindest mit einem Unsicherheitschaffenden Auslegungsproblem belastet.

Wieder andere Urteilspassagen der ad-hoc-Tribunale legen die Auffassung nahe, dass der intent hinsichtlich aller im regulären Systembetrieb geschehener Einzelerfolge vermutet werden könne, wenn der Förderungsbeitrag des Täters ein erhebliches Gewicht habe, oder der Täter in der Systemhierarchie eine wichtige Position einnehme.⁶⁹ Sollte mit dem zumindest missverständlichen Wortlaut dieser Entscheidungen tatsächlich eine Vermutung in malam partem und nicht etwa nur eine gewichtige Indiztatsache bezeichnet worden sein, so stünde dies freilich (selbst unter Zugrundelegung der Beweislastverteilung im adversatorischen Prozessrechtsmodell) in flagrantem Widerspruch zur Unschuldsvermutung und wäre schon deshalb abzulehnen.⁷⁰

Vor dem Hintergrund dieser Ungereimtheiten regte sich gegen alle genannten Ansätze in der Literatur,⁷¹ zum Teil jedoch auch bereits innerhalb der Spruchkörper des ICTY Widerstand. So stellte die Verhandlungskammer in Vasiljević klar, dass auch beim JCE II bewiesen werden müsse, dass der Beteiligte den gemeinsamen Vorsatz der Haupttäter zur

Verbrechensbegehung teile.⁷² Gleiches gilt für das erstinstanzliche Urteil in Krnojelac⁷³ und die eben angeführte abweichende Auffassung des Richters *Hunt* im Ojdanić-Beschluss.

Indem sich nunmehr auch die ECCC Pre-Trial Chamber dieser Sichtweise angeschlossen hat, ebnet es einen entscheidenden Unterschied zwischen JCE I und II ein. Vom o.g. Standpunkt der herrschenden Rechtsprechung aus betrachtet, wonach die objektiven Voraussetzungen aller Formen des JCE identisch seien, würde das JCE II sogar von einer eigenständigen Zurechnungs- bzw. Beteiligungsfigur zu einem Unterfall des JCE I degradiert. Damit hätte die ECCC Pre-Trial Chamber eingelöst, was die herrschende Linie innerhalb der ICTY-Rechtsprechung nur behauptete, nämlich dass das JCE II nur eine Variante des JCE I darstelle.

6. Eine weitere Kernaussage der Entscheidung liegt in der Feststellung, dass das JCE III im Zeitraum 1975-1979 einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage entbehrt habe.⁷⁴ Zutreffend stellt die Kammer insoweit fest, dass in den von der ICTY-Rechtsprechung herangezogenen Fällen Erich Heyer and six Others⁷⁵ und Jan Akkermann and Others⁷⁶ keine Urteilsbegründung überliefert sei, so dass eine mögliche Anwendung des JCE III hier nicht hinreichend sicher angenommen werden könne.⁷⁷ Richtig geht sie ferner davon aus, dass die von der ICTY Appeals Chamber einbezogene italienische Nachkriegsrechtsprechung keine völkerrechtlich relevante Staatenpraxis darstelle, da es insoweit an dem erforderlichen Völkerrechtsbezug gefehlt habe.⁷⁸ Ergänzend mag angefügt werden, dass selbst im Falle der Einschlägigkeit der genannten Staatenpraxis diese jedenfalls zu vereinzelt gewesen wä-

⁶⁹ ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Kvočka et al.), para. 278: „[I]ntent may be inferred from the circumstances, for example, from the accused’s authority in the camp or the hierarchical system.“ Ebenda, para. 284: „[T]he shared intent of an accused participating in a criminal enterprise may be inferred from knowledge of the criminal enterprise and continued participation, if the participation is significant in position or effect.“ ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203: „It is important to note that, in these cases, the requisite intent could also be inferred from the position of authority held by the camp personnel.“ Für das Verständnis dieser Stellen als Vermutung auch *Haan* (Fn. 66), S. 282 ff. mit dem weitergehenden Hinweis, dass sich die Vermutungswirkung auch auf deliktsspezifische subjektive Merkmale bzw. spezielle Schuldmerkmale erstrecke, wie z.B. das Handeln aus diskriminierenden Beweggründen.

⁷⁰ *Haan* (Fn. 66), S. 285 ff., 288, *Barthe* (Fn. 19), S. 215.

⁷¹ *Barthe* (Fn. 19), S. 212 f.; *Haan* (Fn. 66), S. 285 ff.

⁷² ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević), para. 64: „The first and second categories are basic forms of a joint criminal enterprise. Both require proof that the accused shared the intent of the principal offenders of the crime“; ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72, Separate Opinion of Judge David Hunt, paras. 7 f.

⁷³ ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T (Prosecutor v. Krnojelac), para. 78: „The Trial Chamber is in any event satisfied that both the first and the second categories discussed by the Tadić Appeals Chamber require proof that the accused shared the intent of the crime committed by the joint criminal enterprise.“

⁷⁴ Beschluss, para. 77. Ebenso *Barthe* (Fn. 19), S. 75; *Ambos*, Criminal Law Forum 2009, 353 (387). A.A. *Cassese*, Criminal Law Forum 2009, 289 (330).

⁷⁵ Sog. „Essen-Lynching-Fall“ – UNWCC Reports, Bd. 1, S. 88 ff.

⁷⁶ Sog. „Borkum-Insel-Fall“ – zit. *Levie*, Terrorism in War – The Law of War Crimes, 1993, S. 315; eingehend *Koessler*, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 47 (1956), 183.

⁷⁷ Beschluss, para. 79; ebenso *Barthe* (Fn. 19), S. 69, 71.

⁷⁸ Beschluss, para. 82: „These cases, in which domestic courts applied domestic law, do not amount to international case law [...]“ Ebenso *Barthe* (Fn. 19), S. 73.

re, um als Grundlage für Völkergewohnheitsrecht ernsthaft in Betracht zu kommen.

7. Schließlich verwirft die Kammer auch die Einführung des JCE III als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts. Dabei lehnt sie eine nähere Überprüfung der Frage, ob das JCE III in einer repräsentativen Anzahl nationaler Rechtsordnungen beheimatet ist, mit dem Hinweis ab, dass eine Mitbestrafung für vorhersehbare Exzesstaten anderer Tatbeteiligter in den Jahren 1975-79 den Beschuldigten jedenfalls nicht vorhersehbar gewesen sei.⁷⁹ Unausgesprochen nimmt sie damit eine Korrektur jenes Prüfprogrammes vor, das die ICTY-Appeals Chamber für die Anwendung täterbelastender Regeln entwickelt hat. Danach könne eine Norm nur dann gegen den Beschuldigten zur Anwendung gebracht werden, wenn sie (a) ausdrücklich oder implizit im Statut des befassten Gerichts vorgesehen sei, (b) bei Begehung der Tat völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt habe, (c) dem Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung hinreichend zugänglich gewesen sei, und (d) der Täter bei Begehung der Tat in der Lage war, seine Bestrafung für den Fall seiner Ergreifung vorherzusehen.⁸⁰ Das Erfordernis *gewohnheitsrechtlicher* Fundierung impliziert jedoch den Ausschluss allgemeiner Rechtsgrundsätze als mögliche Quelle völkerstrafrechtlicher Regeln und setzt sich insoweit in Widerspruch zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre und deren Bestätigung durch Art. 21 (1) (c) ICC-Statut. Umso begrüßenswerter erscheint es, dass die Kammer ihre prinzipielle Anerkennung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als völkerstrafrechtliche Rechtsquelle – wenngleich nur implizit – zum Ausdruck gebracht hat.

8. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Pre-Trial Chamber der ECCC durch die Anhebung der Anforderungen an den objektiven Tatbeitrag beim JCE I und II, die Verschärfung des Vorsatzerfordernisses beim JCE II und die versagte Anerkennung des JCE III einen unmissverständlichen Impuls zur Revision des JCE und seiner Erscheinungsformen geliefert hat. Zugleich hat es das JCE I und II der Mittäterschaftsregel des Art. 25 (3) (a) ICC-Statut angenähert und somit einen Beitrag zu einer etwaigen künftigen Assimilierung beider Beteiligungsformen geleistet. In jedem Fall hat der Beschluss das ungebrochene Bedürfnis zum Aufbau einer konsistenten völkerstrafrechtlichen Beteiligungslehre offengelegt. Der künftigen Rechtsprechung der ECCC zu diesem Problemfeld kann mit Spannung entgegengesehen werden.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Christian Berster, Köln

⁷⁹ Beschluss, para. 87.

⁸⁰ ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 21; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 17.1.2005 – IT-02-60-T (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), para. 695, Fn. 2145; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 31. 7. 2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić), para. 431.

B u c h r e z e n s i o n

Alan M. Dershowitz, America on Trial – Inside the legal battles that transformed our nation, Warner Books, New York 2004, 586 S., \$ 30,-

Im Jahre 2004 veröffentlichte der renommierte Strafrechtsprofessor und Strafverteidiger *Alan M. Dershowitz* einen hoch interessanten Streifzug durch über drei Jahrhunderte amerikanischer Rechtsgeschichte, der auch sechs Jahre nach seinem Erscheinen in den Vereinigten Staaten noch nichts von seiner Aktualität eingebüßt hat. Dabei spannt er einen Bogen von der Gründerzeit der Vereinigten Staaten bis zur Tagesaktualität des Jahres 2004 und unterlässt es nicht, in der Vergangenheit stets nach Aspekten zu suchen, die für die heutige Zeit von Bedeutung sind. In 14 Kapiteln vom „kolonialen Amerika“ bis zum „neuen Jahrtausend und der Zukunft“ werden – jeweils nach einer kurzen historischen Einordnung – pro Kapitel die (aus der subjektiven Sicht des Verf.) wichtigsten Prozesse der Epochen auf wenigen Seiten zusammengefasst und bewertet. Es liegt in der Natur der Sache, dass die den einzelnen Sachverhalten zugrunde liegenden rechtlichen Themen jeweils nur angerissen werden und eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einzelnen Fällen hier nicht stattfinden kann. Das 568 Seiten starke Werk ist gewissermaßen ein Appetizer mit der mal konkludenten, mal ausdrücklichen Aufforderung, sich mehr mit den einzelnen Fällen zu beschäftigen, von denen die meisten einzelne Bücher, manche aber sogar kleine Bibliotheken füllen dürften. Entstanden ist eine bunte Mischung aus Strafverfahren, politischen Prozessen, Zivilstreitigkeiten und Grundsatzentscheidungen des Verfassungsrechts.

Das Buch beginnt bei den berühmten Hexenprozessen in Salem 1692 und endet mit einem Ausblick auf zukünftige Prozesse gegen (islamistische) Terrorverdächtige. Und gerade in diesen beiden Kapiteln zeigt *Alan M. Dershowitz*, dass Amerika zwar in vielerlei Hinsicht eine lange und positive Entwicklung zum Rechtsstaat durchlaufen hat, aber stets die Gefahr besteht, dass das Rad der Geschichte wieder zurückgedreht werden könnte. Er äußert ausdrücklich seine Befürchtung, dass einige – von ihm namentlich benannte – Richter des aktuellen „Supreme Court“ hinsichtlich von Exzessen der Regierenden nicht anders handeln würde als deren Kollegen von vor über dreihundert Jahren, weil sie an unbegrenzte staatliche Macht und eingeschränkte Individualrechte glaubten (S. 40). Hier zeigt sich früh der Charakterzug des Professors, niemals ein Blatt vor den Mund zu nehmen und scharf und persönlich diejenigen seiner Zeitgenossen zu attackieren, deren Handlungen er für gefährlich hält. So wiederholt er auch seine Überzeugung, dass die Entscheidung des Obersten Gerichtshof in Sachen „Bush v. Gore“ eine „vollkommen korrupte und parteiische Entscheidung“ gewesen sei – eine der „schlimmsten rechtlichen Ereignisse in der US-Geschichte“ (S. 539) Es ist bei soviel starkem Tobak kein Wunder, dass *Alan M. Dershowitz* in Amerika ein höchst umstrittener Mann ist, den viele als anmaßend und besserwisserisch ansehen. (Dazu passt, dass er auch nicht davor zurückscheut, in dem Kapitel über einen der größten amerikani-

schen Sportskandale [The Shoeless Joe Jackson Case] Empfehlungen zu geben, wer in die „Baseball Hall of Fame“ aufgenommen und wer ausgeschlossen werden sollte. Aber als Fan dieses Sports von Kindesbeinen an hat er dazu wohl das gleiche Recht wie die Millionen Fußballfans hierzulande, die sich tagtäglich als Bundestrainer betätigen.)

Alan M. Dershowitz ist wahrlich kein im Hintergrund bleibender Chronist der Jahrhunderte, sondern ein Experte, der sich auch selbst gerne in den Vordergrund stellt, etwa wenn er frühere Schriften zitiert oder vermehrt eigene Fälle auswählt.¹ Es bleibt aber bei einem so fleißigen Autor nicht aus, dass er über einige der spektakulärsten Fälle der letzten dreißig Jahre bereits Bücher veröffentlicht hat: Es kann jedenfalls nicht ernsthaft bestritten werden, dass der Strafprozess gegen den Football-Star O. J. Simpson ebenso in diesen Band gehört² wie das Amtsenthebungsverfahren gegen Präsident Clinton³ oder die „Wahlentscheidung“ des Obersten Gerichtshof der USA in Sachen Bush vs. Gore⁴. Nur in einem Fall hat man das Gefühl, dass die Wahl des Themas persönliche Gründe einschließt, und zwar in dem Strafverfahren gegen Mike Tyson, in dem *Dershowitz* nach der Verurteilung des ehemaligen Box-Weltmeisters – ohne Erfolg – in der Rechtsmittelinstanz tätig war. Obwohl die Geschehnisse beim Erscheinen des Buches schon über zehn Jahre zurücklagen, zeigt sich in diesem Kapitel noch immer die Empörung des Juristen über die gerichtlichen Entscheidungen (S. 506), so dass er zu dem sehr persönlichen Schluss kommt, ihm sei „niemals ein so durch und durch korruptes Rechtssystem begegnet wie 1992 in Indiana und ein unfairerer Strafprozess als der gegen Mike Tyson.“ Es ist zu erwarten, dass jeder Strafverteidiger dieses Gefühl kennt, wenn ein Prozess, der nach den eigenen Maßstäben sicher gewonnen werden müsste, doch verloren geht. Insofern ist der professionelle Schmerz des Professors für jeden seiner Berufskollegen nachvollziehbar, auch wenn die wenigen Seiten für den Leser keinen ausgewogenen Blick auf den speziellen Fall zulassen. Allerdings führt auch berechtigte Empörung nicht dazu, dass ein solcher Prozess in eine Auswahl der wichtigsten Gerichtsverfahren in der US-Geschichte aufgenommen werden muss. Hier sind offensichtlich bei der Auswahl der Fälle die Emotionen mit *Alan M. Dershowitz* durchgegangen.

Das Buch beinhaltet aber auch so mehr interessante Fälle und noch immer drängende Probleme als hier darstellbar. Nicht selten kann der deutsche Leser Parallelen zu heimischen Prozessen der Vergangenheit ziehen. So ist der Umgang mit der eigenen Geschichte auch der USA äußerst schwer gefallen, wie z.B. die Aufarbeitung des My-Lai-Massakers eindrucksvoll verdeutlicht, wenn die lebenslängliche Verurteilung des angeklagten Offiziers zunächst auf zehn

¹ Dies zeigt auch, dass er ein Foto von sich und seinen Mitverteidigern mit O. J. Simpson im Mittelteil platziert.

² Vgl. *Alan M. Dershowitz*, Reasonable Doubt: The Criminal Justice System and the O. J. Simpson Case, 1997.

³ Vgl. *Alan M. Dershowitz*, Sexual McCarthyism – Clinton, Starr, and the Emerging Constitutional Crisis, 1998.

⁴ Vgl. *Alan M. Dershowitz*, Supreme Injustice – How the High Court Hijacked Election 2000, 2002.

Jahre reduziert wurde, um den Verurteilten dann nach nur drei Jahren Vollzug auf Bewährung zu entlassen (The Court-Martial of Lieutenant William L. Calley Jr.). Das Verhalten der sog. „Chicago Seven“ gegenüber dem Gericht erinnert stark an das Klima in den deutschen Verhandlungssälen der 1960er und 70er Jahre, wo dem Gericht von Seiten der Angeklagten keinerlei Respekt mehr entgegengebracht wurde (The Trial of the Chicago Seven); die verbissene öffentliche Diskussion in Deutschland um die Strafbarkeit eines Schwangerschaftsabbruches und § 218 StGB findet sich in den Vereinigten Staaten in einer noch heute umstrittenen Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1973 (Roe v. Wade); und die Ereignisse im Kindesmissbrauchsfall in Worms Anfang der 90er Jahre hatten in den Vereinigten Staaten zehn Jahre zuvor einen vergleichbaren Vorläufer (The McMartin Case). „America on Trial“ zeigt eine Rechtsgeschichte voller Niederlagen für den Rechtsstaat, herbeigeführt durch unfähige oder parteiische Richter, durch voreingenommene oder bestochene Geschworene oder durch einen Lynchmob. Rassismus (The Dred Scott Case; The Scottsboro Trials), Antisemitismus (The Trial of Leo Frank) und Korruption (The Haywood, McNamara, and Darrow Trials; The Remington Case) pflastern den Weg der Justizgeschichte der Vereinigten Staaten. Dennoch bescheinigte Dershowitz dem Rechtsstaat, durch die Niederlagen gelernt und sich in der Folge in die richtige Richtung entwickelt zu haben, auch wenn es noch immer viel Arbeit gibt.

Ein wichtiger Aspekt des Buches beleuchtet Strafverfahren, die politische Dimensionen haben. Damit ist am wenigsten der Umstand gemeint, dass Attentate auf US-Präsidenten eine herausragende Rolle in der US-Geschichte spielen und aus Sicht von Dershowitz zumindest fünf dieser Taten gerichtliche Nachspiele hatten, die es in die Liste der größten US-Prozesse schafften – angefangen bei Andrew Jackson 1835 (The Richard Lawrence Case) über Abraham Lincoln 1865 (The Trial of the Lincoln Assassins) und James A. Garfield 1881 (The Trial of the Assassin Guiteau) bis zu John F. Kennedy 1963 (The Trial of Jack Ruby) und Ronald Reagan 1981 (The Attempted Assassination of President Reagan by John Hinckley Jr.). Wichtiger sind die Entscheidungen der Justiz in politischen Krisenzeiten, die sich auch durch die amerikanische Geschichte ziehen, vom Bürgerkrieg über die Weltkriege bis zum „Krieg gegen den Terrorismus“. Dershowitz verdeutlicht, dass in diesen Zeiten der Rechtsstaat besonders gefährdet ist und Richter dazu tendieren, rechtsstaatliche Prinzipien hintanzustellen, um politisch gewünschte Ergebnisse zu erzielen. Dershowitz zieht in diesem Bereich immer wieder Parallelen zwischen vergangenen und aktuellen Problemfeldern und zeigt auf, dass sich die juristischen und gesellschaftlichen Verhältnisse in gewisser Hinsicht nicht geändert haben, wenn z.B. ein Gefangenenerlager im amerikanischen Bürgerkrieg (The Trial of Captain Henry Wirz) und das Militärgefängnis Guantanamo (The Case of the Terrorist Detainees – in Guantanamo, on the U.S. Mainland, and in Unknown Places Around the World) offensichtlich Parallelen aufweisen. Gerade aus diesem Grund beendet der Autor das Buch nicht mit einer optimistischen Note auf-

grund der von ihm so begriffenen „Magna Carta für Homosexuelle“ aus dem Jahre 2003 (The Texas Sodomy Trial and Appeal), sondern in Anbetracht der zukünftigen Terrorprozesse eher pessimistisch.

Alan M. Dershowitz kann seine Herkunft von der Universität nicht verleugnen und so spricht er auch in diesem Buch immer wieder Fragen der anwaltlichen Ethik an. Wie handelt ein Zeugenbeistand in einem Mordverfahren, der erkennt, dass sein Mandant der wahre Täter ist (The Trial of Leo Frank)? Ist es ethisch hinnehmbar, Geschworene zu bestechen, um die zeitgleiche Bestechung der Geschworene durch die Gegenseite zu kompensieren (The Great Labor Union Trials)? Im letzteren Fall legt die Beweislage nahe, dass sich der wohl berühmteste Strafverteidiger Amerikas des 20. Jahrhunderts Clarence Darrow einem solchen Vorgehen schuldig gemacht hat. Aufgrund dessen vertritt Dershowitz die Ansicht, dass Darrow nicht mehr als Vorbild für angehende Juristen erhalten kann, weil eine Geschworenenbestechung für einen Rechtsanwalt unter jedem Aspekt inakzeptabel sei (S. 217). Hier zeigt sich, dass Alan M. Dershowitz auch bei diesem Buch wieder versucht, seine Leser mit Problemen zu konfrontieren, die er auch Semester für Semester bei seiner Lehrtätigkeit an der Harvard University mit seinen Studenten behandelt. Er ist und bleibt in seinen populärwissenschaftlichen Büchern der Professor, der seine Leser zum Nachdenken anregen will.

Viele der angesprochenen Fälle sind aus anderen Medien bereits bekannt. Damit sind nicht nur die aktuellen Fälle gemeint, die man selbst im Fernsehen oder in der Zeitung verfolgen konnte. Verschiedenste Künstler fühlten sich von den geschichtlichen Ereignissen inspiriert und so entstanden berühmte Lieder („Lizzie Borden“ – The Trial of Lizzie Borden), Theaterstücke („Hexenjagd“ von Arthur Miller – The Salem Witchcraft Trials) oder Bücher („Gideon’s Trumpet“ von Anthony Lewis – The Case of Clarence Earl Gideon). Amerika beheimatet zudem die Hauptstadt des Kinos und Hollywood ist immer auf der Suche nach guten Stoffen. Und so ist es nicht verwunderlich, dass etliche der geschilderten Sachverhalte aus Filmklassikern bekannt sind. Clarence Darrow besitzt in Deutschland das äußere Erscheinungsbild von Spencer Tracy („Wer den Wind sät“ – The Scopes Trial) oder Orson Welles („Der Zwang zum Bösen“ – The Trial of Leopold and Loeb). Die Kriegsverbrecherprozesse von Nürnberg sind durch das oft wiederholte Drama „Das Urteil von Nürnberg“ gegenwärtig, in dem es allerdings ausschließlich um die Schuld der im Nationalsozialismus tätigen Juristen ging (The Nuremberg Trial). Diese nicht abschließende Reihe wird in Kürze durch den Film „The Conspirator“ von Robert Redford fortgeführt, in dem es um die juristische Aufarbeitung des Lincoln-Attentats gehen wird. Dershowitz sieht seine Aufgabe gerade bei diesen Fällen auch darin, manche (Vor-)Urteile zurechtzurücken, die durch die künstlerische Verarbeitung entstanden sind und mit dem eigentlichen Geschehen nur teilweise übereinstimmen. Er legt stets Wert darauf, zwischen dem Urteil des Gerichts und dem Urteil der Geschichte zu unterscheiden, welche nicht zwangsläufig miteinander übereinstimmen müssen. Aus der Perspektive

Dershowitz` gab es dabei ebenso offensichtliche Fehler zu lasten wie zugunsten von Angeklagten. Und selbstverständlich bleiben manche Fälle selbst nach Jahrzehnten oder Jahrhunderten noch immer ähnlich mysteriös wie zu der Zeit ihres Geschehens (The Boorn-Colvin Murder Mystery; The Lindbergh Kidnapping Trial).

Der Grund dafür, warum sich ein Autor zu Beginn des 21. Jahrhunderts überhaupt noch ein genaues Bild von den Gerichtsprozessen der amerikanischen Geschichte machen kann – und sich damit in vielen Fällen auch anmaßen kann, zu loben und zu kritisieren –, ist der Umstand, dass diese Prozesse genau protokolliert worden sind. Für den deutschen Leser ist vor allem die Tatsache beeindruckend, dass selbst bei Jahrhunderte alten Prozessen nicht nur die Zeugenaussagen wörtlich nachzulesen sind, sondern auch die Argumentationen in den „Opening Statements“ oder Plädoyers der Verfahrensbeteiligten. Es kann somit noch heute nachvollzogen werden, unter welchen Voraussetzungen das zumeist von einem Geschworenengericht gesprochene Urteil zustande gekommen ist. Es mutet vor diesem Hintergrund schon grotesk an, dass in Deutschland selbst heute im Zeitalter der weit fortgeschrittenen Technik nicht möglich sein soll, was in den Vereinigten Staaten schon eine uralte Tradition hat. Im Sinne der Transparenz und zur besseren Überprüfung des Urteils nicht nur für die Rechtsmittelgerichte, sondern auch für zukünftige Generationen macht ein ausführliches Hauptverhandlungsprotokoll den größten Sinn. Insofern wäre es endlich an der Zeit, nach dem Vorbild des amerikanischen Rechtssystems eine strafrechtliche Hauptverhandlung detailliert zu protokollieren. Nur aufgrund dieser Vorgehensweise war es etwa möglich, das Plädoyer gegen die Todesstrafe von Clarence Darrow in dem Strafverfahren gegen die Kindermörder Leopold und Loeb heute noch nachlesen zu können – was nach Meinung von Dershowitz „jeder angehende Jurist – jeder anständige Mensch“ (S. 256) getan haben sollte. Auch andere Plädoyers von Staatsanwälten und Verteidigern, die teilweise noch viel länger zurückliegen, werden wörtlich zitiert. „America on Trial“ macht deutlich, dass durch diese genaue Dokumentation ein späteres Umschreiben der Geschichte durch interessierte Kreise mittels eines genauen Überprüfens der Fakten frühzeitig verhindert werden kann. In Deutschland ist dies bis heute unmöglich. Vielleicht führt der Vergleich mit der amerikanischen Rechtsgeschichte auch dazu, dass uns einmal mehr bewusst wird, dass eine genau dokumentierte Hauptverhandlung einen Rechtsstaat stärkt und nicht schwächt. In Deutschland ist hinsichtlich wichtiger Prozesse aus der Vergangenheit ein vergleichbares fundiertes Buch allein schon wegen der fehlenden offiziellen Dokumentation leider nicht denkbar. Zwar gibt es ein äußerst lesenswertes Buch des legendären „Spiegel“-Gerichtsreporters Gerhard Mauz über die wichtigsten Prozesse der Bundesrepublik Deutschland, aber diese Zusammenstellung seiner Reportagen über die interessantesten Verfahren der letzten fünf Jahrzehnte umfasst insofern nur die Berichte eines Zeitzeugen.⁵

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

⁵ Gerhard Mauz, Die großen Prozesse der Bundesrepublik Deutschland, 2005.

Vorwort zur Sonderausgabe „Aus Wissenschaft und Praxis: Transnationale Beweiserlangung – Anmerkungen zum Grünbuch der EU-Kommission“

Von RiLG Prof. Dr. **Kai Ambos**, Göttingen

Die Idee zu der vorliegenden Sonderausgabe geht auf eine vom Niedersächsischen Justizministerium in der Niedersächsischen Landesvertretung in Brüssel am 26. Mai 2010 organisierte Diskussionsveranstaltung zum Grünbuch der Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ zurück. Von den dort gehaltenen Referaten veröffentlicht die ZIS den Eingangsvortrag von Herrn Justizminister *Busemann* sowie die Vorträge von Herrn Oberstaatsanwalt *Schierholt* und des *Unterzeichners*. Darüber hinaus konnten renommierte Kollegen/-innen aus England (*Spencer*), Frankreich (*Lelieur*), Italien (*Allegrezza*) und Spanien (*Bachmaier Winter*) für ergänzende Beiträge aus der Sicht ihrer jeweiligen Rechtsordnungen gewonnen werden.

Der allgemeine Tenor der Beiträge ist kritisch, vor allem auch der von Minister *Busemann*. Teils wird schon der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und seine Folge des freien Beweisverkehrs in Frage gestellt, teils werden einzelne Aspekte der bisherigen Instrumente und des Grünbuchs einer kritischen Würdigung unterzogen, wobei insbesondere auf die Unterschiedlichkeiten der nationalen Prozessrechte hingewiesen wird und die fehlenden Sicherungen eines fairen Verfahrens bemängelt werden.

Wir hoffen mit dieser Sonderausgabe einen zugleich wissenschaftlich fundierten und praktisch relevanten Beitrag zu der diffizilen Debatte um die transnationale Beweiserlangung innerhalb der EU leisten zu können. Wir danken dem Justizministerium für die spontane Bereitschaft zur Zusammenarbeit und allen Autoren für die pünktliche Abgabe ihrer Beiträge.

Kai Ambos, Göttingen, September 2010

Preface to the special issue „From Academia and Practice: Transnational Evidence-Gathering – Comments on the Green Paper of the EU Commission”

By **Kai Ambos**, Professor University Göttingen and Judge Provincial Court

The idea of this special issue goes back to a small conference organized by the Justice Ministry of Lower Saxony in Brussels on 26 May 2010 on the Commission's Green Paper on “Obtaining Evidence in Criminal Matters from One Member State to Another and Securing its Admissibility”. Of the papers presented ZIS is publishing here the opening speech of Mr. *Busemann*, Minister of Justice of Lower Saxony, and the presentations given by Prosecutor *Schierholt* and the *undersigned*. In addition we have invited respected colleagues from England (*Spencer*), France (*Lelieur*), Italy (*Allegrezza*) and Spain (*Bachmaier Winter*) to write comments from the perspective of their national legal orders.

The contributions adopt in general a critical approach, also the one by Minister *Busemann*. As a matter of principle, the concepts of mutual recognition and of the ensuing free movement of evidence are criticized. In addition, some specific aspects of the existing instruments and of the Green Paper are critically examined: in particular, the differences between national procedures and the insufficient safeguarding of fair trial guarantees are stressed.

We hope that this issue will make a contribution to the difficult ongoing debate on transnational evidence-gathering within the EU that is both academically solid and practically useful. We would like to thank the Ministry of Justice for its spontaneous willingness to cooperate, and our thanks are also due to all authors for submitting their contributions on time.

Kai Ambos, Göttingen, September 2010

Strafprozess ohne Grenzen?

Freie Verkehrsfähigkeit von Beweisen statt Garantien für das Strafverfahren?*

Von Justizminister **Bernd Busemann**, Hannover

Der am 7.10.1992 in Maastricht unterzeichnete Vertrag über die Europäische Union kann als die Geburtsstunde einer gemeinsamen Strafrechtspolitik betrachtet werden. Er brachte die Struktur der drei Säulen mit sich, deren dritter Pfeiler die Zusammenarbeit bei der Innen- und Rechtspolitik war. Seit dem Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997¹ verfolgt die Europäische Union das Ziel, ihren Bürgern einen gemeinsamen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu bieten.² Erreicht werden soll dieser primär durch die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Zuge einer kohärenten Strafrechtspolitik³ und die Implementierung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung justizieller Entscheidungen für die grenzüberschreitende Kooperation.

Rechtsakte zur Harmonisierung des materiellen Strafrechts hat es seither einige gegeben. Wir verfügen deshalb heute über einen gemeinsamen Kernbestand an Normen und Strafbarkeit.⁴

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaften und Gerichten wird auf der Grundlage des Maßnahmenprogramms des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen vom 15.1.2001⁵ schrittweise und nachhaltig auf das Anerkennungsprinzip umgestellt. Im Kern geht es hierbei bekanntlich um eine grundsätzliche Unterstützungspflicht bei stark eingeschränkten Verweigerungsmöglichkeiten und vereinfachten formalen Erfordernissen. Hinzu kommen der Verzicht auf die traditionelle Rechtshilfe kennzeichnende sachliche Überprüfung ausländischer Entschei-

dungen und der Wegfall ihrer Umwandlung in jenem Kernbereich des Strafrechts, den wir nicht zuletzt in Folge der Harmonisierungsbemühungen der Union als Gemeinsamkeit aller Mitgliedstaaten ansehen.⁶

Heute gibt es zehn strafrechtliche Rahmenbeschlüsse, denen die Mechanismen der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen zu Grunde liegen. Vier davon hat Deutschland bereits innerstaatlich umgesetzt,⁷ das Umsetzungsgesetz zu einem fünften⁸ befindet sich derzeit noch im Gesetzgebungsverfahren. Zu den von Deutschland noch nicht umgesetzten Rahmenbeschlüssen⁹ gehört auch der erste

⁶ Näher zu dem Maßnahmenprogramm, seiner Entwicklung und der Kritik an den Mechanismen der gegenseitigen Anerkennung *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 4. Aufl. 2006, Vor § 78 IRG Rn. 1 ff., sowie *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. 2008, Vor § 78 IRG Rn. 1 ff, jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁷ Im Einzelnen handelt es sich hierbei um den Rahmenbeschl. 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1; zu dessen innerstaatlichen Umsetzung vgl. das Europäische Haftbefehlsgesetz vom 20.7.2006, BGBl. I 2006, S. 1721), den Rahmenbeschl. 2003/577/JI des Rates v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (ABl. 2003 Nr. L 196, S. 45; innerstaatlich umgesetzt durch Gesetz v. 6.6.2008, BGBl. I 2008, S. 995) sowie den Rahmenbeschl. 2006/783/JI des Rates v. 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen (ABl. 2006 Nr. L 328, S. 59) und den Rahmenbeschl. 2008/675/JI des Rates v. 24.7.2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (ABl. 2008 Nr. L 220, S. 32), die gemeinsam durch das Gesetz v. 2.10.2009 (BGBl. I 2009, S. 3214) in das innerstaatliche deutsche Recht umgesetzt worden sind.

⁸ Rahmenbeschl. 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen RB-Geld (ABl. 2005 Nr. L 76, S. 16): Vgl. hierzu den Gesetzentwurf der Bundesregierung und die Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 17/1288 S. 1 ff.

⁹ Hierbei handelt es sich zunächst um die Rahmenbeschl. über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union v. 27.11.2008 (ABl. 2008 Nr. L 327, S. 27; Umsetzungsfrist: 5.12.2011), auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen

* Überarbeitete Fassung des Einführungsvortrags und der Schlussworte anlässlich einer von dem *Verf.* und der Bundesrechtsanwaltskammer in der Niedersächsischen Landesvertretung in Brüssel am 26.5.2010 gemeinsam veranstalteten Podiumsdiskussion zu dem Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.).

¹ Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (BGBl. II 1998, S. 386). Zu den damit verbundenen Veränderungen vgl. etwa *Gundel*, JuS 1999, 1171.

² Zur Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bis zum Reformvertrag von Lissabon vgl. statt vieler *Suhr*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. I-42 EUV Rn. 12 ff. sowie zur Geschichte der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit Art. 29 EUV Rn. 4 ff.

³ Vgl. hierzu etwa *Suhr*, ZEuS 2008, 45 (63 ff.).

⁴ Vgl. bspw. den Rahmenbeschl. über Angriffe auf Informationssysteme (ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67).

⁵ ABl. 2001 Nr. C 12, S. 10.

Rechtsakt, der sich mit transnationaler Beweisgewinnung befasst. Hierbei handelt es sich um den bis Anfang 2011 zu implementierenden Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung im Strafverfahren vom 18.12.2008.¹⁰

Am 1.12.2009 ist der Reformvertrag von Lissabon¹¹ in Kraft getreten. Geblieben ist es bei der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und der Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Beide haben als Grundlagen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ausdrückliche Erwähnung gefunden. Es ist aber auch zu einschneidenden Veränderungen gekommen. Aus dem bisherigen EG-Vertrag ist der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹² geworden. Auch für die strafrechtliche Zusammenarbeit gilt nunmehr das Mitentscheidungsverfahren von Parlament und Rat bei der Gesetzgebung. Primäre Handlungsform ist die bereits aus der früheren ersten Säule bekannte Richtlinie. Das Einstimmigkeitsprinzip ist im Grundsatz zugunsten des Mehrheitsprinzips aufgegeben worden.¹³ Die Drei-Säulen-Struktur ist einzeln definierten Politikbereichen gewichen. Die an dieser Stelle interessierende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit ist nunmehr in Titel V AEUV „Der Raum der Freiheit, der Sicher-

heit und des Rechts“ zu finden, dessen viertes Kapitel sich mit der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen befasst.

Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist Art. 82 AEUV. Dessen Absatz 2 erlaubt es, „Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird“. Es dürfen Maßnahmen ergriffen werden, um „die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen zu erleichtern.“ Dies geht wohl nicht wesentlich über die bisherigen Möglichkeiten hinaus.¹⁴

Absatz 3 hingegen lässt Mindestvorschriften unter anderem über „die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten“ und „die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren“ zu, wenn dies „zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile

und alternativen Sanktionen v. 27.11.2008 (ABl. 2008 Nr. L 337, S. 102; Umsetzungsfrist: 6.12.2011), auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Alternative zur Untersuchungshaft (ABl. 2009 Nr. L 294, S. 20; Umsetzungsfrist: 1.12.2012) sowie den Rahmenbeschl. v. 26.2.2009 zur Änderung der Rahmenbeschl. 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2006/783/JI, 2008/909/JI und 2008/947/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist (ABl. 2009 Nr. L 81, S. 24; Umsetzungsfrist: 28.3.2011).

¹⁰ Rahmenbeschl. über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung im Strafverfahren vom 18.12.2008 (ABl. 2008 Nr. L 350, S. 72; Umsetzungsfrist 19.1.2011). Deutschland hat hierzu bereits eine Erklärung abgegeben (Ratsdok. 6388/1/08 REV 1; COPEN 28).

¹¹ Die derzeit aktuellste vorläufige konsolidierte Fassung ist im ABl. 2010 Nr. C 83, S. 1 veröffentlicht. Zur Verfassungskonformität des Lissaboner Vertrags vgl. BVerfG NJW 2009, 2267.

¹² Derzeit aktuellste vorläufige konsolidierte Fassung ist veröffentlicht im ABl. 2010 Nr. C 83, S. 47.

¹³ Ab dem 1.1.2015 ist allerdings eine dreifach qualifizierte Mehrheit erforderlich: mindestens 55 % der Ratsmitglieder aus mindestens 15 Staaten, die mindestens 65 % der Unionsbevölkerung repräsentieren müssen. Zudem bedarf es teilweise auch weiterhin noch der Einstimmigkeit, wobei insbesondere auf Art. 83 Abs. 3 AEUV (Einbeziehung zusätzlicher Bereiche in die Kompetenz zur Festlegung von Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen) und Art. 86 Abs. 1 AEUV (Europäische Staatsanwaltschaft) hinzuweisen ist.

¹⁴ Bis zum Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags waren die Kompetenzen der Union zur Angleichung von Rechtsvorschriften ihrer Mitgliedstaaten lange Zeit umstritten. In der durch den Vertrag von Maastricht 1992 eingeführten Säulenstruktur verfügte die Gemeinschaft jedenfalls nach der vorherrschenden Meinung nicht über die Kompetenz zum Erlass von Strafnormen (siehe etwa BGHSt 25, 190 [193 f.]; 41, 127 [131 f.]; *Rosenau*, ZIS 2008, 9 [12 f.]; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 1 ff.; und die Literaturnachweise bei *Husemann*, wistra 2004, 447 [449 ff.] und *Böse*, GA 2006, 211 [dort Fn. 1]; zu dem besonders umstrittenen Kommissionsentwurf für einen Rahmenbeschl. des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU v. 28.4.2004 [KOM (2004) 328] vgl. *Vogel/Matt*, StV 2007, 206), wogegen auf Unionsebene, insbesondere von der Kommission, durchaus die Auffassung vertreten worden war, dass dies zumindest für einzelne Bereiche der Fall sei. Nachdem der Versuch der Kommission, die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit nach Art. 67 Abs. 2 EGV, Art. 42 EUV a.F. (sog. „Passerelle-Klausel“) in die erste Säule zu überführen, am Widerstand des Rates gescheitert war, hat der EuGH den Streit später weitgehend zu Gunsten des Gemeinschaftsgesetzgebers entschieden (EuGH, Urte. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03 = NStZ 2008, 702 und EuGH, Urte. v. 23.10.2007 – Rs. C-440/05 = NStZ 2008, 703, kritisch hierzu etwa *Kubiciel*, NStZ 2007, 136; *Böse*, GA 2006, 211; *Braum*, wistra 2006, 121). Zwar erkannte er an, dass das formelle und materielle Strafrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fiel. Gleichwohl billigte er dem Gemeinschaftsgesetzgeber das Recht zu, auch solche Maßnahmen zu ergreifen, die er zur Wahrung von Rechtsvorschriften für unerlässlich erachtete, die zum Schutz wesentlicher Ziele der Gemeinschaft erlassen worden waren, sofern die Mitgliedstaaten den Schutz nicht hinreichend zu gewährleisten vermochten. Allerdings sollte die Bestimmung von Art und Maß der festzulegenden Sanktionen den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben, was zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führte.

und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist“.

Damit ist erstmalig eine ausdrückliche Verknüpfung von gegenseitiger Anerkennung und Harmonisierung mitgliedstaatlicher Bestimmungen primärvertraglich anerkannt. Das ist gut so, denn Anerkennung setzt Vertrauen voraus, das nicht zuletzt durch gemeinsame Mindeststandards gefördert wird. Eine andere Frage ist jedoch, wie mit der Ermächtigung zur Harmonisierung des Strafverfahrensrechts der Mitgliedstaaten im Bereich der Erhebung, Verwendung und Verkehrsfähigkeit von Beweisen und den Rechten individueller Verfahrensbeteiligter umzugehen ist.

Bereits vor Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon war befürchtet worden, dass die Kommission die Gemeinschaftskompetenz unter dessen Herrschaft extensiv auslegen und eine Politik weit reichender Vereinheitlichung des formellen und materiellen nationalen Strafrechts verfolgen würde.¹⁵ War diese Gefahr bisher abstrakt, so beginnt sie sich nunmehr zu konkretisieren, denn am 11.11.2009, also noch mehr als zwei Wochen vor Inkrafttreten des Lissaboner Reformvertrags, hat die Europäische Kommission, gänzlich unbeeindruckt von der exakt gegenläufigen Forderung des Bundesverfassungsgerichts gerade nach einer restriktiven Verfahrensweise,¹⁶ ihr Grünbuch zur „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“¹⁷ vorgelegt.

Diesem Grünbuch liegt erkennbar die Annahme zu Grunde, die Strafverfolgung werde durch die unterschiedlichen Rechtssysteme der EU-Staaten behindert. Es herrsche kein Vertrauen in fremde Verfahrensordnungen und die Verlässlichkeit auf deren Grundlage erhobener Beweise. Die Vielzahl unterschiedlicher Kooperationsmechanismen, die teilweise auf dem traditionellen Rechtshilfesystem und teilweise auf dem Anerkennungsprinzip basierten, hemme die Zusammenarbeit und verunsichere den Rechtsanwender.

Zur Diskussion gestellt wird deshalb eine vollständige Umstellung des Austauschs von Beweismitteln auf das Anerkennungsprinzip. Das hierzu notwendige gegenseitige Vertrauen soll durch einheitliche Mindeststandards für die Erhebung, Verwertung und den grenzüberschreitenden Austausch von Beweisen geschaffen werden. Die derzeit noch in verschiedenen Rechtsinstrumenten enthaltenen Einzelregelungen für die transnationale Beweiserhebung in Strafsachen, darunter auch die so genannte Europäische Beweisverordnung,¹⁸ sollen durch einen einheitlichen Rechtsakt ersetzt werden.

¹⁵ Vgl. etwa Meyer, NStZ 2009, 657 (660 ff.); näher hierzu Fromm, StraFo 2008, 358; Böse, ZIS 2010, 76 (82, 85 ff.); Walter/Wübbenhorst, wistra 2009, 449 f.; Speemann, StraFo 2009, 499 jeweils m.w.N.

¹⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288 Rn. 358, 361-363).

¹⁷ KOM (2009) 624 endg.

¹⁸ Derzeit sind dies, abgesehen von der ersten Europäischen Beweisverordnung (Fn. 10) und der Sicherstellungsverordnung (Fn. 7) insbesondere das Europäische Rechtshilfeübereinkommen von 1959, sein Zusatzprotokoll von 1978 sowie das am 2.2.2006 für Deutschland in Kraft getretene EU-Rechts-

Auf diese Weise würden erstmalig Anerkennungsprinzip und Harmonisierung, die beiden zentralen Handlungsansätze der Strafrechtspolitik der EU,¹⁹ in einem Rechtsakt unmittelbar miteinander verbunden. Dieses Ansinnen hat eine Gruppe von sieben Staaten unter der Führung Belgiens auf den Plan gerufen, die eine Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen ergriffen haben.²⁰

Auch dieser Rechtsakt sieht eine über den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung hinausgehende einheitliche Umstellung der gesamten sogenannten „kleinen Rechtshilfe“ auf das Anerkennungsprinzip vor. Bewusst wird dabei allerdings gerade auf eine Harmonisierung des nationalen Beweiserhebungsrechts der EU-Staaten verzichtet. Vielmehr wird an dem bereits mit Art. 4 EU-RhÜbk eingeführten Prinzip des „forum regit actum“ festgehalten, wonach der vollstreckende Staat die Ermittlungsanordnung nach dem Recht des anordnenden Staates auszuführen hat, soweit keine Aufschiebungs- (Art. 14) oder Versagungsgründe (Art. 10) eingreifen und die angegebenen Form- und Verfahrensvorschriften nicht in Widerspruch zu wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen (Art. 8 Abs. 1 und 2 des Entwurfs).

Die Europäische Kommission aber will noch einen Schritt weiter gehen. Für das kommende Jahr hat sie bereits einen umfassenden Rechtsakt zur Beweiserhebung angekündigt, der dann voraussichtlich auch Maßnahmen zur Vereinheitlichung des nationalen Beweiserhebungsrechts enthalten wird.

Beide Vorstöße werfen eine Reihe vertieft zu prüfender Fragen auf: Brauchen wir tatsächlich ein unionsweit einheitliches Beweiserhebungsrecht oder stören wir damit die Kohärenz der unterschiedlichen nationalen Strafverfahrensordnungen? Geben wir leichtfertig die hohen deutschen Schutzstandards im Strafverfahren auf? Hindert die Existenz verschiedener Rechtsgrundlagen für grenzüberschreitende Ermittlungen tatsächlich die transnationale Beweiserhebung? Sollten wir nicht erst einmal die Erfahrungen mit der Europäischen Beweisverordnung abwarten, die Deutschland und andere EU-Staaten bisher noch nicht einmal umgesetzt haben? Verzichteten wir mit der Anerkennung fremder Beweise nicht gar auf gebotenen Rechtsschutz?

hilfeübereinkommen von 2000 (EU-RhÜbk) und seine Zusatzprotokoll von 2001, die inzwischen von fast allen EU-Staaten auch tatsächlich angewandt werden. Die wenigen Rechtshilfebestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens spielen daneben keine nennenswerte praktische Rolle mehr. Dasselbe gilt für das von Deutschland noch nicht ratifizierte Zweite Zusatzprotokoll zu dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, da es sich hierbei um eine abgeschwächte Version des EU-Rechtshilfeübereinkommens handelt, das nur noch in Bezug auf reine Europaratsstaaten von Interesse ist, zwischen EU-Staaten aber keinen Mehrwert bringt.

¹⁹ Siehe jetzt Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV.

²⁰ Ratsdok. 9145/10 (interinstitutionelles Dossier 2010/0817 [COD])

Unbestreitbar würde die Praxis von einer Vereinheitlichung des Beweiserhebungs- und -verwertungsrechts profitieren. Das Nebeneinander von traditioneller Rechtshilfe und Anerkennungsmechanismen in der sogenannten Kleinen Rechtshilfe behindert den Praktiker fraglos.²¹ Insoweit enthält der Entwurf für eine „Europäische Ermittlungsanordnung“ durchaus einen richtigen Gedanken. Den Initiatoren ist außerdem Sensibilität für die unterschiedlichen Beweisarten und Ermittlungsmethoden zu konzedieren, die differenzierte Ausgestaltung gefunden haben.²² Vor diesem Hintergrund würde man es wohl auch hinnehmen können, dass es in Europa bislang kaum praktische Erfahrungen mit der Gewinnung und Verwertung von Beweisen nach Anerkennungsmechanismen zu geben scheint.²³ Auf der anderen Seite ist aber gerade das Beweisrecht ein besonders neuralgischer Punkt im Strafverfahren. Dort treffen das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung und die Schutzansprüche der beschuldigten Person aufeinander, zwischen denen jede Verfahrensordnung ein Gleichgewicht herzustellen hat.

Gegenseitige Anerkennung führt zu einer freien Verkehrsfähigkeit von Beweismitteln innerhalb der Europäischen Union. Der Preis hierfür ist ein weitgehender Verzicht auf Prüfungs- und Verweigerungsrechte durch den ersuchten Mitgliedstaat. Dies bedeutet notwendigerweise auch eine Schwächung des Rechtsschutzes der beschuldigten Person. Dafür bedarf es eines wirksamen Ausgleichs, der nicht nur in einem naturgemäß abstrakt zu haltenden Katalog von Mindestverfahrensrechten bestehen kann. Vielmehr ist ein Beweisrecht erforderlich, das eine Balance zwischen legitimen Verfolgungsinteressen und individuellen Schutzbedürfnissen herstellt.

Die Verfahrensordnungen der Mitgliedstaaten lösen die Interessenkollision in verschiedenen Verfahrensstadien und auf sehr unterschiedliche Weise, aber jede für sich schlüssig. Diese Kohärenz würde nachhaltig gestört und die Position der beschuldigten Person geschwächt, wollte man lediglich das traditionelle Rechtshilfesystem durch einen freien Austausch von Beweisen ersetzen, worauf auch die neue Mehrstaateninitiative letztendlich hinausläuft.²⁴ Damit würde zugleich auch dem Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des Strafprozessrechts anderer Staaten, das die gegenseitige Anerkennung ja gerade voraussetzt, die Grundlage entzogen, denn über einheitliche Mindestschutzstandards im Strafverfahren verfügen die EU-Staaten gerade nicht.²⁵

Gegenseitige Anerkennung ohne einen konkreten Ausgleich für den Verlust an Rechtsschutz darf aber nicht sein. Dieses Problem kann nur auf Unionsebene gelöst werden. Ohne weitreichende Harmonisierung und verbindliche Mindeststandards kann es kein rechtsstaatlichen Maßstäben genügendes Beweisrecht geben.²⁶

Mit Mindestvorschriften, die den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Rechtsakte zur polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit ausreichende Spielräume belassen müssen, erscheint dies kaum erreichbar. So erfordert insbesondere die Erhebung noch nicht vorhandener oder ohne weitere Analysen nicht nutzbarer Beweise, wie sie in dem Grünbuch ausdrücklich angesprochen werden, eingehende Vorschriften. Zu regeln sind insbesondere Eingriffsvoraussetzungen und Erhebungsschwellen, Erlangung, Auswertung, Aufbewahrung, Verwendung im Verfahren und darüber hinaus, Rechtsschutz und Datenschutz. Hierzu müsste tief in die Struktur der Hauptverhandlung eingegriffen werden, denn mit dieser steht das Beweisrecht in einem unauflösbaren sachlichen Zusammenhang. Derart weit reichende Maßnahmen sind keine Mindestvorschriften mehr. Allein dazu ermächtigt Art. 82 Abs. 2 AEUV aber. Alles andere wäre ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip.²⁷

Keine Alternative wäre ein Verfahren nach Meistbegünstigungsgrundsätzen, also die Berücksichtigung der Beweiserhebungs- und -verwertungsschranken beider beteiligter Rechtsordnungen. Auch dadurch würde die Kohärenz jeder einzelnen nationalen Verfahrensordnung außer Kraft gesetzt, nur unter umgekehrten Vorzeichen. Die Folge wäre ein Verfahren mit maximalen Eingriffshindernissen.²⁸

Denken ließe sich daher am ehesten noch an eine Beweiserhebung nach dem Grundsatz *forum regit actum*, also der Anwendung des Rechts des verfahrensführenden Staates durch den Staat auf dessen Hoheitsgebiet die Ermittlungshandlung ausgeführt werden soll, verbunden mit dem Vorbehalt einer Vereinbarkeit der Beweiserhebung mit wesentlichen Prinzipien der Verfassung und der Verfahrensordnung des ausführenden Staates. Dies ist ein vorstellbares Modell, das nicht nur die neue Initiative beinhaltet, sondern sich mit Art. 4 EU-RhÜbk bereits im geltenden Recht findet.²⁹

Eine ernsthafte Alternative kann gerade deshalb aber auch eine Effektivierung des bestehenden Rechtshilfesystems sein, das zwischen den EU-Staaten nicht zuletzt durch das Rechts-

²¹ Dies räumt auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme gegenüber der Europäischen Kommission v. 26.2.2010 zu dem Grünbuch ein.

²² Vgl. Kapitel IV „Spezifische Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen“. Für differenzierte Regelungen sprechen sich auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94) aus.

²³ Auch insoweit kritisch allerdings der Bundesrat in seinem Beschl. v. 12.2.2010 zu dem Grünbuch (BR-DRs. 906/09, Nr. 3 und 4) und die Stellungnahme der Bundesregierung.

²⁴ Ähnlich *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92.

²⁵ Hierauf weisen auch der Bundesrat (BR-Drs. 906/09, Nr. 6) und die Bundesregierung nachdrücklich hin. Insgesamt

auch sehr kritisch *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* in ihrem Gutachten „EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters –Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?“.

²⁶ *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (92 f., 96); BR-Drs. 906/09, Nr. 6. In dieselbe Richtung geht die Kritik der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK-Stellungnahme Nr. 2/2010, II. 2.); s.a. *Ambos*, ZIS 2010, 557 (564 bei 10.).

²⁷ BR-Drs. 906/09, Nr. 5 und 6; *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (98 f.).

²⁸ In diesem Sinne auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94).

²⁹ Hierfür sprechen sich auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (96) aus.

hilfeübereinkommen aus dem Jahr 2000 einen hohen Standard aufweist. Das vorhandene Vertragsgeflecht mit Leben zu erfüllen, eröffnet weit reichende Möglichkeiten, wozu es nur ein wenig mehr guten Willens in den Nationalstaaten bedarf.³⁰ Natürlich gehört dazu auch eine Ratifikation des EU-Rechtshilfeübereinkommens durch die letzten drei noch ausstehenden Staaten.³¹

Diese Varianten müssen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Es ist davor zu warnen, sich einseitig auf die Harmonisierung der nationalen Verfahrensordnungen festzulegen. Denn mit Mindestvorschriften wird eine Kompensation wegfallender oder leerlaufenden Schutzrechte nur schwer zu erreichen sein und für eine Vollregelung fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Einer Implementierung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidung ohne einen solchen Ausgleich ist von vornherein eine eindeutige Absage zu erteilen. Es bietet sich vielmehr an, erst einmal eine vergleichende Analyse der nationalen Verfahrensordnungen zu erstellen, darauf basierend gemeinsame Prinzipien zu formulieren und erst dann einen neuen Rechtsakt zu formulieren. Hast ist nicht geboten, denn erst einmal tragen die bestehenden Übereinkommen die strafrechtliche Kooperation, auch wenn sie verbesserungsbedürftig sein mögen.

Dies zu erreichen sind die Regierungen der Nationalstaaten ebenso wie Forschung und Lehre aufgerufen. Auf den Gerichtshof der Europäischen Union, wie der frühere Europäische Gerichtshof (EuGH) nunmehr heißt, wird man realistischer Weise kaum setzen können. Eher steht zu erwarten, dass er freihändig eine eigene „europäische Dogmatik“ für den harmonisierten Teil des Strafrechts entwickeln wird. Dafür spricht nicht nur seine Rechtsprechung zu den Rechtsetzungsbefugnissen der Union im Bereich der früheren dritten Säule.³² Weitere markante Beispiele sind seine Entscheidungen zum teileuropäischen *ne bis in idem*³³ und zur Bin-

dungswirkung innerstaatlich noch nicht umgesetzter Rahmenbeschlüsse.³⁴

³⁰ In diesem Sinne auch Bundesrat (BR-Drs. 906/09, Nr. 4) und BRAK (BRAK-Stellungnahme Nr. 2/2010, II.4., II.5.).

³¹ Griechenland, Italien und Irland.

³² Vgl. die Nachweise in Fn. 14.

³³ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (van Esbroeck) = StV 2006, 393 = EuGRZ 2002, 556 = NStZ 2008, 162 m. Anm. Radtke; EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04 (Gasparini u.a.) = NJW 2006, 3403 = NStZ 2007, 407 = EuGRZ 2006, 576; EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05 (van Straaten) = StV 2007, 58 = EuGRZ 2006, 572 = NJW 2006, 3406 = NStZ 2007, 410; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-288/05 – (Kretzinger) = NJW 2007, 3412 = NJW 2008, 166; zum Verfahrensfortgang: BGH StV 2008, 506 = wistra 2008, 470 m. Anm. Kische, wistra 2009, 162; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-367/05 (Kraaijenbrink) = NJW 2007, 3416 = NStZ 2008, 164; EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge) = StV 2003, 201 = NJW 2003, 1172 = NStZ 2003, 332 = wistra 2003, 137, m. Anm. Mansdörfer, StV 2003, 313; Streinz, JuS 2003, 1211; Thym, NStZ 2003, 334; zum Schlussantrag des Generalanwalts v. 19.9.2002 siehe EuGRZ 2002, 556; EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-469/03 (Miraglia) = NJW 2005, 1337; EuGH, Urt. v. 11.12.2008 – C-297/07 (Bourquain) = NJW 2009, 3149 = EuGRZ

2009, 35 = NStZ 2009, 454 = StraFo 2009, 16 sowie EuGH, Urt. v. 22.12.2008 – C-491/07 (Turanský) = NStZ-RR 2009, 109 = EuGRZ 2009, 38 = StV 2009, 169.

³⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino): Auslegung des innerstaatlichen Rechts im Lichte des Rahmenbeschlusses bis zur Grenze ausdrücklich entgegenstehenden Rechts; kritisch hierzu Rackow, ZIS 2008, 526 (529 ff.); Ambos (Fn. 14), § 12 Rn. 4a; siehe auch Hauck, JR 2009, 141 (143 f.).

Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen*

Die vom Grünbuch vorgeschlagene Ersetzung der traditionellen Rechtshilfe durch eine transnationale Beweiserlangung auf der Grundlage des Prinzips gegenseitiger Anerkennung beruht auf zwei unbewiesenen Prämissen: Zum einen wird behauptet, dass die traditionelle Rechtshilfe schwerfällig und ineffizient sei; zum anderen wird das für die Anwendung gegenseitiger Anerkennung notwendige Vertrauen fingiert und dieser eine Leistungsfähigkeit attestiert, die durch die bisherigen Erfahrungen mit dem Europäischen Haftbefehl nicht gestützt wird und überdies verkennt, dass diese nicht ohne weiteres auf die anders strukturierte Beweisrechtshilfe übertragen werden können. Die Besonderheit der Beweisrechtshilfe liegt darin, dass jede Beweiserhebung mit dem Verfahrensrecht der Erhebungsordnung untrennbar verbunden ist und dass sie ein mehrstufiges Verfahren durchläuft. Die Struktur- und die Detailunterschiede europäischer Verfahrensordnungen betreffen damit auch die Beweisrechtshilfe. Gegenseitige Anerkennung verspricht nach alledem nur dann einen Effizienzgewinn, wenn doppelte – strafverfahrens- und beweisrechtliche – gemeineuropäische Mindeststandards geschaffen werden; solange dies nicht der Fall ist, sollte die Beweisrechtshilfe im Rahmen der – allerdings zu verbessern – traditionellen Rechtshilfe durchgeführt werden.

I. Gegenseitige Anerkennung versus traditionelle Rechtshilfe

1. Der im Grünbuch¹ vorgeschlagene Übergang von einem System gegenseitiger Rechtshilfe zu einem System gegenseitiger Anerkennung bedeutet, eine *Bitte*, im Rechtshilferecht vornehm „Ersuchen“ genannt, durch einen *Befehl* („Anordnung“) zu ersetzen.² In der *traditionellen Rechtshilfe* fragt ein (*ersuchender*) Staat einen anderen (*ersuchten*) Staat voller Respekt vor dessen Souveränität, ob er ihm in einem laufenden Verfahren helfen könne; sei es durch Auslieferung des Tatverdächtigen (große Rechtshilfe) oder durch die Beschaffung bzw. Erlangung bestimmter Beweise (kleine Rechtshilfe).

* Ich danke meiner studentischen Mitarbeiterin Annika Maalen Poschadel für ihre Unterstützung.

¹ KOM (2009) 624 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010).

² Spencer, Provisional reactions Green Paper, 2010, S. 1 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010); s.a. ders., ZIS 2010, 602; Vermeulen/De Bondt/Van Damme, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, 2010, S. 13, 19, 33, 68, 102: „shift from merely requesting to a regime in which orders are issued“, „executing it as if it was their own decision“ (Hervorhebung im Original; abrufbar unter http://www.ecba.org/extdocserv/projects/EEW/JLS_Evidence_finalreport_review.pdf, Recherche v. 16.9.2010).

fe).³ Im für eine effiziente transnationale Strafverfolgung günstigsten Fall besteht ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den betreffenden Staaten, aus dem dem ersuchenden Staat ein grundsätzlicher Rechtshilfeanspruch erwächst. So „verpflichten“ sich die Europaratsstaaten im „Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen“ v. 20.4.1959 (EuRhÜbk)⁴ „soweit wie möglich“ Rechtshilfe zu leisten (Art. 1). Nach dem EU-Rechtshilfeübereinkommen vom 29.5.2000 (EU-RhÜbk)⁵ erledigt der ersuchte Mitgliedstaat das Rechtshilfeersuchen „so rasch wie möglich“ (Art. 4 Abs. 2). In jedem Fall bleibt der ersuchende Staat in der Rolle des Bittstellers, er „ersucht“ um Rechtshilfe. In einem System gegenseitiger Anerkennung liegen die Dinge ganz anders: Dort *ordnet* der ersuchende Staat *an*, er heißt deshalb auch nicht mehr „ersuchender“ Staat sondern „Anordnungsstaat“. Für die Beweisrechtshilfe ist der Grundsatz nun in Art. 82 Abs. 2 a) AEUV mit Blick auf „die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten“ anerkannt. Schon vorher wurden zwei Rahmenbeschlüsse, nämlich zur Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln („Rahmenbeschluss Sicherstellung“)⁶ und zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten („Rahmenbeschluss Europäische Beweisanordnung“, „EBA“)⁷, verabschiedet. Beide Rahmenbeschlüsse haben nur eine eingeschränkte praktische Bedeutung, nicht zuletzt wegen der

³ Zur Unterscheidung zwischen großer und kleiner Rechtshilfe s. Vogel, in: Grütznert/Kreß/Pötz (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 15. Lfg., Stand: April 2010, Vor § 1 IRG Rn. 2.

⁴ Europäisches Übereinkommen vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (abrufbar unter <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=13/12/2005&CL=GER>, Recherche v. 16.9.2010), BGBl. II 1964, S. 1369, 1386; BGBl. II 1976, S. 1799; BGBl. I 1982, S. 2071.

⁵ Rechtsakt des Rates der EU v. 29.5.2000 über die Erstellung des Übereinkommens – gemäß Art. 34 des Vertrags über die Europäische Union – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2000/C 197/01), Abl. 2000 C Nr. 197, S. 1 (im Folgenden EU-RhÜbk). Dazu Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 21 mit Fn. 16 f. m.w.N.; Hackner/Schomburg/Lagodny/Wolf, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2003, S. 153.

⁶ Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU, Abl. 2003 L Nr. 196, S. 45.

⁷ Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, Abl. 2007 L Nr. 350, S. 72.

parallel anwendbaren Vorschriften der traditionellen Rechts-
hilfe.⁸ Nach dem Rahmenbeschluss Sicherstellung soll eine in
einem Mitgliedstaat, dem „*Entscheidungsstaat*“, erlassene
„Sicherstellungsentscheidung“ von einem anderen Mitglied-
staat, dem „*Vollstreckungsstaat*“, anerkannt und vollstreckt
werden (Art. 1 u. 2 Rahmenbeschluss Sicherstellung). Bei der
EBA handelt es sich um eine „justizielle Entscheidung“ eines
Mitgliedstaates, dem „Anordnungsstaat“, die von einem an-
deren Mitgliedstaat, dem „Vollstreckungsstaat“, zu „vollstrec-
ken“ ist (Art. 1 u. 2 Rahmenbeschluss EBA). Die zuständi-
gen „Vollstreckungsbehörden“ erkennen die Sicherstellungs-
entscheidung bzw. EBA ohne jede weitere Formalität an und
treffen unverzüglich alle erforderlichen Maßnahmen zu deren
Vollstreckung (Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Sicherstel-
lung, Art. 11 Rahmenbeschluss EBA). Wenn man das
zugrundeliegende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit
dem Grünbuch und dem Vorschlag einer Europäischen Er-
mittlungsanordnung („EEA“)⁹ über die vom Rahmenbe-
schluss erfassten (schon vorhandenen) Beweise hinaus auf
sog. *Echtzeit-Informationen*,¹⁰ etwa Zeugenvernehmungen,
Telefonüberwachungen etc., erweitern würde, hätte das ein
*unionsweites, transnationales Beweisbeschaffungssystem mit
nationaler Durchgriffswirkung* zur Folge. Beispielhaft: Die
von einem Mitgliedstaat, dem (ersuchenden) Anordnungs-

⁸ Der Rahmenbeschluss Sicherstellung betrifft zunächst nur
die Sicherstellungsentscheidung, die von einem Mitgliedstaat
erlassen und von einem anderen anerkannt wird (Art. 1, 5
Abs. 1; zur Übermittlung der Sicherstellungsentscheidung s.
Art. 4, 9). Der Transfer des sichergestellten Gegenstands vom
(ersuchten) Vollstreckungs- in den (ersuchenden) Entschei-
dungsstaat setzt ein entsprechendes Ersuchen dieses voraus
(Art. 10) und erfolgt insoweit nach traditionellen Rechtshilfe-
regeln (vgl. *Belgien/Bulgarien/Estland/Spanien/Luxemburg
/Österreich/Slowenien/Schweden*, Initiative für eine Richtli-
nie des Europäischen Parlaments und des Rates über die
Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen v. 29.4.
2010, Ratsdok. 9145/10, S. 3: „Dies führt zu einem zweistui-
figen Verfahren, das der Effizienz des Instruments abträglich
ist. Außerdem bestehen neben dieser Regelung noch die
traditionellen Instrumente der Zusammenarbeit, so dass die
zuständigen Behörden die Regelung in der Praxis nur selten
verwenden.“). Der Rahmenbeschluss EBA ist a limine auf
schon existierende Beweismittel beschränkt und macht schon
deshalb die traditionelle Beweisrechtshilfe nicht überflüssig
(Ratsdok. 9145/10, S. 3; *Zeder*, ÖJZ 2009, 992 [994 f., 997]).
⁹ Vgl. Fn. 8. Der Vorschlag stößt auf weitgehende Unterstü-
tzung der Kommission; auch das Vereinigte Königreich hat
sich inzwischen dem Vorschlag angeschlossen (vgl. Presse-
erklärung Kommission vom 24.8.2010, IP/10/1067, abrufbar
unter

[http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/
10/1067&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLangu-
age=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1067&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLangu-
age=en), Recherche v. 16.9.2010. Die Analyse der Kommissi-
on ist abrufbar unter
http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/comment_2010_08_24_de.pdf,
Recherche v. 16.9.2010.

¹⁰ Grünbuch (Fn. 1), S. 5.

staat, angeordnete Zeugenvernehmung wird von einem ande-
ren, dem (ersuchten) Vollstreckungsstaat, durchgeführt, dem
Anordnungsstaat übermittelt und dort strafverfahrensrechtlich
verwertet. Krasser noch: Die vom Anordnungsstaat angeord-
nete Telefonüberwachung im Schlafzimmer des Tatverdäch-
tigen wird im Vollstreckungsstaat durchgeführt und das Ab-
hörprotokoll im Anordnungsstaat verwertet. Auf den ersten
Blick überzeugt ein solches System transnationaler Beweiser-
langung und -verwertung vor allem aus praktischer Sicht,
weil es die grenzüberschreitende Strafverfolgung dadurch
erleichtern würde, dass es das geltende fragmentarische Sys-
tem durch ein einziges Instrument ersetzen würde.¹¹ Ist es
aber überhaupt in dieser Reinform durchführbar? Ist es not-
wendig? Und nicht zuletzt: ist es rechtsstaatlich akzeptabel?

2. Das Hauptargument für den Übergang von traditionel-
ler Rechtshilfe zur gegenseitigen Anerkennung ist eines der
Effizienz. Es lautet: Die traditionelle Rechtshilfe sei „lang-
wierig und ineffizient“¹² und müsse deshalb durch die exeku-
tivistische gegenseitige Anerkennung ersetzt werden. Das sind
eigentlich zwei Argumente. Das erste wird von der Kommissi-
on nur behauptet, aber nicht belegt; es wird von vielen
bestritten. So sind nach Ansicht der Bundesregierung die
traditionellen Instrumente „keineswegs unzulänglich“, es
fehle allenfalls an einer „effizienten Handhabung“ bzw. „an
einer hinreichenden praktischen Erfahrung“, was durch „Er-
fahrungsgewinn behoben werden“ könne.¹³ Ähnlich äußern
sich Bundesrat,¹⁴ BRAK¹⁵ und ihr europäisches Pendant, die
European Criminal Bar Association (ECBA).¹⁶ Die BRAK

¹¹ Insoweit ist die Mehrheit der Mitgliedstaaten auch dafür,
vgl. Summary of the Replies to the Green Paper (abrufbar
unter
http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm,
Recherche v. 16.9.2010), S. 1; UK-
Stellungnahme (abrufbar unter a.a.O., Punkt 1); Note from
the French authorities (abrufbar unter a.a.O., Punkt 1). Vgl.
auch Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), S. 4. Auch
die Kommission sieht darin den „zusätzlichen Nutzen“ des
Vorschlags (o. Fn. 9). Kritisch zur chaotischen und fragmen-
tarischen geltenden Rechtslage auch *Vernimmen-Van Tigge-
len/Surano*, Analysis of the future of mutual recognition in
criminal matters in the EU, Final Report v. 20.11.2008, S. 17,
32 (abrufbar unter
http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm,
Recherche v. 16.9.2010); *Vermeulen/De
Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 31 f. („overcomplexity“).

¹² Grünbuch (Fn. 1), S. 5.

¹³ Antworten Deutschland v. 26.2.2010, S. 2 (abrufbar unter
http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm;
existierende Rechtsinstrumente „kei-
neswegs unzulänglich“, Recherche v. 14.6.2010); ähnlich
abwartend auch Poland's reply (abrufbar unter ebda., S. 1).

¹⁴ BR-Drs. 906/09, S. 3.

¹⁵ BRAK (Stellungnahme Grünbuch v. 1.2010, S. 3, 11, ab-
rufbar unter
http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm,
Recherche v. 16.9.2010).

¹⁶ ECBA Statement (abrufbar unter

fordert die Kommission weiter auf, „belastbare empirische Studien über angeblich oder wirkliche Mängel vorzulegen und kritisch zu würdigen.“¹⁷ Sollte Mängel tatsächlich nachgewiesen werden, könnten sie durch fokussierte Einzelmaßnahmen und punktuelle Verbesserungen („step-by-step-approach“) behoben werden.¹⁸ Kurz gesagt: Besser kleinere Reparaturen als eine „heroic surgery“.¹⁹ Das zweite Argument bringt eine große Hoffnung in die Leistungsfähigkeit gegenseitiger Anerkennung zum Ausdruck. Deren Erfüllbarkeit kann gegenwärtig aber kaum sicher prognostiziert werden. Denn belastbare Erfahrungen mit der gegenseitigen Anerkennung²⁰ existieren bisher nur mit dem Europäischen Haftbefehl (EuHb),²¹ aber eben nicht in der sonstigen Beweisrechtshilfe. Deshalb kann man der Bundesregierung nur zustimmen, wenn sie fordert, zunächst die Erfahrungen mit dem Rahmenbeschluss EBA abzuwarten und erst dann über seine Erweiterung auf weitere Beweismittel nachzudenken.²² Die BRAK fordert sogar eine vorläufige Aussetzung der Umsetzung des Rahmenbeschlusses.²³

II. Gegenseitige Anerkennung und Beweisrechtshilfe

3. Wenn man sich auf dieser Grundlage einige vorläufige Gedanken zur Übertragbarkeit des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung auf die Beweisrechtshilfe macht, so stellt sich zunächst die schon andernorts²⁴ diskutierte Frage, ob dieser aus dem freien Warenverkehr stammende Grundsatz über-

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010, hier Punkte II., III. 4. [praktisch wörtliche Übernahme der BRAK-Stellungnahme].

¹⁷ BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 11); vgl. auch Summary (Fn. 11), S. 1.

¹⁸ BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 4, 11).

¹⁹ Spencer (Fn. 2), S. 3.

²⁰ Instruktiver, tabellarischer Überblick über die bestehenden Instrumente bei Zeder, ÖJZ 2009, 992 (1001).

²¹ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. 2002 L Nr. 190, S. 1; dazu eingehend Ambos (Fn. 5), § 12 Rn. 56 ff.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 10 Rn. 26 ff. Zu den „mutual evaluations on the practical application“ des EuHB s. eucrim 2009, 18, 77 f., 143 m.w.N.; 2010, 54 f.

²² Antworten Deutschland (Fn. 13), S. 2; ähnlich BT-Drs. 17/660 v. 9.2.2010, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, S. 3; Stellungnahme MdB Montag v. 22.1.2010, S. 2 (abrufbar unter

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010). Auch die Kommission ist hinsichtlich des Rb Sicherstellung der Ansicht, da es noch „verfrüht sei, „die praktische Anwendung“ zu beurteilen (Analyse, Fn. 9, S. 3 re. Sp.).

²³ BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 9); ähnlich Zeder, ÖJZ 2009, 992 (1000): Aussetzung oder Verlängerung der Umsetzungsfrist.

²⁴ Vgl. Ambos (Fn. 5), § 12 Rn. 57a m.w.N.; krit. auch Satzger (Fn. 21), § 10 Rn. 25.

haupt ohne Weiteres auf die Rechtshilfe in Strafsachen übertragen werden kann. Geht es beim Warenverkehr um die Erweiterung von (wirtschaftlicher) Freiheit durch umfassende Zulassung von Produkten, dient der Grundsatz in dem uns interessierenden Bereich vorrangig der Beschränkung von (politischer) Freiheit durch die transnationale Geltung von Zwangsmaßnahmen,²⁵ paradigmatisch demonstriert durch den EuHb als die bisher einzige Maßnahme gegenseitiger Anerkennung, die flächendeckend angewendet wird.²⁶ Geht es insoweit noch in beiden Fällen, wenn auch unter umgekehrten Vorzeichen (mehr *versus* weniger Freiheit), um „fertige“ Produkte, sei es des Wirtschafts- oder des Kriminaljustizsystems, so sehen wir uns bei der Beweisrechtshilfe mit dem zusätzlichen Problem konfrontiert, dass es dabei um „unfertige“, in einem komplexen Herstellungsprozess befindliche Maßnahmen zur Wahrheitsfindung handelt.²⁷ Während es in jenem Fall also „nur“ um die Frage geht, ob eine fertige Maßnahme des (anordnenden) Mitgliedstaats, z.B. ein Haftbefehl, von den anderen (potentiell vollstreckenden) Mitgliedstaaten in der übermittelten („fertigen“) Form anerkannt wird, gibt es bei der Beweisrechtshilfe keine vergleichbare „fertige“ Maßnahme, vielmehr muss diese, z.B. eine antizipierte (richterliche) Zeugenvernehmung, vom ersuchten Vollstreckungsstaat zunächst erst hergestellt werden.

III. Beweiserhebung und Verfahrensrecht

4. Dabei liegt die Problematik des Transfers der so hergestellten Beweise gerade darin, dass das in einer bestimmten (*früheren*) Verfahrensphase in der Erhebungsrechtsordnung (des ersuchten Staats) gewonnene Beweismittel in einer *späteren* Verfahrensphase in der Verwertungsrechtsordnung (des ersuchenden Staats) verwendet werden soll. Durch den Transfer des Beweismittels werden also nicht nur Beweisgewinnung und -verwertung auseinander gerissen, sondern auch die *spezifischen verfahrensrechtlichen Vorgaben* für die jeweilige Verfahrensphase in der betreffenden Rechtsordnung *ignoriert*. Beispielhaft: In der Erhebungsrechtsordnung ist die richterliche Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren ohne Anwesenheit des Verteidigers zulässig, in der Verwertungsrechtsordnung wird das Anwesenheitsrecht schon in diesem Verfahrensstadium gewährt (vgl. z.B. § 168c Abs. 2 StPO) und deshalb im Hauptverfahren flexibler gehandhabt.²⁸ Hinzu kommt, dass sich Beweismittel nach *Beweisart*, *Beweiserhebungsmethode* und *Eingriffstiefe* unterscheiden.²⁹

²⁵ Zeder, ÖJZ 2009, 992 (996) „von einem Instrument zur Erweiterung des Freiraums der Bürger zu einem Instrument zu dessen Beschränkung [...]“.

²⁶ Vernimmen-Van Tiggelen/Surano (Fn. 11), S. 8, 36; Zeder, ÖJZ 2009, 992 (995).

²⁷ Roger, GA 2010, 27 (31).

²⁸ Vgl. auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 10).

²⁹ Vgl. instruktiv BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 10), die deshalb die Machbarkeit einer „einigen Regelung“ bezweifelt. Ähnlich für „specific rules for some types of evidence“ die Mehrheit der Mitgliedstaaten (Summary [Fn. 11], S. 1, Beispiele auf S. 3 unten). Vgl. auch Vermeulen/De Bondt/Van Damme (Fn. 2), S. 13, 33, für die nicht alle Formen der traditionellen

Wenn man nun mit *Gleß*³⁰ davon ausgeht, dass die strafprozessuale Beweisführung keine empirisch objektive Wahrheit aufgrund zwingend logischer Schlüsse hervorbringt, sondern vielmehr auf mehr oder weniger plausiblen Wahrscheinlichkeitsurteilen beruht,³¹ die Wahrheit also normativ konstruiert wird,³² so können Beweisergebnisse nur durch die Einhaltung gewisser, an der Förmlichkeit und Fairness des Verfahrens orientierter *Mindestregeln*³³ legitimiert werden; es geht also letztendlich um *Legitimation durch Verfahren*, konkreter durch die Gewährleistung der Zuverlässigkeit der Beweisführung durch ein faires Verfahren.³⁴ Bei grenzüberschreitender Beweiserhebung könnte diese Fairness und damit die Legalität und Legitimität des übermittelten Beweises durch eine richterliche Rechtmäßigkeitskontrolle vor Übermittlung sichergestellt werden.³⁵

Kann die Verfahrensfairness bei allen Rechtshilfemaßnahmen nicht genug betont werden,³⁶ kommt dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit bei der Beweisrechtshilfe eine jedenfalls geringere Bedeutung als bei der Auslieferung/Übergabe zu, denn es wird ja nicht unmittelbar in die persönliche Freiheit des Tatverdächtigen eingegriffen.³⁷ Sinnvoll erscheint diese Voraussetzung allenfalls bei besonders grundrechtsintensiven und damit mittelbar freiheitseinschränkenden Eingriffen, etwa bei Durchsuchung und Be-

Rechtshilfe durch gegenseitige Anerkennung ersetzt werden können, nicht zuletzt wegen der größeren Flexibilität traditioneller Rechtshilfe (vgl. schon oben Fn. 4 und Haupttext, wo auf Art. 1 Abs. 1 EuRhÜbk verwiesen wird: „widest possible measure of assistance“).

³⁰ *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006; dazu *Ambos*, GA 2008, 586.

³¹ *Gleß* (Fn. 30), S. 152, 194, *passim*.

³² *Gleß* (Fn. 30), S. 150.

³³ *Gleß* (Fn. 30), S. 38 ff., *passim*.

³⁴ *Gleß* (Fn. 30), S. 153, 195 ff. Zur Bedeutung des Fairnessprinzips als Rechtshilfe- und Verwertungsgrenze auch *Krüßmann*, Transnationales Strafprozessrecht, 2009, S. 283, 336 ff., 660 f., 682 ff., 700 ff.

³⁵ Vgl. auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 5, 13): richterliche Überprüfung von Legalität, Fairness und Integrität.

³⁶ Zur Bedeutung als Rechtshilfe- und Verwertungsgrenze auch *Krüßmann* (Fn. 34), S. 283, 336 ff., 660 f., 682 ff., 700 ff.

³⁷ Für Verzicht auf beiderseitige Strafbarkeit deshalb Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8); auch French authorities (Fn. 11), Punkt 4. *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 13, 33, 55 ff., sehen in dem Verzicht aufgrund des Deliktskatalogs eine Haupteigenschaft von gegenseitiger Anerkennung, differenzieren aber nicht bzgl. der betroffenen Maßnahmen; im Übrigen soll gegenseitige Anerkennung nicht vom Vorliegen eines der erfassten Delikte abhängen (*dies.*, S. 15, 67). Vgl. auch *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 13, mit dem Hinweis, dass sich das Erfordernis bei für den Beschuldigten oder Verurteilten günstigen Maßnahmen auch nachteilig für diesen auswirken kann, weil sein Fehlen die Anwendung der betreffenden Maßnahme verhindert.

schlagnahme, für die deshalb auch Art. 14 Rahmenbeschluss EBA an der beiderseitigen Strafbarkeit festhält.³⁸

5. Die Dynamik und zugleich Komplexität der Beweisrechtshilfe zeigt sich auch in der schon angedeuteten *Mehrstufigkeit* ihres Verfahrens: Beweisanordnung durch den ersuchenden Staat, Beweiserhebung im und durch den ersuchten Staat, Beweistransfer vom ersuchten zum ersuchenden Staat, Beweisverwertung im ersuchenden Staat.³⁹ Auf all diesen Stufen können Probleme auftreten. Schon im Rahmen der *Beweisanordnung* durch den ersuchenden Staat stellt sich die Frage, ob diese ausschließlich nach seinem Recht erfolgen soll oder ob er dabei – es geht ja um Beweisbeschaffung außerhalb seines Hoheitsgebiets – gleichsam antizipierend das Recht des (potentiellen) Vollstreckungsstaats berücksichtigen soll. Beispielhaft: „blinde“ Anordnung einer Zeugenvernehmung oder vorherige Auslotung, wer eine solche im potentiellen Vollstreckungsstaat wie durchführt. „Blinde“ Anordnung einer Telefonüberwachung oder vorherige Prüfung, unter welchen Voraussetzung eine solche im Vollstreckungsstaat überhaupt zulässig ist (absoluter Schutz des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“⁴⁰?). Eine Vorabprüfung möglicher Friktionen mit dem Beweisrecht des Vollstreckungsstaats würde der möglichen Geltendmachung des – in der Sache auch in einem System gegenseitiger Anerkennung geltenden (dazu sogleich) – *Ordre-public-Vorbehalts*⁴¹ vorbeugen, womit zugleich das Kernproblem im Rahmen der *Beweiserhebung* angesprochen ist. Gegenseitige Anerkennung beseitigt eben, anders als ihre exekutive Struktur vermuten lässt,⁴² nicht alle – aus der traditionellen Rechtshilfe bekannten – Hindernisse; sie nennt sie nur anders, nämlich „Ablehnungsgründe“ (Art. 3 u. 4 Rahmenbeschluss EuHb) oder „Versagungsgründe“ (vgl. Art. 7 Rahmenbeschluss Sicherstellung, Art. 13 Rahmenbeschluss EBA).⁴³ Gegenseitige Anerkennung stößt immer an die Grenzen der grundlegenden Verfassungsgrundsätze des Vollstreckungsstaats, deren Beachtung ist auch europarechtlich verbürgt, insbeson-

³⁸ Entsprechend auch Art. 3 Rahmenbeschluss Sicherstellung (Fn. 8). *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 107, stellen insoweit eine generelle Bereitschaft bei den von ihnen befragten (zehn) Mitgliedstaaten fest, auch bei grundrechtsintensiven Maßnahmen Rechtshilfe zu leisten, weil diese in der Regel besonders schwere Straftaten betreffen.

³⁹ Vgl. BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 4).

⁴⁰ BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999.

⁴¹ Dafür zahlreiche Staaten, etwa UK-Stellungnahme (Fn. 11), Punkt 1. Krit. hingegen *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 16 f., 80, für die das heutige „rational“ des Vorbehalts in der „protection“ of national security interests and (classified) (state) intelligence against interference or unwanted disclosure through criminal investigations liege. Sie müssen jedoch die staatliche Unterstützung konstatieren (*dies.*, S. 80 ff.).

⁴² Für eine Verringerung der Verweigerungsgründe deshalb *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 15, 61, 67.

⁴³ Vgl. auch Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), Art. 10.

dere in Art. 82 AEUV,⁴⁴ aber eben auch in den spezifischen Instrumenten gegenseitiger Anerkennung (Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Sicherstellung, Art. 12 Rahmenbeschluss EBA).⁴⁵ In Deutschland ist diese verfassungsrechtliche Schutzmauer auch deshalb unübersteigbar, weil das BVerfG das Strafrecht als „besonders sensible Entscheidung für das rechtsethische Minimum“ versteht⁴⁶ und damit dem Tätigwerden der EU in diesem Bereich enge verfassungsrechtliche Grenzen gezogen hat.⁴⁷

IV. Forum oder locus regit actum?

6. Wenn man nun aber gegenseitige Anerkennung ohnehin mit weitreichenden Verweigerungsgründen oder auch nur mit einem Ordre-public-Vorbehalt im genannten Sinne ausstattet, so ist man von traditioneller Rechtshilfe mit einer *forum regit actum*-Regel,⁴⁸ eingeschränkt durch den *ordre public* des ersuchten Erhebungsstaates,⁴⁹ nicht mehr weit entfernt. So muss sich nach Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbK⁵⁰ – traditionelle Rechtshilfe! – der ersuchte Staat an die im ersuchenden Staat geltenden Form- und Verfahrensvorschriften halten, wenn dieser diese ausdrücklich mitgeteilt hat⁵¹ und sie wiederum nicht den „Grundprinzipien des Rechts“ des ersuchten Staats widersprechen.⁵² Ähnlich sehen Art. 5 Abs. 1 Rahmenbe-

schluss Sicherstellung und Art. 12 Rahmenbeschluss EBA⁵³ – gegenseitige Anerkennung! – grundsätzlich die Einhaltung der vom Entscheidungs- bzw. Anordnungsstaat „ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren“ durch den Vollstreckungsstaat vor, sofern sie nicht dessen „Grundprinzipien des Rechts“ bzw. „wesentlichen Rechtsgrundsätzen“ widersprechen.⁵⁴ Wir sehen also: traditionelle Rechtshilfe und gegenseitige Anerkennung nähern sich in ihrer konkreten Ausgestaltung einander an. Wenn man nun noch die nicht unerhebliche Liste der Ablehnungs- bzw. Versagungsgründe in den hier relevanten Instrumenten gegenseitiger Anerkennung (Art. 7 Rahmenbeschluss Sicherstellung, Art. 13 Rahmenbeschluss EBA)⁵⁵ und deren uneinheitliche innerstaatliche Umsetzung⁵⁶ in die Betrachtung einbezieht, so kann man mit Fug und Recht bezweifeln, ob mit der gegenseitigen Anerkennung der erhoffte Effizienzgewinn verbunden ist.⁵⁷ Abgesehen davon stellt sich das mit der forum-Regel verbundene Problem der *Fremdrechtsanwendung* – des ersuchten Staats bezüglich der Verfahrens- und Formvorschriften des ersuchenden Staats – eben auch bei gegenseitiger Anerkennung, wenn diese, wie in den o.g. Vorschriften, die forum-Regel vorsieht. Immerhin hat der ersuchende Staat das für den ersuchten Staat fremde Recht „ausdrücklich anzugeben“ (Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbK, Art. 12 Rahmenbeschluss EBA).

7. Will man das anwendbare Recht entgegen der forum-Regel nicht am verfahrensführenden (ersuchenden) Staat,

⁴⁴ „Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt“ (Art. 82 Abs. 2 AEUV); Notbremseverfahren durch Mitgliedstaat, wenn „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berührt (Art. 82 Abs. 3 AEUV); die Anerkennung der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist deshalb auch für *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 23 ein „principal parameter“ gegenseitiger Anerkennung.

⁴⁵ Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 letzter Hs.: „nicht Grundprinzipien des Rechts des Vollstreckungsstaats zuwiderlaufen“; Art. 12 S. 1 letzter Hs.: „[...] nicht wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats entgegenstehen.“ Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), Art. 8 Abs. 2 („wesentlichen Rechtsgrundsätzen“).

⁴⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 („Lissabon-Entscheidung“), 2288, Rn. 358).

⁴⁷ Zur restriktiven Auslegung der neuen strafrechtlichen Kompetenzvorschriften (Art. 82 f. AEUV) BVerfG NJW 2009, 2267, Rn. 358 ff. Vgl. auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 8).

⁴⁸ Zur Verbreitung bei Maßnahmen traditioneller Rechtshilfe: *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 47 f., 120.

⁴⁹ Vgl. dazu *Heger*, ZIS 2007, 547 (553 f., 555); *Roger*, GA 2010, 27 (36); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (96, 98).

⁵⁰ Oben Fn. 5.

⁵¹ Nach *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 108, nutzen nicht alle Mitgliedstaaten diese Mitteilungsmöglichkeit, was ihr Vertrauen in die Rechtsordnung der Vollstreckungsstaaten zeige. Andererseits (S. 109) betonen sie aber mit Blick auf die Verwertbarkeit im anordnenden/ersuchenden Forumstaat die Notwendigkeit, sich an solche Vorgaben zu halten.

⁵² Dazu BGH StV 2007, 627; *Schuster*, StV 2008, 396 (398); siehe auch *Schlothauer*, in Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober

2008, 2008, S. 267 (S. 281) mit Fn. 62; *Beulke*, Jura 2008, 653 (663).

⁵³ Dazu auch *Roger*, GA 2010, 27 (36).

⁵⁴ Vgl. auch Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), Art. 8 Abs. 2

⁵⁵ Vgl. auch Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), Art. 10.

⁵⁶ Es handelt sich um Rahmenbeschlüsse, die zwar in ihrer Zielvorgabe verbindlich sind, den Mitgliedstaaten aber die Auswahl von „Form und Mittel“ überlassen (Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV a.F.). Die entsprechende Handlungsform wäre nun die Richtlinie (Art. 82 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 288 AEUV). Allg. zur problematischen und uneinheitlichen Umsetzung der Instrumente gegenseitiger Anerkennung *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 19, 52 (mit einer Aufstellung der nationalen Gesetzgebung auf S. 89 ff.), die überdies die fehlende Evaluation beklagen (S. 21); zur uneinheitlichen Umsetzung des Rahmenbeschlusses EuHB siehe etwa *Satzger* (Fn. 21) § 10 Rn. 31 ff. m.w.N.

⁵⁷ Vgl. auch *Zeder* (Fn. 8), 992 (997) mit dem Hinweis, dass der Rahmenbeschluss EBA „in auch rechtspolitisch wichtigen Punkten“ einen „Rückschritt“ gegenüber dem EuRhÜbK (Fn. 4) bedeutet, „indem eine Ablehnung wegen mangelnder Strafbarkeit im ersuchten Staat, wegen Territorialität im ersuchten Staat und wegen Verstoßes gegen den Grundsatz ne bis in idem in weiterem Umfang zugelassen wird, als es nach diesem Übereinkommen zulässig wäre.“ Für *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 16, 79, ist das „extraterritoriality principle“ als Verweigerungsgrund ein „regrettable mistake“. Dagegen wiederum *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94).

sondern entsprechend der *locus regit actum*-Regel – die der Rahmenbeschluss EBA übrigens auch vorsieht,⁵⁸ während sie sich im Bereich der traditionellen Rechtshilfe als allgemeiner Grundsatz nur in der Mutterkonvention des Europarats von 1959⁵⁹ findet⁶⁰ – am die Beweiserhebung durchführenden ersuchten Staat ausrichten,⁶¹ stellt sich das Fremdrechtsproblem, freilich unter umgekehrten Vorzeichen, im Rahmen der *Beweisverwertung* im Forumstaat. Wenn der ersuchte Staat die Beweise ausschließlich nach seinem Recht erhebt, hängt es von der Kompatibilität seiner Beweisrechtsordnung mit der des ersuchenden Staats ab, ob die erhobenen Beweise in diesem verwertbar sind. Wenn man nun – durchaus optimistisch – davon ausgeht, dass die Verfahrensordnungen der EU-Mitgliedstaaten die EMRK-Mindestregeln eines fairen Verfahrens⁶² jedenfalls der Sache nach erfüllen – auch wenn die

⁵⁸ Art. 11 Abs. 2 Rahmenbeschluss EBA (Fn. 7): „Es obliegt dem Vollstreckungsstaat, die Maßnahmen zur Vollstreckung einer Europäischen Beweisanordnung zu wählen, die *nach seinem nationalen Recht* die Übermittlung der einer Europäischen Beweisanordnung unterliegenden Sachen, Schriftstücke oder Daten sicherstellt und dabei zu entscheiden, ob es zu diesem Zweck erforderlich ist, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen. Jede Anwendung von Maßnahmen, die aufgrund der Europäischen Beweisanordnung notwendig sind, erfolgt nach den geltenden *Verfahrensvorschriften des Vollstreckungsstaats*.“ (*Hervorhebung des Verf.*); ebenso Art. 6 Abs. 2 Rahmenbeschluss Sicherstellung (Fn. 8) hinsichtlich der Dauer der Sicherstellung, bezüglich derer der Vollstreckungsstaat „angemessene Bedingungen“ gemäß „seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ festlegen kann; weniger explizit Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Sicherstellung (Fn. 8): Vollstreckungsstaat „trifft unverzüglich die erforderlichen Maßnahmen für deren unmittelbare Vollstreckung auf dieselbe Weise wie bei einer von einer Behörde des Vollstreckungsstaats erlassenen Sicherstellungsentscheidung.“ Ebenso Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 8), Art. 8 Abs. 1; dazu auch Explanatory Memorandum (abrufbar unter http://www.ecba.org/extdocserv/projects/EEW/2010_InvOrd_explmemorandum.pdf, Recherche v. 16.9.2010), Kommentar zu Art. 8.

⁵⁹ Vgl. Art. 3 EuRhÜbk (Fn. 4): „Rechtshilfeersuchen in einer Strafsache, die ihm von den Justizbehörden des ersuchenden Staates zugehen und die Vornahme von Untersuchungshandlungen oder die Übermittlung von Beweisstücken, Akten oder Schriftstücken zum Gegenstand haben, lässt der ersuchte Staat in der in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Form erledigen.“

⁶⁰ Sie ist aber bzgl. bestimmter Maßnahmen auch in anderen Rechtshilfeinstrumenten vorgesehen, z.B. bzgl. Telefonüberwachung in Art. 18 Abs. 5 lit. b EU-RhÜbk (Fn. 5, vgl. *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 44 ff. mit weiteren Beispielen).

⁶¹ Die Locus-Regel ist Ausdruck des Territorialitätsgrundsatzes, vgl. *Krüßmann* (Fn. 34), S. 281.

⁶² Auch wenn die EMRK selbst keine expliziten Beweisregelungen enthält, so legt sie doch mit dem fair-trial-Grundsatz

EU es bisher noch nicht geschafft hat, über den allgemeinen Verweis auf die EMRK hinaus,⁶³ strafprozessuale Mindeststandards,⁶⁴ geschweige denn Beweisstandards, verbindlich festzulegen und sich letztere auch nicht aus der EMRK ergeben⁶⁵ –, so sollten eigentlich keine Inkompatibilitäten hinsichtlich der für ein faires Verfahren notwendigen grundlegenden Gewährleistungen bestehen, sondern diese auf eher technische Beweisregeln beschränkt sein.

V. Strukturunterschiede europäischer Strafverfahrensordnungen

8. Natürlich wird damit nicht geleugnet, dass sich aus den Strukturunterschieden europäischer Strafverfahren, insbesondere aus dem Gegensatz zwischen dem adversatorischen Parteiverfahren englischer Prägung und dem richtergeleiteten (reformierten) Inquisitionsverfahren französisch-deutscher Couleur,⁶⁶ mitunter grundlegende Unterschiede in den konkreten Ermittlungsmaßnahmen und ihrer Beweisqualität ergeben, weil diese eben, wie schon oben (bei 4.) gesagt, einen integralen Bestandteil des Strafverfahrens bilden und als solche nicht aus ihrer Meta-Verfahrensstruktur herausgelöst werden können.

Ein beliebtes, allerdings selten genau recherchiertes Beispiel⁶⁷ ist die – schon mehrfach genannte – *richterliche Ver-*

(Art. 6) einen europaweit geltenden Maßstab für Abwägungsentscheidungen fest und kann damit als das hauptsächlichste supranationale Referenzsystem für den Ausgleich der bei der Strafverfolgung kollidierenden Interessen dienen (*Gleß* [Fn. 30], S. 173 ff., 190 ff.).

⁶³ Vgl. früher Art. 6 Abs. 2 EUV und nun Art. 6 Abs. 3 EUV i.d.F. des Lissaboner Vertrags.

⁶⁴ Nach dem gescheiterten Versuch während der deutschen Präsidentschaft (Ratsdok. 16874/06; dazu *Satzger* [Fn. 21] § 10 Rn. 51) sieht nun das Stockholmer Programm (Abl. 2010 C Nr. 115, S. 1-38) als ersten von sechs Punkten (ebda., S. 4 f.; eucrim 2009, 122 f.) die „Förderung der Unionsbürgerschaft und der Grundrechte“ und in diesem Zusammenhang u.a. die Schaffung von strafverfahrensrechtlichen Mindeststandards, unter Einbeziehung der entsprechenden „roadmap“ der schwedischen Präsidentschaft v. 1.7.2009 (Ratsdok. 11457/09) vor (Abl. 2010 C Nr. 115, a.a.O., S. 10); näher *Jimeno-Bulnes*, eucrim 2009, 157 ff.; *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (377 f., 379 f., 382). Für die erneute Vorlage eines Instruments zu Prozessrechten auch *Vernimmen-Van Tiggele/Surano* (Fn. 11), S. 27.

⁶⁵ Vgl. auch Fn. 62; auch *Gleß*, Replies to Green Paper On obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, September 2007 (sic!), Punkt 8 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010).

⁶⁶ Allgemein zum „civil law-common law divide“ *Vernimmen-Van Tiggele/Surano* (Fn. 11), S. 18.

⁶⁷ Als weitere kontroverse Beispiele nennen *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 26, 129 ff. die Verwendung eines Lügendetektors, die staatliche Tatprovokation und die Verwendung anonymer Zeugen.

nehmung im Ermittlungsverfahren,⁶⁸ denn diese kann nur dann im Hauptverfahren verwertbar sein, wenn der – unionsweit geltende⁶⁹ – Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO) großzügig verstanden wird. Der insoweit gerne präsentierte Gegensatz zwischen dem französischen und englischen Verfahren als vornehmste Repräsentanten des (reformierten) Inquisitionsverfahrens und adversatorischen Parteiverfahrens ist allerdings überzeichnet. Zwar kann in Frankreich ein richterliches Vernehmungsprotokoll („procès verbal“)⁷⁰ die unmittelbare Zeugenvernehmung ersetzen,⁷¹ doch ist dies auch in anderen inquisitorischen Systemen möglich (vgl. nur § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO) und im Übrigen sind die Voraussetzungen und Bedingungen wenig geklärt;⁷² in England wiederum ist die hearsay rule viel weniger strikt als häufig behauptet,⁷³ der eigentliche – vor allem mit dem Geschworenensystem zusammenhängende – Unterschied zu unserem reformierten Inquisitionsprozess besteht in der (früher wirkenden) inadmissibility, nicht erst der Unverwertbarkeit eines verbotenen Beweises.⁷⁴

⁶⁸ Zu diesem beliebten Beispiel siehe auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92; *Spencer* (Fn. 2), S. 4; UK Stellungnahme (Fn. 11), Punkt 9 (Vergleich mit Schweden).

⁶⁹ Er folgt vor allem aus dem Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, vgl. *Ambos* (Fn. 5), § 10 Rn. 30 ff. Die EMRK ist Teil des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV n.F.).

⁷⁰ *Pradel*, Manuel de Procédure Pénale, 14. Aufl. 2008, S. 629 f.

⁷¹ Vgl. *Barth*, Landesbericht Frankreich, in: Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, 1995, S. 107 f., wonach dies vor allem bei den erstinstanzlichen Gerichten „allgemeiner Gerichtsgebrauch“ (Fn. 42) sei. Nach *Vogler*, in: ders./Huber (Hrsg.), Criminal Procedure in Europe, 2. Aufl. 2008, S. 244 existiert keine strikte „hearsay rule“ und das richterliche Vernehmungsprotokoll wird bei Tod oder sonstiger Unverfügbarkeit des Zeugen verlesen.

⁷² *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, 2006, S. 188 („die genauen Voraussetzungen und Folgen dieser Ausnahme im Einzelnen dogmatisch wenig geklärt [...]“). Diff. zur Geltung von Unmittelbarkeit und Mündlichkeit auch *Barth* (Fn. 71), S. 112 f.

⁷³ Die rule kannte schon im common law Ausnahmen, die heute im Criminal Justice Act 2003 kodifiziert sind, z.B. ist die Einführung eines Vernehmungsprotokolls möglich, wenn die Verfahrensbeteiligten zustimmen (sec. 114 para. 1 lit. c CJA); zum Ganzen *Richardson*, in: Archbold (Hrsg.), Criminal Pleading, Evidence and Practice, 2009, S. 1417 ff. Zur Zulässigkeit in der Mehrzahl der (untersuchten) Mitgliedstaaten *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 135 f.

⁷⁴ Deshalb handelt es sich bei den exclusionary rules um Beweiseinführungsverbote, weil die Beweise schon gar nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen (vgl. *Chao*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht: im Hinblick auf die Situation in Taiwan und in der VR China, 2009, S. 25) und zwar vor allem deshalb, um die Geschworenen erst gar nicht damit in Kontakt kommen und somit völlig unbeeinflusst zu lassen (zur richterlichen Vor-Kontrolle der „admissibility“ von Beweisen

9. Die in der Verfahrensstruktur gründenden Unterschiede können jedenfalls von solchen unterschieden werden, die man als *wertbasiert* oder *rechtskulturell-soziologisch begründet* bezeichnen kann und die gerade im Strafrecht und seinem Verfahren von besonderer Bedeutung sind.⁷⁵ Das gilt insbesondere für absolute Verwertungsverbote oder, in angloamerikanischer Diktion, Ausschlussregeln (exclusionary rules),⁷⁶ die keine supra- oder transnationale Geltung, wie etwa das absolute Verwertungsverbot bei Folterbeweisen,⁷⁷ beanspruchen können, sondern eben nur national gelten.⁷⁸ Dazu zählen etwa der absolute Schutz eines „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“⁷⁹ oder bestimmte Immunitäten⁸⁰ für privilegierte Berufsgruppen, die sich deshalb eines Zeugnisverweigerungsrechts erfreuen (§ 53 StPO). Diese Regeln

insoweit *Lieber*, Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, S. 218; zu den exclusionary rules im US-Verfahrensrecht *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 129 ff.; zum Schutz der Geschworenen vor Beeinflussung allg. *Gerding*, Trial by Jury, 2007, S. 238 ff.; siehe auch UK-Stellungnahme (Fn. 11), Punkt 9 a.E.; krit. zum Zusammenhang zwischen jury trial und exclusionary rules aber *Murphy*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 539 (545 f.).

⁷⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274), Rn. 253: „Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen.“ S.a. Rn. 355 (363).

⁷⁶ Dazu gerade oben Fn. 74.

⁷⁷ Dazu *Ambos*, StV 2009, 151 ff.

⁷⁸ Auch insoweit für Mindeststandards Österreichischer Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK), Stellungnahme zum Grünbuch v. 19.1.2010, S. 3 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010); auch der EGMR übt hinsichtlich des Beweisrechts nur eine Missbrauchskontrolle aus und erlaubt sogar die Verwertung konventionswidrig erlangter Beweise, wenn auch bei allergrößter Vorsicht („extreme care“; siehe dazu EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 – *Doorson vs. Niederlande* – ÖJZ 1996, 715 [717], Rn. 76; Urt. v. 2.7.2002 – 34209/96 – *S.N. vs. Schweden*, RJD 2002-V?, Rn. 44, 53; *Beulke*, Jura 2008, 653 [663]; *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2008, S. 44).

⁷⁹ Vgl. Fn. 40.

⁸⁰ Von der Europäischen Ermittlungsanordnung (Fn. 8), in Art. 10 Abs. 1 lit. a als Verweigerungsgrund anerkannt! Für „Meistbegünstigung“ entsprechend Art. 10 Abs. 5 lit. e EU-RhÜbk (Anerkennung in Anordnungs- oder Vollstreckungsstaat ausreichend) insoweit BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 4, 12); kritisch *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 16, 77, die aber Unterstützung der Mitgliedstaaten für diesen Verweigerungsgrund konstatieren müssen (*dies*. [Fn. 2], S. 78).

sind insofern relativ, als sie in einer Rechtsordnung mit einer anderen Wertorientierung oder rechtskultureller/-soziologischer Prägung nicht ohne weiteres Geltung beanspruchen können, dort also etwa auch der persönliche Kernbereich der staatlichen Überwachung ebenso wenig grundsätzlich entzogen ist wie bestimmte Berufsgruppen ein Zeugnisverweigerungsprivileg genießen.⁸¹ Mit einer wachsenden EU kann man nun immer weniger davon ausgehen, dass eine gemeinsame (menschenrechtliche) *Wertegrundlage* existiert, aus der sich zunächst, auf einer ersten Metaebene, ohne Weiteres gemeineuropäische Mindeststandards für ein rechtsstaatliches Strafverfahren ableiten ließen, um sodann auf dieser Grundlage, auf einer zweiten Mikroebene, Grundregeln für ein gemeineuropäisches Beweisverfahren zu entwickeln. Die unterschiedlichen Reaktionen auf das Grünbuch – von grundsätzlicher Zustimmung unter dem Vorbehalt der Schaffung von Mindestregeln (z.B. Frankreich) bis zu ziemlich kategorischer Ablehnung (z.B. Deutschland)⁸² – und die unterschiedlichen Positionen der Mitgliedstaaten zur Übertragung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung auf das Beweisrecht⁸³ machen das ziemlich unmissverständlich klar. Aber auch die Erfahrung mit der aus rechtsstaatlicher Sicht durchaus missbräuchlichen Verwendung des EuHB zur Übergabe von Tatverdächtigen zur Zeugenvernehmung und/oder wegen geringfügiger Delikte,⁸⁴ lässt aufhorchen und straft eigentlich auch all diejenigen Lügen, die mit der Fiktion gegenseitigen Vertrauens europäische Kriminalpolitik betreiben.⁸⁵

Ein Zeichen großen gegenseitigen Vertrauens ist es auch nicht, wenn man die Zulässigkeit der Maßnahme im Anordnungsstaat zur expliziten Voraussetzung gegenseitiger Anerkennung macht (Art. 7 b Rahmenbeschluss EBA), anstatt dem Anordnungsstaat insoweit ohne Weiteres zu vertrauen.⁸⁶

⁸¹ Zutreffend *Gleiß* (Fn. 65), Abs. 2. Punkt 8. a.E. („open for discussion whether all members of a defendant’s family are entitled to claim this privilege, as well as the priest and the local newspaper journalist“).

⁸² Vgl. Summary (Fn. 11) sowie die einzelnen Stellungnahmen (abrufbar unter

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010).

⁸³ *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 13 ff., 53 ff. Die Studie beruht aber nur auf den Antworten von 10 Mitgliedstaaten (*dies.* [Fn. 2], S. 37).

⁸⁴ Vgl. auch *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 9 f., 20. Für die englische Regierung ist das ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (UK-Stellungnahme [Fn. 11], Punkt 5). Zu dessen voller Geltung beim EuHB OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.2.2010 – 1 Ausl. (24) 1246/09.

⁸⁵ Krit. insoweit auch *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11): eher „climate of suspicion than of mutual trust“ (S. 18), Vertrauen „still not spontaneously felt and [...] by no means always evident in practice [...]“ (S. 20).

⁸⁶ Zur Diskussion vgl. *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 98 ff., 100, für die es ein Zeichen von Misstrauen ist, wenn der Anordnungsstaat dies beweisen muss (so etwa bzgl. Telefonüberwachung Art. 18 Abs. 3 lit. b und 20 Abs. 3 lit. b EU-RhÜbk). Zu der (zu verneinenden) Frage, ob der

Natürlich ist die Regelung sinnvoll, weil sie einer Umgehung des Rechts des Anordnungsstaats vorbeugt, bei gemeineuropäischen Beweisstandards wäre sie aber erst gar nicht notwendig.⁸⁷

Last but not least kann auch die durchaus funktionierende Zusammenarbeit in sog. *Gemeinsamen Ermittlungsgruppen*⁸⁸ kaum als Beleg für gegenseitiges Vertrauen dienen. Das Vertrauen in die Arbeit dieser Ermittlungsgruppen beruht nämlich gerade nicht auf dem Vertrauen in die Arbeit von Beamten eines anderen Mitgliedstaats, sondern auf dem Vertrauen in die Arbeit der eigenen Beamten, die Teil dieser Ermittlungsgruppen sind.

VI. Fazit: Unverzichtbarkeit doppelter Mindeststandards

10. Nach alledem dürfte klar sein, dass gegenseitige Anerkennung im Bereich der Beweisrechtshilfe nur dann einen echten Effizienzgewinn gegenüber traditioneller Rechtshilfe verspricht, wenn es gelingt, gemeineuropäische Mindeststandards im Beweisrecht⁸⁹ zu etablieren, denn nur dann hat das vorausgesetzte gegenseitige Vertrauen, wie gerade das Bei-

ersuchende Staat auch nach seinem eigenen, innerstaatlichen Recht unzulässige Maßnahmen aufgrund völkerrechtlicher Ermächtigung (Art. 1 EU-RhÜbk) beantragen kann *Krüßmann* (Fn. 34), S. 283 ff. (331 f.), wonach dies in civil law-Systemen daran scheitert, dass ein Ersuchen eine innerstaatliche Befugnisnorm voraussetzt, während es im common law – weniger systematisch – aus verfassungsrechtlichen Überlegungen folgen könne.

⁸⁷ Vgl. auch *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 129.

⁸⁸ Siehe dazu Art. 13 EU-RhÜbk bzw. – solange das EU-RhÜbk nicht in allen Mitgliedsstaaten ratifiziert ist (siehe die Liste bei *Schomburg/Gleiß*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner* [Hrsg.], *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Kommentar, 4. Aufl. 2006, S. 999 f.) – Rahmenbeschluss 2002/465/JI (ABl v. 20.6.2002, Nr. L 162, S. 1); *instruktiv Sensburg*, *Kriminalistik* 2008, 661; *Plachta*, *Eur. Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 13 (2005), 284; zum Entwurf eines „model agreement“ *eucrim* 2010, 17 f.

⁸⁹ Zur Uneinigkeit der Mitgliedstaaten hinsichtlich dieser Forderung s. Summary (Fn. 11), S. 3 (question 6). Für eine Zweiebenenstruktur insoweit auch Poland’s reply (Fn. 13), S. 3 f.: zunächst allgemeine Beweisregeln, dann detailliertere Regeln zu bestimmten Beweisarten. Als solche Grundgarantien nennt BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 10) etwa die Unschuldsvermutung, das Selbstbelastungsverbot und die Beachtung von Immunitäten und Privilegien. Als „unverzichtbare Eckpunkte“ fordert die BRAK u.a.: beiderseitige Legalität der Beweiserhebung (in Anordnungs- und Vollstreckungsstaat), Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien, Wahrung der Verteidigungsrechte im Vollstreckungsstaat, Beachtung allgemeiner europäischer Rechtsgrundsätze wie ausreichender Tatverdacht, Verhältnismäßigkeit, Waffengleichheit, effektiver Rechtsbehelf im Vollstreckungsstaat, richterliche Überprüfung vor Transfer, Verwertung grundsätzlich nur bei rechtmäßiger Erhebung und Transfer, sofern nicht Bejahung der Fairness bei Gesamtbetrachtung (*dies.*, S. 4 f., 11 ff.).

spiel von Art. 7 b) Rahmenbeschluss EBA zeigt, eine reale Grundlage⁹⁰ und Verweigerungsgründe, ja vielleicht sogar ein Ordre-public-Vorbehalt, sind verzichtbar. Aus rechtsstaatlicher Sicht setzt dies freilich zunächst – ganz im Sinne der oben genannten Zwei-Ebenen-Struktur und der Vorgaben des Stockholmer Programms⁹¹ – voraus, dass strafverfahrensrechtliche Mindeststandards verabschiedet werden, die die Rechte der EMRK und der Grundrechtecharta konkretisieren,⁹² also weit über das gerade anerkannte Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen in Strafverfahren hinausgehen.⁹³ Zwar folgt aus Art. 82 Abs. 1 AEUV, dass überhaupt nur die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Betracht kommt,⁹⁴ worin man eine Bestätigung des (deutschen) Richtervorbehalts gegen die mitunter zu beobachtende Tendenz der Verpolizeilichung der Rechtshilfe sehen kann;⁹⁵ doch ändert dies nichts an der Notwendigkeit der Schaffung der genannten doppelten Mindeststandards, bevor man weiter über gegenseitige Anerkennung im Beweisrecht nachdenkt.⁹⁶ Dabei sollte man vor allem auch das Recht

auf eine angemessene Verteidigung im Blick haben, was in der Beweisrechtshilfe etwa konkret bedeutet, dass die entsprechenden Instrumente auch von der Verteidigung genutzt werden können (Waffengleichheit!).⁹⁷ Natürlich werden solche gemeineuropäische Standards nicht schnell zu erreichen sein,⁹⁸ aber sie sind der rechtsstaatliche Preis von gegenseitiger Anerkennung im Beweisrecht. Hinsichtlich des schon existierenden Rahmenbeschlusses EBA muss jedenfalls die Umsetzungsfrist verlängert werden, wenn man überhaupt an ihm festhalten will.⁹⁹

Die sonstige Beweisrechtshilfe kann weiterhin auf der Grundlage der geltenden Abkommen, insbesondere dem EU-RhÜbk, durchgeführt werden, wobei insoweit punktuelle Verbesserungen auf der operativen Ebene nach Feststellung der konkreten Defizite erfolgen sollten.¹⁰⁰ Denkbar ist z.B., dem ersuchenden Staat die Möglichkeit zu geben, sein Ersuchen bei Entdeckung zusätzlicher Beweise im ersuchten Staat in beschleunigter Form zu ergänzen bzw. zu erweitern, um auch diese zusätzlichen Beweise zu erhalten.¹⁰¹ Die forum-Regel sollte möglichst weitgehend angewendet werden.¹⁰²

⁹⁰ Vgl. auch French authorities (Fn. 11), Punkt 6 („increase mutual trust“); allg. zur Harmonisierung des Verfahrensrechts als Voraussetzung von Vertrauen s. auch *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 10 f., die zugleich notwendige Maßnahmen zur Vertrauensbildung vorschlagen (S. 57 ff.).

⁹¹ Oben Fn. 64.

⁹² Vgl. schon oben Fn. 64 und Haupttext. Dafür auch die Mehrheit der Mitgliedstaaten, s. Summary (Fn. 11), S. 1; *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 21, 105, 119; dafür auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 9 f.); ÖRAK (Fn. 78), S. 2. Für *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 23 ist die Sicherung von Individualrechten ein „principal parameter“ gegenseitiger Anerkennung. Auch die Kommission erkennt in ihrer Stellungnahme zum EEA-Entwurf (Fn. 9) die Notwendigkeit solcher (parallel festzulegender) Mindestregeln (nochmals) an und kritisiert in ihrer Analyse (Fn. 9, S. 9 f. re. Sp.) insoweit den EEA-Vorschlag (krit. auch zur mangelnden Beachtung der Verteidigungsrechte bei der „Vernehmung per Telekonferenz“ [Art. 22 EEA-Entwurf] ebda., S. 34).

⁹³ Vgl. KOM (2010) 82 endg., 9.3.2010.

⁹⁴ Art. 82 AEUV spricht in Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 von der Anerkennung „gerichtlicher“ Urteile und Entscheidungen, in Unterabsatz (a) von der Anerkennung von Urteilen und „gerichtlichen“ Entscheidungen. Dazu auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 11).

⁹⁵ Gegen „Verwertung oder Weitergabe auf polizeilicher Ebene“ auch Deutscher Richterbund („DRB“), Stellungnahme zum Grünbuch, 25.2.2010 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, Recherche v. 16.9.2010), zu Frage 1.

⁹⁶ Zu den möglichen Optionen s. auch *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano* (Fn. 11), S. 32 ff. Auch Art. 82 Abs. 2 lit. a AEUV sieht die Schaffung von Mindestvorschriften betreffend die Zulässigkeit von Beweismitteln auf Grundlage der Anerkennung qua Richtlinie (im Unterschied zur gem. Art. 82 Abs. 1 AEUV auch möglichen Verordnung, die zu-

dem nicht von der „Notbremse“-Möglichkeit des Art. 82 Abs. 3 AEUV erfasst wird!) explizit vor.

⁹⁷ Vgl. auch BRAK (Fn. 15), S. 3 (S. 4, 13); ÖRAK (Fn. 78), S. 2. Für einen „europäischen Verteidigungsraum“ auch *Gless*, StV 2010, 400, 405.

⁹⁸ Nach dem Arbeitsprogramm der Kommission vom 20.4.2010 (KOM [2010] 171 endg., 20.4.2010) soll der Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte bis 2014 verwirklicht werden (vgl. auch *Brodowski*, ZIS 2010, 376 [379]). Als „Keimzelle“ (*Satzger* [Fn. 21], § 10 Rn. 22) eines europäischen Strafprozessrechts kann auch die Möglichkeit des Erlasses einer Verordnung gem. Art. 86 Abs. 1 u. 3 AEUV zu sehen sein, denn damit wird zumindest für die (einzurichtende) Europäische Staatsanwaltschaft (EStA) ein einheitliches Verfahren und die Zulässigkeit von Beweisen etabliert.

⁹⁹ Vgl. auch Fn. 23.

¹⁰⁰ Für eine Verbesserung der Kommunikation insoweit etwa UK-Stellungnahme (Fn. 11), Punkt 9. *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 34, 110 ff., betonen die Bedeutung der „institutional capacity“ mit Blick auf die (verstärkte) Dezentralisierung und „horizontalisation“ der Kooperation.

¹⁰¹ UK-Stellungnahme (Fn. 11), Punkt 1: „expedited system of supplemental requests [...]“.

¹⁰² In der Sache ebenso das von *Schünemann* u.a. vorgeschlagene Modell einer transnationalen Verfahreseinheit, das die forum-Regel lediglich um – durchaus nachvollziehbare – Kriterien zur Bestimmung des „zuständigen Ermittlungsstaates“ ergänzt (vgl. *Schünemann*, Art. 2 Entwurf einer Regelung transnationaler Strafverfahren in der EU, in: ders. [Hrsg.], Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 1 ff.). Danach wird eine am Territorialitätsprinzip ausgerichtete Hierarchie von Anknüpfungspunkten vorgeschlagen, die die Kriterien Handlungs-/Erfolgsort/Domizilprinzip (Wohnsitz des Beschuldigten)/Belegenheit der Beweismittel (Art. 2 Abs. 2) mit dem „Schwerpunkt der vorgeworfenen Taten“ (Art. 2 Abs. 3) kombiniert. Zuständiger Ermittlungsstaat ist somit derjenige Staat, welcher am

Wie wir gesehen haben, ist sie in der traditionellen Rechtshilfe (Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk) stringenter als im Rahmenbeschluss EBA als einzigem Instrument gegenseitiger Anerkennung auf dem Gebiet der Beweisrechtshilfe enthalten, denn dieser sieht zugleich auch die locus-Regel vor.¹⁰³ Die Anwendung der forum-Regel ist der locus-Regel vorzuziehen, weil die im ersuchten Staat erhobenen Beweise letztlich im ersuchen Forumstaat verwertet werden müssen¹⁰⁴ und eben eine bloße Beweiserhebung ohne spätere Verwertungsmöglichkeit aus strafverfahrensrechtlicher-repressiver Sicht sinnlos ist.¹⁰⁵ Deshalb ist es übrigens auch, entgegen anderslautender Stellungnahmen zum Grünbuch,¹⁰⁶ wenig überzeugend, die Erhebung (gathering, collection) von der Verwertung (admissibility) von Beweisen im Rahmen transnationaler Beweiserlangung strikt zu trennen. Dabei wird nicht verkannt, dass die Frage der Konnexität zwischen Beweiserhebung und -verwertung im nationalen Recht durchaus unterschiedlich verstanden wird.¹⁰⁷ Den Interessen des ersuchten Staats wird man mit einem Ordre-public-Vorbehalt mit Blick auf seine wesentlichen Rechtsgrundsätze¹⁰⁸ ausreichend Rechnung tragen und das Problem der Fremdrechtsanwendung durch die Mitteilungspflicht hinsichtlich der relevanten

Vorschriften jedenfalls soweit abmildern können, dass die korrekte Anwendung dieser Vorschriften durch Verbesserungen auf operativer Ebene erreicht werden kann.

engsten mit der Tat verbunden ist, deshalb im Sinne einer „transnationalen Verfahrenseinheit“ ausschließlich zuständig sein soll und damit auch das maßgebliche Recht im Sinne der forum-Regel bestimmt (vgl. Art. 2 ff. Entwurf; *Schünemann*, in: ders., a.a.O., S. 100; *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 [93 f., 97]).

¹⁰³ Vgl. Fn. 58.

¹⁰⁴ Vgl. auch *Gleiß* (Fn. 30), S. 414 ff., deren erste Bedingung eines fairen und zuverlässigen Beweistransfers darin besteht, dass von der Perspektive der Verwertungsrechtsordnung ausgegangen werden müsse. Auch *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 34 („rationale underlying“ forum-Regel), 97, 102.

¹⁰⁵ Zutreffend *Heger*, ZIS 2007, 547 (551); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (96); auch *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (Fn. 2), S. 121.

¹⁰⁶ Für eine strikte Trennung z.B. UK-Stellungnahme (Fn. 11), vor Punkt 1 und bei 9. „Admissibility“ setzt dabei früher als „Verwertung“ an, weil bei exclusionary rules (= inadmissibility) der betroffene Beweis schon gar nicht in die Verhandlung eingeführt und damit den Geschworenen zur Kenntnis gebracht wird (vgl. auch Fn. 74).

¹⁰⁷ So begründet etwa im italienischen Recht eine rechtswidrige Beweiserhebung automatisch ein Verwertungsverbot (Art. 191 Codice di Procedura Penale, „Prove illegittimate acquisite“), während das im deutschen Recht gerade nicht der Fall ist (vgl. zuletzt BVerfG NJW 2009, 3225, Rn. 15, 16; BGH NStZ 2010, 44). Im common law kam es ursprünglich alleine auf die Entscheidungsrelevanz an, erst Ende des letzten Jahrhunderts begann die Rechtmäßigkeit der Erhebung, insbesondere mit Blick auf die Fairness und Integrität des Verfahrens, eine Rolle zu spielen, wobei es letztlich im Ermessen des Richters steht, ob er einen Beweis ausschließt (*Ambos*, StV 2009, 151 [158 f.] m.w.N.).

¹⁰⁸ Vgl. Fn. 44 ff., 54.

Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafverfahren aus einem anderen Mitgliedstaat*

Von OStA Christian Schierholt, Celle**

Der Verfasser setzt sich im Rahmen eines Eröffnungsstatements einer Podiumsdiskussion mit dem Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise im Strafverfahren aus einem anderen Mitgliedstaat aus Sicht der staatsanwaltlichen Praxis auseinander.

I. Derzeitige Situation

Die Kriminalität kennt keine Grenzen mehr, die Strafverfolger schon. Trotz aller weitreichenden Verbesserungen in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ist die grenzüberschreitende gegenseitige Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten in weiten Bereichen noch immer schwierig und zeitaufwändig. Hier setzt das Grünbuch „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ an, indem es zur Vereinfachung durch Vereinheitlichung – oder zumindest Annäherung – der Rechtsordnungen anregt.

Als Besonderheit stellt sich in der Praxis der Rechtshilfe immer wieder das Common-Law-System des Vereinigten Königreichs dar. Die grundlegenden Prinzipien der übrigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sind aber gar nicht so unterschiedlich, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Gewisse einheitliche Mindestanforderungen an Untersuchungshandlungen können hier durchaus gefunden werden.

II. Vorteile einheitlicher Regelungen

Einheitliche Regelungen können allen Beteiligten nützen. Bei den Staatsanwaltschaften werden regelmäßig besonders geschulte Rechtshilfedezernenten eingesetzt. Die Behördenstruktur erlaubt eine solche – angesichts der in weiten Bereichen unübersichtlichen und sich ständig ändernden Materie erforderliche – Spezialisierung. Die große Masse der Rechtshilfe findet derzeit im Ermittlungsstadium statt, danach nur noch sehr wenig. Von Gerichten gehen regelmäßig lediglich Zustellungersuchen aus sowie Ersuchen um Vernehmung von Zeugen, ggf. auch per Videokonferenz. Die Kenntnis der rechtlichen Besonderheiten der Rechtshilfe ist daher in weiten Teilen nicht so verbreitet, wie es vielleicht wünschenswert wäre, da Beweise regelmäßig in der Hauptverhandlung in Deutschland nach deutschem Recht „neu“ erhoben werden müssen. Aber auch in der Anwaltschaft sind Kenntnisse des Rechtshilferechts bei weitem noch nicht so verbreitet, wie man meinen könnte – selbst bei Fachanwälten für Strafrecht. Hier gibt es bislang erst relativ wenige Spezialisten für „grenzüberschreitende Strafverteidigung“. Mit europaweit einheitlichen – oder jedenfalls angeglichenen – gesetzlichen

* Vortrag im Rahmen einer Podiumsdiskussion zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafverfahren in einem Mitgliedstaat am 26.5.2010 in der Niedersächsischen Landesvertretung in Brüssel. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

** Generalstaatsanwaltschaft Celle, Zentrale Stelle Organisierte Kriminalität und Korruption, Kontaktstelle des Europäischen Justiziellen Netzes.

Regelungen, die dann so auch in Deutschland gelten würden, wäre daher durchaus auch ein praktischer Gewinn für Beschuldigte und Angeklagte zu erreichen. Eine einheitliche Regelung wäre für alle Beteiligten (Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger) transparent. Alle könnten mit vertretbarem Aufwand ausreichende Kenntnisse der Materie haben, die ihnen die effektive Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben ermöglichte.

III. Mindeststandards zum Schutz der Beteiligten

Eine Einführung europaweit einheitlicher Standards bei der Beweiserhebung bietet aber auch eine Möglichkeit, verfahrensmäßige Mindestrechte der Betroffenen (Beschuldigte, aber auch Zeugen) zu gewährleisten.

Hierfür brauchen wir ein justizförmiges Verfahren, kontrolliert durch die Justiz. Die Polizei kann auf der Grundlage des derzeit umzusetzenden Rahmenbeschlusses zum Informationsaustausch („Schwedische Initiative“) schon jetzt Informationen austauschen, ohne dass eine justizielle Stelle zu beteiligen wäre. Nicht nur bereits erhobene Beweise, sondern auch noch zu erhebende Beweise („Informationen, die [...] bei privaten Stellen vorhanden sind“) können auf dem Polizeizeuge ausgetauscht werden.

Zum Schutz Betroffener ist zwar vorgesehen, dass solche Informationen nicht in einem Gerichtsverfahren als Beweismittel verwertet werden dürfen, wenn nicht die zuständige Bewilligungsbehörde einer solchen Verwendung zustimmt. Aber welcher Richter könnte von sich behaupten, dass er in einem Indizienprozess nicht doch eher zu einer Verurteilung neigen würde, wenn er aus einer – nicht als Beweismittel zu verwendenden – Information sichere Kenntnis von der Täterschaft des Angeklagten hat? Welcher Verteidiger würde sich damit zufrieden geben, eine Information, die aus seiner Sicht der Entlastung seines Mandanten dienen könnte, nicht in die Hauptverhandlung einzuführen, nur weil die zuständige Bewilligungsbehörde im Ausland einer Verwertung nicht zugestimmt hat? Wollte man von einem Staatsanwalt erwarten, dass er Informationen, die von Bedeutung für das Verfahren sein könnten, aber mangels Erklärung der ausländischen Behörden nicht formell in der Hauptverhandlung verwendet werden dürfen, vor den weiteren Beteiligten geheim hält?

Auch als Korrektiv für diese – bereits in Kürze real existierenden – Möglichkeiten des polizeilichen Informationsaustausches sollten wir nicht leichtfertig die Möglichkeit aus der Hand geben, EU-weit einheitliche Regelungen mit entsprechenden verfahrensrechtlichen Mindeststandards für alle Beteiligten zu erlangen.

IV. Praktische Auswirkungen

Dogmatisch stellt die Abkehr vom „Ersuchen“ und die Hinwendung zu einer möglichen „Anordnung“ einer Behörde oder eines Gerichts eines fremden Staates – wie im Rahmenbeschluss des Rates vom 18.12.2008 über die Europäische Beweisordnung – einen Paradigmenwechsel dar. In der

Praxis wirkt sich dieser Unterschied jedoch keineswegs so bedeutsam aus.

Bereits jetzt existiert im Bereich der Rechtshilfe eine Vielzahl von Verträgen, die Verpflichtungen vorsehen, bestimmte Ermittlungsmaßnahmen im Wege der Rechtshilfe für die Behörden aus anderen Staaten vorzunehmen. Zu nennen sind hier beispielhaft das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959, das Europäische Auslieferungübereinkommen vom 13.12.1957 oder – stärker noch – das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union aus dem Jahre 2000. Alle diese Übereinkommen sehen für bestimmte Bereiche die Verpflichtung vor, bei Vorliegen der Voraussetzungen die beantragte Rechtshilfe zu bewilligen. Zwar ist formal ein Ersuchen zu stellen, die Entscheidungsmöglichkeiten der ersuchten Behörden aber tendieren in vielen Fällen gegen Null.

Andererseits sehen bereits bestehende Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union eine Vielzahl von Ausnahmemöglichkeiten vor, bei deren Vorliegen die „angeordnete“ Rechtshilfemaßnahme abgelehnt werden kann. Beispielhaft sind hier Art. 3 und 4 des Rahmenbeschlusses vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten sowie Art. 8 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen zu nennen.

Ein deutliches Beispiel findet sich bei der Auslieferung von Ausländern aus Deutschland. Unter dem Geltungsbereich des Europäischen Auslieferungübereinkommens sind Ausländer bei Vorliegen der Voraussetzungen grundsätzlich auszuliefern, wie sich aus dessen Art. 1 ergibt. Im Geltungsbereich des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl und der Implementierung in nationales Recht ist bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Auslieferung etwa zur Vollstreckung weiter zu prüfen, ob der Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, Art. 4 Nr. 6 RbEuHB und § 83 Abs. 2 Nr. 2 IRG. In diesem Fall kann eine Auslieferung ebenfalls abgelehnt werden. Hier räumt der Rahmenbeschluss der Europäischen Union dem Betroffenen weitergehende Schutzrechte ein als das Auslieferungsübereinkommen.

Diese Fallgestaltung verdeutlicht beispielhaft, dass eine Anordnung einer Ermittlungsbehörde, eine Ermittlungsmaßnahme in einem anderen Staat der EU vorzunehmen, in der Praxis keineswegs strenger sein muss als die Erledigung eines Ersuchens auf der Grundlage bestehender Übereinkommen. Entscheidend ist die Umsetzung im Einzelfall.

V. Verlagerung von Kompetenzen

Im Ergebnis kann allerdings nicht verkannt werden, dass die Zielrichtung der Europäischen Union dahin geht, Entscheidungskompetenzen von den ersuchten auf die ersuchenden Staaten zu verlagern. Im Sinne eines zusammenwachsenden Europas ist dieses Ziel auch durchaus erstrebenswert. Von entscheidender Bedeutung wird sein, in welcher Zeit und unter Beachtung welcher Kautelen es erreicht wird. Jeden-

falls zum jetzigen Zeitpunkt sind Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu beachten.

Insbesondere gibt es derzeit noch erhebliche Unterschiede des Rechts zur Gewinnung von Beweisen, die durch verdeckte Maßnahmen erhoben werden oder die sonst einen besonders grundrechtsintensiven Eingriff darstellen (Telekommunikationsüberwachung, Hausdurchsuchungen). Hier sollten – jedenfalls derzeit noch – andere Regelungen gelten als etwa für die Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten. Schließlich muss es besondere Regelungen zum Schutz von Opferzeugen, aber auch von Verdeckten Ermittlern oder Vertrauenspersonen geben. Gerade in diesem Bereich gibt es eine nahezu unüberschaubare Vielzahl von Regelungen in der EU.

Eine Vereinheitlichung ist aus den bereits genannten Gründen anzustreben. Zunächst ist nur eine Annäherung auf gemeinsame Mindeststandards denkbar, eine umfassende einheitliche Regelung ist in absehbarer Zeit noch nicht möglich.

VI. Schlussbemerkung

Daneben können nicht-legislative Maßnahmen als Ergänzung vorgesehen werden. Hierzu zählen Schulungen, die Erstellung von Leitfäden sowie die Verfügbarkeit von Informationen über die jeweiligen Rechts- und Justizsysteme der anderen Mitgliedstaaten, wie sie für Teilbereiche bereits auf der Internetseite des Europäischen Justiziellen Netzes enthalten sind. Diese Informationen müssen in den jeweiligen Landessprachen vorgehalten werden, damit sie sich allen Praktikern unproblematisch erschließen. Die genannten Maßnahmen können bereits heute ergriffen werden und scheitern weniger an rechtlichen als vielmehr fiskalischen Schwierigkeiten.

Abschließend ist anzumerken, dass eine einheitliche Regelung auch zu einer gewissen Angleichung und Nivellierung von Regelungen zur Beweiserhebung führen kann, die vielleicht nicht immer den derzeit hohen Schutzrechten der Beschuldigten in Deutschland in vollem Umfang entsprechen. Aber es muss erlaubt sein, auch einmal über die konkrete Ausformung dieser hohen Standards nachzudenken, was ja auch innerdeutsch verstärkt der Fall ist, etwa bei der Frage einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen.

Schließlich bleibt bei jeder Form der Rechtshilfe immer noch der Rückgriff auf den *ordre public*, der etwa im Bereich des Europäischen Haftbefehls durchaus dazu geführt hat, extreme Auswüchse in Grenzen zu halten.

Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility

By Dr. **Silvia Allegrezza**, Bologna

Facilitating the exchange of evidence is at present one of the priorities of the EU action in criminal matters. Less than one year after the adoption of the Framework decision on the EEW, the Commission presents a new Green Paper proposing a general instrument based on mutual recognition available for all means of evidence. This essay discusses the pros and cons of the green paper suggestions. It first criticizes the method employed by the Commission to submit a proposal without having conducted an accurate reflection and without relying on empirical studies. A second reason of criticism concerns the Commission's attempt to transplant in criminal matters the principles and the techniques which developed in the (former) first pillar of the EU without taking into account the peculiar sensitivity of criminal law. In this respect the proposal of the Commission hides behind some "false myths" such as the "healing" work of the ECtHR and it does not adequately consider the problems that lurk under the differences in the rules between national legal systems. No consideration is given to safeguards and to the need of protecting human rights within criminal proceedings.

After showing all the weaknesses of a purely efficient and punitive approach this article aims at redressing such imbalance by suggesting to provide for adequate safeguards and by proposing to start discussing of a possible harmonization.

The essay maintains also that the present European trend implicitly favors those systems rooted in an inquisitorial/continental traditional procedure to become the "common standard" for a future model of European criminal justice. And it suggests that before advancing proposals it would be sensible to discuss openly the concrete perspectives of harmonization.

I. Light and shade of the Commission's Green Paper on obtaining evidence in criminal matters

Shortly after the adoption of the Framework decision on the European Evidence Warrant (EEW) in 2008, the European Union brings up again the topic of evidence in criminal justice with the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility.¹

The EU Commission intends to stimulate the debate on what it considers the next step in the improvement of judicial cooperation: the adoption of an "instrument based on the principle of mutual recognition applied to all means of evidence". The Commission proposes to overcome the logic that lies under the traditional forms of judicial assistance in favour of instruments directly based on the principle of mutual recognition, cornerstone of the area of freedom, security and justice since the European Councils of Cardiff and Tampere.²

¹ Bruxelles, 11 November 2009, COM (2009) 624 final.

² According to the Tampere Conclusions, "evidence lawfully gathered by one Member State's authorities should be admissible before the courts of other Member States, taking account

The idea is in particular to substitute all legal texts in force, conventions and legal sources of the EU, with a single "European evidence warrant" applicable to all types of evidence, thus not only to the means of evidence already included in the European evidence warrant adopted in 2008, but also to those forms of evidence "that – although directly available – does not already exist, such as statements from suspects or witnesses or information obtained in real time, such as interception of communications or monitoring of bank accounts" and even "evidence that – although already existing – is not directly available without further investigation or examination, such as analyses of existing objects documents or data or obtaining bodily material, such as DNA samples or fingerprints".

Admissibility in trial should thus be granted to such evidence in all countries, in the sense that evidence should not be considered "inadmissible or of a reduced probative value in the criminal proceedings in one Member State because of the manner in which it has been gathered in another Member State".

The Commission's idea deserves credits in that it aims at simplifying the legal context, bringing together in one single text what the Commission correctly defines as a "50-year-old patchwork of rules"³ referring to the rich and sometimes contradictory variety of instruments presently dedicated to the gathering of evidence between two or more countries: the several Conventions of the Council of Europe, the conventions and framework decisions adopted within the old third pillar of the European Union.⁴

of the standards that apply there" (Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Conclusions of the Presidency, para. 36).

³ Cross-border crime: Commission issues opinion on Member States' evidence sharing proposals, IP/10/1067, 24 August 2010, IP/10/1067.

⁴ The system of gathering evidence among EU Member States is still based on the Council of Europe Convention on mutual assistance in criminal matters of 1959, supplemented by its additional protocol from 1978, the Benelux Treaty of 1962, the Schengen Implementing Convention of 1990, and the Convention on mutual assistance between the Member States of EU from 29 May 2000, with its additional protocol from 2001. Some bilateral treaties exist as well. The Nordic agreements should also not be taken into consideration, see *Sieber, ZStW* 121 (2009), 19. Within the EU, some limited amendments to the Council of Europe rules were made by Art. 48-53 of the Schengen Convention. Many of the framework decisions adopted by the EU deal with evidence in criminal matters. The most significant ones were: the Council framework decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence; the Council framework decision 2009/315/JHA of 26 February 2009 on the organisation and content of the ex-

The practitioners would gain immediate advantage out of this simplification since it is often difficult even for the most expert jurist to find a way into the labyrinth of the European texts, to know exactly which is the law applicable in which country and whether it applies to all means of evidence or to some only, to identify the authority in charge for each activity.

Indeed it is better to have a single text that regulates the matter in a comprehensive and coherent form.

From this point of view the “bitterest enemy” to face are the so called informal (or deformed) procedures, which we could also call “underground cooperation”. These are very common and consist in the spontaneous transmission of evidence, in the free exchange of the results of intelligence activities to be used within criminal trials or investigations, in line with the philosophy of the “security-oriented criminal law”⁵. Similar procedures bypass all formal steps and are simply based on an agreement between the proceeding authorities of different countries. But these procedures do not seem to worry the Commission exceedingly, since they are not even mentioned in the Green Paper.

The Commission’s initiative aims at testing the reactions of the Member states and of the public opinion on the opportunity to draft a complete regulation of the exchange of criminal evidence, based on the principle of mutual recognition. The Commission is well aware of the sensitivity of the issue and is conscious that many countries might be fearful of allowing greater room to the EU action in criminal cooperation. It is for these reasons that the Commission submits a basic, skeletal text, partly confused, which treats roughly subtle issues that would deserve much greater attention and evaluation.

The timing of the Commission’s proposal is not appropriate either. As many have observed in the reactions to the Green Paper, it would have been preferable to postpone the initiative. The Brussels Convention on judicial assistance (2000) has not been transposed in several countries yet, Italy among them, albeit being already in force; there are no data yet on the practical achievements and shortcomings of the

change of criminal record information; the Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters, which entered into force on 19 January 2009 and is to be implemented by 19 January 2011. It is relevant the Council framework decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 on joint investigation teams; on that topic, we have to remember also the Art. 13 of the 2000 EU Convention.

⁵ See *Vervale*, *Utrecht Law Review* 2005, 1. We must mention the Council framework Decision 2006/960/JHA of the Council of 18 December 2006 on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union. It provides that “Member States’ law enforcement authorities may exchange existing information and intelligence effectively and expeditiously for the purpose of conducting criminal investigations or criminal intelligence operations”.

European evidence warrant, neither the framework decision has been enacted in all Member States, once again being Italy one of those.

One could rebut that the Green Paper is merely a consultation paper. But the previous experiences have shown that the Green Paper is often the anticipation of a draft proposal. And it is unclear what is the relationship between the Green Book and the proposals presented shortly after by a group of Member States.⁶

In any case there is a significant difference in quality between this Green Paper and the others previously issued by the Commission in criminal matters. For example in 2001 the Commission delivered the Green Paper on the establishment of a European public prosecutor. Albeit not being followed by a legislative proposal, that Green Paper was grounded on several scholarly studies and on the (sometimes very harsh) doctrinal debates that had taken place since then and it was an analytical and well-thought-out text which later served as a cultural milestone for all discussions on the development of the area of freedom, security and justice. And the follow-up of that Green Paper can easily be found in Art. 82 of the Treaty on the functioning of the Union, as amended in December 2007 in Lisbon.

Again one could counter argue that up to now there has been no profound academic debate on a truly European basis on the future perspectives of European criminal evidence comparable to the well-known *Corpus juris* which back then stimulated the idea of a European public prosecutor. Nonetheless many are the studies that have investigated the subject,⁷ raising doubts and criticism and pointing out the risks lurking under an uncritical generalization of the principle of mutual recognition to the field of criminal evidence. None of these remarks finds an echo in the few pages of the Green Paper. The Green Paper simply puts forward the same old arguments recurrently used to sterilize any debate on European criminal justice: the need for simplification, the urge of efficiency “at all costs” and the exaltation of the principle of mutual recog-

⁶ To be considered for our purposes the Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters (29 April 2010, 2010/0817 COD. The Commission observed that “In order to achieve the objectives of the proposal, a Regulation seems to be a more appropriate legal instrument than a Directive, which is not directly applicable and needs to be transposed into national law” (JUST/B/1/AA-et D[2010] 6815).

⁷ See the Report for the European Commission elaborated by Vermeulen/De Bondt/Van Damme (eds.), *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence*, available at http://www.ecba.org/cms/index.php?option=com_content&task=view&id=335&Itemid=73; see also the Final Report written by *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano*, *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, 2009. In the Italian Context, see *Illuminati* (eds.), *Prova penale e Unione europea*, 2009.

dition as a solution against all difficulties and hindrances. But the essence and the concrete features of mutual recognition are not clearly explained, they remain unclear while safeguards pale into insignificance.

II. Which are the real problems of judicial cooperation in criminal matters in the EU?

Before focusing on the contents and suggestions of the Green Paper it is essential to have clear the present state of affairs with regards to the exchange of evidence within judicial cooperation in criminal matters and the difficulties that the Commission aims at overcoming. It is only when problems are clearly sketched that a plausible and proficient solution can be advanced.

From this point of view the Green Paper leaves the impression that some of the criticisms raised by the Commission on the range of instruments that compose the so-called “system of mutual legal assistance” (MLA) fall short. There are at present no accurate studies on the real and practical problems that are daily to be faced in judicial criminal cooperation.⁸ As a consequence there is not a unanimous approach on the real flaws of the MLA.

According to the Green Paper some of the MLA instruments:

- are slow and largely inefficient;
- do not impose any standard forms to be used when issuing a request for obtaining evidence located in another Member State;
- do not provide for any deadlines for executing the request.

Even the new instrument based on the principle of mutual recognition (the European evidence warrant issued in 2008) is not considered to be fully satisfactory, since:

- it concerns only some specific means of evidence;
- it provides several refusal grounds.

Some practical problems are indeed undeniable and simplification could serve as a remedy. For example, the adoption of

⁸ Many projects in progress are focused on this topic. We are especially waiting for the final results of the research called “Euroneeds”, financed by the European Union and coordinated by the Max Planck-Institut für Internationales und Ausländisches Strafrecht (Freiburg im Breisgau, Germany) in cooperation with scholars all over Europe. The study is based on interviews to prosecutors and lawyers involved in mutual legal assistance in their own countries; this project aims “to establish the factual needs of practitioners in investigating and prosecuting crimes against the EU’s interests and transnational crime facilitated by the EU. To this end the study examines these in 18 EU member states and candidate countries. The research furthermore seeks to establish in how far the (usually third pillar) mechanisms currently available are suitable in countering the problems faced in prosecution and defence and to identify which further steps may be necessary to verify what every day judicial life requires as specific tools in the European context”.

a standard form for requesting assistance or the provision of fixed deadlines for the execution of the requests could be a proper solution. Though if these remedies were enough to make cooperation function at its best it would be difficult to justify the emphasis put on the topic and even to catch its complexity.

Some delays in the execution of rogatory letters may be due to the inefficiency of certain judicial systems – Italy could be a good example of this – but other troublesome situations may hide different types of hindrances.

It is not uncommon that requests remain unanswered for months and sometimes years or that they even “disappear”⁹. The substantial reasons for such a mispractice may be various: the requested authority may deem the crime not to be sufficiently serious or may not have human or monetary resources to comply with the request, the object of the request may be particularly burdensome for the requested authority, there may be proceedings underway in the requested State for the same facts, etc.

The Green Paper inquiry is from this standpoint myopic. It lists all the negative effects of the practical problems but it does not go deep into the real and true causes of the difficulties that characterize judicial cooperation in criminal matters.

Practical complications often represent only a part – in most cases the surface – of a larger problem. The greatest hindrances to cooperation derive from the differences in the legal rules between countries. The difficulties experimented in admitting and using in one country the evidence collected abroad are a consequence of this. It is easy to bring examples: the different regulation of the right to silence, of testimony incompatibility, of immunities, of testimonial privileges, the dissimilar rules for conducting a search or for performing a seizure or for wiretapping (intercepting), etc.

Here lies the error in the Commission’s perspective: trying to force the MLA traditional system and to overcome national legal specificities, by imposing the countries to recognize and make full use of the evidence gathered abroad, without addressing the heart of the problem.¹⁰

To be sure the adoption of a single instrument of cooperation for all sorts of evidence, characterized by a unique request form and by fixed and mandatory deadlines could solve many practical problems. If the problem is slowness procedures can be accelerated; if the problem is bureaucracy procedures can be thinned out and be simplified in their forms. But things get much more complicated when the problem is structural being related to the differences in the legal rules. The Commission itself admits that when mutual recognition is at stake the problem turns to the numerous grounds for refusal that Member States push for (and succeed in) intro-

⁹ “It still happens that the execution of requests takes several months or even longer or that a request ‘disappears’ without any answer from the requested state for months or even permanently”; cfr. *Lach*, eucrim 3 (2009), 107.

¹⁰ The delays in executions of rogatory letters are considered the main problem in everyday cooperation, even more pressing than existing legal differences and obstacles, *Lach*, eucrim 3 (2009), 108.

ducing. They represent in fact the latent conflict between different legal systems, each one striking a different balance between the needs of fighting crimes and human rights. Refusal grounds cannot just be seen as mere barriers, neither can they be simply eliminated by imposing coercively mutual recognition without a previous harmonization.

III. Some Critical Remarks to the Mutual Recognition as a Method of Cooperation.

So often mentioned in official European documents mutual recognition is never elucidated nor described. It is treated as a self-evident concept, so obvious that it need not further explanations, its functioning and impact should be easily understood.

Such a picture is misleading. Prior to any discussion on the opportunity of its adoption (or extension) one must comprehend what mutual recognition is about.

Mutual recognition is just a method used for exchanging items (goods, judicial decisions, evidence, etc.). As a method it consists in asserting the formal lawfulness of the item at the origin and consequently in permitting it to move freely from one country to another in a certain region, avoiding national authorities from raising barriers due to its "foreignity". In other words, mutual recognition fights against the "foreignity argument", it avoids an object (goods, judicial decisions, evidence) to be rejected in another country simply because of its alien origin.

As any method mutual recognition in itself is neutral, it is neither good nor bad. It all depends on the context in which the method is employed and on the consequences that it generates. Its large success is strictly related to its application in European community law within the field of goods, to permit the free exchange of goods.

Free movement and mutual recognition¹¹ have in fact been conceived in relation to commercial exchanges and still retain features of their mercantile foundation. The same idea of a community of European States was born around the free exchange of goods and only later it extended to people, services, capital. Mutual recognition first served to assure the highest exchangeability of goods and since then it is a technique largely employed at a European level because it has "few scruples", it is very much concerned with efficiency and with little interest to the peculiarity of the different branches of the law.

Importing the labels of the former EU first pillar within judicial cooperation in criminal matters, the Commission's auspice is now the free movement of criminal evidence.¹² It is

of minimal importance whether the evidence is or not collected under the request of another Member State. Free movement of evidence is unrelated to the State requesting assistance. It is sufficient that evidence is formed or collected lawfully according to the rules of one of Member States.¹³

Whichever its object, free movement describes the material activity of moving an item from one place to another without any borders barring such geographical movement. When transposed into criminal justice, free movement implies that a certain procedural result, a certain piece of evidence, the object of a freezing order or the person accused or condemned of a crime are transferred from one Member State to another.

But since the item to be exchanged is not a good but a judicial or procedural outcome, such as a decision or a piece of evidence, it does not merely suffice that the item is taken cross border but it is first essential to analyze the "legal structure" of the item so to give execution to it (in the case of judicial decisions) or to allow its reception within the national proceedings (in the case of evidence). It is for these reasons that for free movement to be effective it requires mutual recognition: if the procedural item coming from another Member State is not recognized as compatible to equivalent national items, the mere geographical movement remains irrelevant for the law.

Thus mutual recognition¹⁴ serves to assure the result of free circulation. It is only when the requesting or receiving State accords legal recognition to the foreign item, in a manner equivalent to a national one, that geographic transfer gives the expected results for judicial cooperation.

The parallel between goods and criminal evidence is suggestive and allows us to penetrate the heart of the matter.

Free circulation of goods has been preceded and accompanied by the imposition to Member states of strict standards of quality to safeguards European consumers.¹⁵

The same has not happened with evidence yet. Nobody has advanced a proposal or a suggestion to introduce high quality standards of evidence, neither minimum levels of safeguards to validate judicial items in their transfer from one country to another. To put it in plain terms, uncontrolled free circulation could permit the exchange of potential unsafe judicial products for the "criminal justice consumers" (i.e., judicial authorities, defendants, victims).¹⁶

the principle of mutual recognition must apply at all stages of the procedure".

¹³ See *Spencer*, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9 (2006/2007), 474.

¹⁴ See *Galantini*, *Cassazione penale* 2004, 3474; *Manacorda*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2004, 789; *De Leo*, *Diritto penale e processo* 2003, 377; *Baratta*, *Rivista di diritto europeo* 1993, 727.

¹⁵ *Gless*, in: *Illuminati* (supra note 7), p. 151; the author draws a distinction between the concreteness of the consumers needs and the abstractness of legal world.

¹⁶ See *Mazza*, *Rivista di diritto processuale* 2009, 398.

Looking deeply into it the analogy between free circulation of goods and free circulation of evidence is intriguing only on the surface.¹⁷

Having this in mind the most useful and proficient step to take would be that of bringing forward the effort of harmonizing national legal rules, focusing on the fundamental rights of the defendant. Prior to any free exchange of evidence it should be essential to introduce at European level “minimum rules” so to ensure “compatibility in rules applicable in the Member States, as may be necessary to improve [...] co-operation”¹⁸.

In other words the principle of mutual recognition entails a conception of cooperation that cannot fully take place without – at least – a minimum of assimilation of the laws of the Member States.¹⁹

The risk is otherwise to uphold a static concept of evidence,²⁰ where a piece of evidence comes down only to the information that it conveys and is indifferent to the manner in which it was collected and to the proceedings in which it will be used. Evidentiary outcomes are a matter of law (and of logic): evidence is always the result of a procedural activity and the probative value of a piece of evidence always depends on the method followed to produce it or to collect it. The method employed affects the result.

Criminal evidence differs from goods and services.²¹ Evidence²² is a legal construct that is abstract in itself²³ and evidentiary outcomes are the results of a procedure.

The procedural provisions concerning evidence not only tend to assure safeguards to protect the human rights of people but they also are the expression of a specific philosophy of knowledge (epistemology) where the quality of the information depends on the compliance with those rules.

It is to be hoped that the criminal field will follow what already occurred in other fields of the law. Free circulation of goods, for example, has moved from a process of “negative integration”, i.e. the duty for Member States to eliminate all barriers to commercial trades “no matter which the nature or the aim of the barrier”²⁴, to a process of “positive integration”, whose goal was to harmonize national legislations by imposing the Member States to comply with the many rules set out by the European Community. In all the cases in which harmonization had not been fully achieved then European law resorted to mutual recognition.²⁵

This helps understand the dual dimension of the principle of mutual recognition.

One profile of mutual recognition consists in a method useful “for the drive to complete an internal market free from barriers to trade arising from the exercise of MS regulatory power”, imposing mandatory limits to the Member States’ action. The second profile of mutual recognition “becomes closely associated with the placing of normative restrictions on community action”²⁶. The latter is the profile emphasized by the Lisbon Treaty: it favours mutual recognition as the

¹⁷ The same risk is underlined by *Spencer*, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9 (2006/2007), 474 (475 ff.).

¹⁸ It was provided by Art. 31 § 1 lit. c of the European Union Treaty before the amendments of the Lisbon Treaty.

¹⁹ See *Perron*, in: Husabø/Strandbakken (eds.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, 2005, p. 17-18; *Delmas-Marty*, in: Bernardi (ed.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, 2006, p. 1.

²⁰ *Ubertis*, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, 1995, p. 13: according to the Author, in criminal matters “il fatto non viene mai direttamente affermato nella sua ‘datità’. Di esso, piuttosto, viene ottenuta una definitiva ricostruzione”.

²¹ On problems bound to the difficulty to combine the mercantile logic with the growth of an harmonic criminal systems, see *Delmas-Marty*, in: Fronza/Manacorda (eds.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, 2003, p. 269. The Author affirms that la symétrie n’est qu’apparente entre le marché et les droits de l’homme et la relation entre globalisation économique et universalisme éthique reste ambiguë. D’une part, l’apparition d’un “droits de la mondialisation” è vocation économique est beaucoup plus rapide et plus efficace que la “mondialisation du droit” qui permettrait le rapprochement des droits nationaux sous l’influence des droits de l’homme. D’autre part, il existe une contradiction entre le principe de solidarité et l’esprit de partage, inhérents à l’idée même d’universalisme, et un marché mondial fondé sur le principe de concurrence et l’esprit de

compétition”. Similar remarks perfectly apply to what is happening today at European level.

²² On the concepts of “evidence” and “proof” and on the procedural rules to gather evidence, between the Italian scholars; see *Cordero*, *Tre studi sulle prove penali*, 1963, p. 52; *Ubertis* (supra note 20), p. 52 ff. and 125 ff.; *Nobili*, in: Chiavario (ed.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. 2, 1990, p. 384 ff.

²³ Defines evidence as a “legal construct” *Gless*, in: Vervaele (ed.), *European Arrest Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, 2005, p. 123: “the free movement approach sketched in the conclusions of the Tampere Council as a ‘mutual admissibility concept’ will not work as well with regard to the ‘transfer of evidence’”. See also *Gless*, *ZStW* 116 (2004), 353; *Melillo*, *Cassazione penale* 2006, 268; *Nuotio*, in: Nuotio (ed.), *Europe in Search of Meaning and Purpose*, 2004, p. 205; *De Kerchove/Weyembergh* (eds.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, 2005.

²⁴ See *Tesauro*, *Diritto comunitario*, 2008, p. 394.

²⁵ See *Tesauro* (supra note 24), p. 395; according to the Author, the European integration process brought the Court of justice to invert the traditional criterion that usually inspired the interpretation of international conventional provisions: “non più il favor per la libertà degli Stati contraenti, ma al contrario un favor per le limitazioni a tale libertà, purché preordinate al perseguimento dell’obiettivo dell’integrazione”.

²⁶ See *Armstrong*, in: Barnard/Scott (eds.), *The law of the single European market: unpacking the premises*, 2002, p. 227.

goal of any policy of harmonization, imposing restrictions to the same action of the EU.²⁷

IV. A possible antidote: the preventive harmonization

Venturing a definition of harmonization is extremely arduous. The term first identifies the “process that leads to establish a functional relationship between systems [...] so that as a result of the process the systems will be harmonious, compatible one with the other and coherent within the context”²⁸.

In law harmonization is a normative technique that pursues the approximation of the rules of different legal systems within a particular field.

If the goal of harmonization is always one nonetheless harmonization policies may assume different facets.

Approximation can be spontaneous when legal systems with common roots tend to naturally converge and to adopt similar rules.

Harmonization can in second place be induced, i.e. imposed by national authorities in order to comply with international obligations. In other words there exists a supranational text that forces the States to reach a particular goal or to protect specific rights. States remain free to adopt the provisions they think best to reach the set goal. But it is clear that national rules even if partially different in content will tend to converge and thus will approximate. In this case national legislation derives from European legislation and thus it exists a term of comparison for assessing compliance with European obligations and to evaluate whether compatibility between legal systems has occurred. In such a case harmonization implies a hierarchy between legal orders: “it is no more a matter of coordinating national rules but of subordinating national rules to a European provision”²⁹ although national Parliaments still retain some forms of discretion as to the way in which the goal set by European authorities is to be achieved.

In third instance approximation can be the consequence of the legal “unification” of a particular field, i.e. the adoption at supranational level of common rules for a specific sector. The difference between unification and induced harmonization is not a nuance: it mainly relies on how complete and how detailed the supranational law is. How exhaustive is the supranational law? Does it need implementation leaving the States free to adopt their own rules or is it a self executing law provision? That is the difference.

When a certain criminal sector is unified, it happens that the impulse to unification tends to expand outside its natural thematic borders and to involve other fields of the law too. It

is a sort of contagion, a phenomenon of propagation that pushes towards the creation of common standards.³⁰

However, the Green Paper does not completely shelve the project of harmonization: in fact it reiterates the assertion already formulated in the communication titled “An area of freedom, security and justice”³¹ that “the best solution to this problem would seem to lie in the adoption of common standards for gathering evidence in criminal matters”.

It is not a choice of method but it is at least a cautious message of possible future interventions from the European institutions. But in the Commission’s view the perspective of harmonization still needs to reach a wider consensus.

V. Some false myths

Mutual recognition and free circulation of judicial decisions and evidence are the mainstay of the action of the European Union at present. They both require mutual trust between Member States to become effective and mutual trust should be based on the harmonization of national legal systems. The error of the Union lies in taking harmonization as given. The Commission presumes national legal systems to be already approximated so that they could accept without resistance the results of foreign procedural activities. On another side the Commission treats harmonization as a phenomenon that is smoothed (and to a certain extent generated) by the free circulation of judicial items. From this point of view harmonization is seen as the fruit of simplified international practices of exchange of judicial elements.

Two reasons of criticisms can be raised against the Commission’s approach. First of all the absence of any preventive harmonization may cause forms of rejections of the foreign judicial item on the part of the Member States. National systems could refuse to recognize in their legal order a piece of evidence or a judicial decision coming from another European country not simply because of its foreignity but because the receiving State does not consent with the way in which the evidence or the decision was formed. Similar rejects

²⁷ See *Allegrezza*, in: *Illuminati* (supra note 7), p. 166.

²⁸ See *Manacorda*, in: *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, 2000, p. 35; this article follows the classification elaborated in that essay. As far as harmonization of substantive criminal law is concerned, see *Bernardi*, in: *Grasso/Sicurella* (ed.), *Per un rilancio del progetto europeo*, 2008, p. 381.

²⁹ *Delmas-Marty* (supra note 19), 1.

³⁰ *Manacorda* (supra note 28), 48: this kind of harmonization is “il frutto della creazione di micro-sistemi normativi o istituti penalistici totalmente unificati su scala universale o regionale che recano, per propagazione, esigenze di ulteriori ravvicinamenti normativi. Se armonizzazione e unificazione presentano, sia sul piano semantico che sul piano delle logiche politico-giuridiche, una profonda divergenza, ascrivibile rispettivamente all’esistenza o al difetto di un ‘margine nazionale di adattamento’, vengono comunque a crearsi profonde intersezioni tra l’una e l’altra. In particolare, regole unitarie sovraordinate al diritto interno vengono a costituire, su un piano propriamente normativo o in un’ottica di tipo culturale, punti di riferimento indefettibili per i legislatori nazionali che devono quindi convergere verso *standards* comuni”.

³¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of the 10 June 2010 – An area of freedom, security and justice serving the citizen, COM (2009) 262 def.

stimulate distrust and thus move in counter direction with the final goal set by the Union.

The risk of rejects cannot be overcome by asserting that Member States have an obligation to accept the foreign judicial item no matter what and even if the foreign item was formed without the safeguards requested by the receiving Member State for analogous cases. The consequence of this would be to lower down European and national standards of procedural safeguards and thus to reduce the protection of human rights. In fact even judicial items coming from the least guaranteed State would have the right to circulate freely through the Union. The level of safeguards for each procedural activity would thus be in line in each case with the level set by the State with fewer safeguards. A strictly mandatory application of the rules of mutual recognition may then cause procedural safeguards to drop endangering human rights. And when talking of evidence another collateral risk is to make judicial decisions less safe since they could be affected by evidence of poor quality.³²

The second reason of criticisms against the Commission's approach concerns the belief that no harmonization of national legal rules is needed since harmonization has already taken place under the impulse of the decisions of the European Court of Human Rights.³³

To be sure the European Convention on Human Rights and the rich case law of the Strasbourg Court have strongly contributed to the creation of common legal paradigms and to the development of shared legal principles and safeguards throughout Europe.³⁴ But we are still far from harmonization and there remain many asymmetries between the rules of European national systems. The belief that the decisions of the ECtHR have established (or could establish) a European frame of basic principles of criminal procedures also forgets that decisions of the ECtHR are taken with specific reference to the single case decided by the Court and are not intended to

construe general binding principles for all European States. Harmonization could at best be an indirect effect of the ECtHR judgments. The harmonization needed in the field of judicial cooperation in criminal matters is very different. Judicial cooperation requires clearly-defined rules (and not just a set of very general and unspecific principles) so as to provide the Member States requesting assistance with a prompt answer from the requested States.

The ECtHR takes up a case only after all domestic remedies have been exhausted and it gives a judgment on the overall fairness of the procedure taking into account all parts of the national proceedings.³⁵

With specific regard to evidence law the ECtHR has made clear that when Article 6 of the Convention assures the right to a fair trial it does not stringently regulate the admissibility of evidence since the matter is of national responsibility only³⁶. It is not for the Strasbourg Court to determine whether a specific piece of evidence has or not been properly admitted at trial or correctly evaluated³⁷ since each country retains a certain degree of discretion³⁸ to regulate the subject. The mission of the Strasbourg Court is only to determine whether the procedure followed in the contracting State is fair as a whole. Even when the Court finds that a piece of evidence is collected in breach of conventional rights, it declares a violation of Article 6 only if the decision is based exclusively or essentially on that piece of evidence.³⁹

The ECtHR case law is indifferent to the quality of the fact finding process except when the evidence collected in breach of the Convention has directly affected the decision being the only piece of information employed in the decision or the determinant one.⁴⁰

It is dangerous to rely only on the Strasbourg case law also because the solutions offered by the ECtHR not always offer the best protection to human rights. For example, with regard to the interferences between intelligence activities and criminal trial, "the ECtHR not only accepts that information from intelligence services may be used as a secret lead for

³² See what happened in Italy with the implementation of the European Arrest Warrant (implemented, with a strong delay, by the Italian Law of 22 April 2005 n. 69): one of the first decisions of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione; Cass., sez. VI, 23 settembre 2005, Ilie) rejected the request of the defence not to execute the EAW because of a lack of evidence against the defendant. See the remarks of *De Amicis*, *Diritto e giustizia* 37 (2005), 38-39.

³³ See the remarks of the Commission in the preamble of the Proposal for a Council Framework Decision of 28 April 2004 on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union (COM [2004] 328 final, § 16 ff.) and the consideranda from 10 to 12 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA).

³⁴ *Delmas-Marty*, *Raisonnement la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'homme*, 1989, passim; *Vervaele*, in: *Canestrari-Foffani* (ed.), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?*, 2005, p. 529; *Ubertis*, *Principi di procedura penale europea*, 2000, p. XI.

³⁵ It is a "usual methodological forward", as underlined by *Cesari*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2003, 1447.

³⁶ This principle, steadily repeated in every decision concerning evidence in criminal matters, has been established for the first time in the decision of the ECHR, judgment of 12 July 1988 (*Schenk v. Switzerland*), para. 45-46.

³⁷ See ECtHR, judgment of 27 February 2001 (*Lucà v. Italy*), para. 38; ECtHR, judgment of 12 May 2001 (*Khan v. United Kingdom*), para. 34.

³⁸ According to the art. 53 of the European Convention for Human Rights and the Protection of Fundamental Freedoms, "nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party".

³⁹ See ECtHR, judgment of 25 September 2001 (*P.G. et J.H. v. United Kingdom*).

⁴⁰ See *Vogliotti*, *Giurisprudenza italiana* 1998, 851.

criminal investigations, but also that this intelligence is able to produce a reasonable suspicion of guilt"⁴¹.

Attempting to detect in the ECtHR case law minimum rules governing the admissibility of evidence in criminal trials is not easy at all.⁴² The approach followed by the Strasbourg judges does not always permit to identify minimum rules whose respect is mandatory for all contracting States. For example: Article 6 section 3 (d) of the Convention grants the accused the right to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him. But the breach of this right not always brings to a violation of art. 6 ECHR.⁴³

The mechanisms of judicial cooperation come into play in the context of decision (i.e. when a court is in the process of assessing guilt) while the decisions of the ECtHR belong to a context of justification since the Strasbourg Court is called to evaluate the legal system and the national judges' work.

The ECHR and its case law could be a good basis but still insufficient for all human rights clauses, i.e. those clauses which serve to protect the person's fundamental rights in all cases of judicial cooperation. To that extent it is necessary to go beyond the ECtHR work and to engage in an effort to create common standards.

A further remark. After the Lisbon Treaty, with the expansion of the powers of the ECJ to the former third pillar topics combined with the binding force of the Nice Charter of Fundamental Rights and with the possibility for the Union to join the European Convention on human rights, it is not to be excluded that in few years⁴⁴ the two European Courts (ECtHR and ECJ) will deal with the same topics, with the risk of over-

lapping or collision; they may start competing for the judicial leadership within the European area. It is too early to hazard any conjecture on the consequences of a similar interaction. But one of the hypotheses is that a part of the ECtHR case law may be called into question by the decisions of the ECJ.

In any case history tells us that the impulse toward a growing expansion of the European criminal system has been carried forward by the ECJ while the Council often lived stalemates due to political disagreement between the member States.⁴⁵ It would be though a display of great weakness from the European institutions to leave to the judges the effort of building an area of freedom, security and justice.

VI. No active role for the defence

Looking closely at the text proposed by the Green Paper a macroscopic deficiency concerns the absence of any reference to the rights of the accused and to procedural safeguards.

The chronic indifference of the Union for defence rights and procedural safeguards⁴⁶ is nowhere new. But it disquiets even more to find such indifference in a text that concerns evidence law since evidence affects directly the just outcome of judicial decisions and thus the lawful restriction of personal liberty.

The greatest problem with evidence is that in most cases it requires at least a participation of the defence. But in the Commission's text the room for defence participation is unclear the issue being not even addressed. Neither it is clear whether the defence could have a right to have evidence collected abroad. The latter is not a secondary profile.

The idea sponsored by the Green Paper of a unique EU instrument concerning all means of evidence implies a "positive" ("proactive") role of the defence, not only a "negative" ("passive") one as the opponent of the prosecutor. The defence could in fact have interest not only to participate effectively to the activities carried out by the authorities of the foreign State – this problem itself could be solved by providing for the right of the defence to participate to the gathering

⁴¹ See *Vervale*, *Utrecht Law Review* 2005, 24. See the comparative study of *Coster van Voorhout*, *Utrecht Law Review*, 2006, 119.

⁴² Shares this opinion, *Gless* (supra note 23), p. 124: "The ECHR does not provide a minimum standard in this area".

⁴³ ECtHR, judgment of 13 October 2005 (*Bracci v. Italy*), § 51 f.; in two similar situations (main evidence for the conviction was the statement of a prostitute, absent in trial), the ECtHR stated that only in one case the use of pre-trial statements without any chance for the defence to cross-examine the witness had led to a breach of the right to a fair trial. Italian rules on the use in trial of the statements made during the preliminary investigation as the only or fundamental evidence (art. 512 of the Italian Code of Criminal Procedure) are still in contrast with art. 6 § 3 (d) of the ECHR; see *Tamietti*, *Diritto penale e processo* 2001, 509; *Selvaggi*, in: *Balsamo-Kostoris* (eds.), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, p. 378.

⁴⁴ According to Art. 10 of Protocol No 36 on transitional provisions. It is provided that, as a transitional measure, the powers of the Court of Justice are to remain the same with respect to acts in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters which have been adopted before the entry into force of the Treaty of Lisbon. This transitional measure is to cease to have effect five years after the date of entry into force of the Treaty of Lisbon.

⁴⁵ See especially the two leading cases of 2005: ECJ (Grand Chamber), judgment of 16 June 2005 – Case C-105/03 (Reference for a preliminary ruling from the Tribunale di Firenze [Italy], in criminal proceedings against Maria Pupino); ECJ (Grand Chamber), judgment of 13 September 2005 – Case C-176/03 (*Commission of the European Communities v. Council of the European Union*).

⁴⁶ Member States were unable to find an agreement on the Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union (cited above). Recently a political agreement was found on the Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council of 9 March 2010 on the rights to interpretation and to translation in criminal proceedings, COM (2010) 82 def. 2010/0050 (COD). On this topic, see *Spronken/Vermeulen/et al.*, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, 2009; *Capel/Namoradzse/et al.*, *Effective Criminal Defence in Europe*, 2010.

of evidence – but also to play a proactive role by submitting requests of evidence in favour of the accused.⁴⁷

Not differently from the framework decision on the European evidence warrant⁴⁸ the Green Paper does not address such issue. Judicial cooperation is conceived in the light of the prosecution.

It would be sensible to provide a mechanism so to give the defence the possibility to request to a foreign judicial authority the collection of a piece of evidence. The risk is otherwise that only the wealthiest people defendants could have the possibility to collect evidence abroad by hiring counsels in several different countries.

Not all difficulties would be overcome by providing the defence with the above mentioned possibilities to request evidence abroad and to assist to its collection. The main problems would concern language and costs. Lawyers would also need specific training in the field of transnational judicial cooperation and on the main traits of foreign criminal procedures. The European bar associations are engaging in many initiatives to develop greater awareness in this field.

Had the Commission taken these issues into account the proposal would have proved to be better balanced.

VII. From politics to the judiciary: consequences on the proportionality principle

Between the consequences of mutual recognition there is indeed “a displacement of the responsibility of judicial cooperation from political bodies to judicial authorities”⁴⁹. After all the primary goal was to abolish any political control in favour of a direct contact between judicial authorities. This simplification in the procedures has though not implied the abolition of all controls, neither of those controls that were before made by political bodies. The decisions issued on European arrest warrants demonstrate that judges have partly taken over the role that used to be of politicians and exercise in their scrutiny forms of discretion that before belonged to the Ministers. This is particularly true when looking at the issue of the principle of proportionality between the alleged crime and the sanction provided for by the law or determined by the judge or in order to comply with humanitarian concerns.⁵⁰

Judges in fact sometimes deplore the recourse to European arrest warrant mechanisms even for petty offences whose gravity is estimated as extremely modest by the judge, for example when the warrant is filed for rustling or for stealing of energy, etc. The framework decision on the EAW and the implementation laws do not provide for a refusal ground based on the minor gravity of the crime as long as the request

falls within the boundaries of sanctions provided for by the European decision.

Though judges perceive as unfair that a person is deprived of personal liberty and handed over to another country for similar negligible crimes. Some recent decisions issued in Germany,⁵¹ for example, circumvented the absence of a refusal ground based on disproportionality and denied judicial assistance relying on article 6 TFUE (where the text recalls the European Convention on Human Rights) and on the Charter of Nice (which binds almost all Member States⁵²) whose article 49 section 3 prescribes that “The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence”. The reasoning opens up the way for a scrutiny on proportionality (between the needs of criminal justice, the liberties restricted and the costs of enforcement) which seemed abolished together with the abolition of political controls. The scrutiny though changes features depending on the subject that conducts it: a political body can decline assistance due to an assessment of disproportionality without having to give reasons; the judge must instead explain the technical reasons that justify the denial of assistance. In consequence of this a political decision of denial is perceived as concerning that particular case only whereas a judicial denial may be more easily taken as a critical judgment on the foreign national legal order and on its choices of criminal policy (such as is the choice of punishing a certain crime with a severe sanction rather than a lighter one). Though in principle judges should not interfere with the criminal policies set out by Parliaments as this is the core of the legality principle.

Nonetheless the road toward European integration in criminal justice cannot avoid similar clashes. It is inevitable to have moments of confrontation and even of harsh confrontation when building an integrated system of justice which concerns directly fundamental liberties.

The problem turns then to the question whether a similar case law may develop outside the field of arrest warrant in the

⁴⁷ See *Mangiaracina*, *Giustizia penale* 2010, 446.

⁴⁸ *Peers*, Statewatch briefing on the European Evidence Warrant to the European Parliament, p. 4: “in principle the collection and transfer of evidence could work for the defence as well as the prosecution in criminal cases”.

⁴⁹ *Mazza*, *Rivista di diritto processuale* 2009, 398.

⁵⁰ See *Panzavolta*, in: *Kejzer/Van Sliedregt* (ed.), *The European Arrest Warrant in Practice*, 2009, p. 203.

⁵¹ See the German decisions cited in *Vogell/Spencer*, *Criminal Law Review* 6 (2010), 474, commentary to Higher Regional Court Stuttgart, Decision of 25 February 2010 – 1 Ausl. (24) 1246/09.

⁵² We have to remind the opting out clauses provided by Protocol n. 30 to the Lisbon Treaty on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom.

The growing importance and the chances of the Charter to become the key point for the EU action in the criminal justice can be seen from the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right to information in criminal proceedings (COM [2010] 392/3 – 2010/xxxx [COD]). It affirms that “Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) provides for the right to a fair trial; Article 48 guarantees the rights of the defence and has the same meaning and scope as the rights guaranteed by Article 6 (3) of the ECHR”. Starting from the ECHR, it will represent the legal basis for an autonomous EU developing of these rights.

area of evidence too. Can the principle of proportionality become a barrier to European evidence warrants?⁵³

Some evidence requires for its collection the restriction of fundamental rights and many States provide in their legislation that certain coercive activities to collect evidence can be legitimate only when prosecuting serious crimes. Thus the claim of proportionality could be raised for evidence as well.

On this issue the Green Paper states that: “The authorities of the issuing State must find that the evidence could also be obtained under national law in a similar case and that the evidence sought is necessary and proportionate for the proceedings in question”. This repeats a provision of the framework decision on the European evidence warrant according to which: “An EEW should be issued only where obtaining the objects, documents or data sought is necessary and proportionate for the purpose of the criminal or other proceedings concerned. In addition, an EEW should be issued only where the object, documents or data concerned could be obtained under the national law of the issuing State in a comparable case”⁵⁴.

There is a clear difference in philosophy between the aforementioned European texts and the cited German decisions on the EAW. In the latter the scrutiny on proportionality is conducted by the judge of the executing State while both the Green Paper and the Framework decision on the EEW assign a similar power to the judge of the issuing State only. The executing State is given no discretion on the matter and in fact the FWD EEW provides: “The responsibility for ensuring compliance with these conditions should lie with the issuing authority. The grounds for non-recognition or non-execution should therefore not cover these matters”⁵⁵.

VIII. Admissibility of evidence gathered abroad: a pure national issue

The Green Paper addresses the issues of admissibility by stating (quoting the Tampere conclusions) that “evidence lawfully gathered by one Member State’s authorities should be admissible before the courts of other Member States, taking into account the standards that apply there”. If evidence is not admitted exclusively because of its foreignity, all European efforts would be vane. And actually it is now “100% unclear what will happen with the evidence, gathered or obtained on the basis of cross-border cooperation”⁵⁶.

⁵³ Strongly against the introduction of a proportionality screening in this field, *De Amicis*, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, 2007, p. 161.

⁵⁴ See n. 11 of the Preamble and Art. 7 a of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA).

⁵⁵ See n. 11, second part of the Preamble to the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA).

⁵⁶ See the Report for the European Commission elaborated by Vermeulen/De Bondt/Van Damme (supra note 7).

Some preliminary remarks are necessary. To be sure the issue of evidence admissibility is traditionally a national matter⁵⁷ (and we have seen that the same is recognized by the ECtHR).

The Union should then restrain from advancing proposals in this field. After all every national system balances the need to fight crime efficiently with individual safeguards in a different manner and according to the particular stage of the proceedings. The rules that govern evidence take into account the different dynamics that characterize each of the stage of the internal proceedings. And in this field so many are the differences between the Member States that it is impossible to come up with a synthesis of all national peculiarities.

Secondly the issue of evidence admissibility comes at stake only in the issuing State (i.e. the States that has requested judicial assistance by asking another State to collect evidence on its behalf or to transmit evidence already gathered). While we have discussed above the problems that concern judicial cooperation from the point of view of the requested/executing State (all of which are related to the different national rules that govern evidence law and fundamental rights), here we turn to the problems that arise in the issuing State.

Following other previous texts,⁵⁸ the Green Paper provides that “In order to ensure the admissibility of the evidence obtained, the authorities of the requested State shall comply with the formalities and procedures indicated by the authorities of the requesting State provided that they are not contrary to fundamental principles of law in the requested State”.

The principle *locus regit actum* (i.e. evidence should be gathered according to the rules of the country in which it is collected) is abandoned in favour of the opposite principle of the *forum regit actum*⁵⁹ (i.e. evidence is collected according to the rules that apply in the country that is seeking the evidence to use it in trial).

It might be a good and effective strategy but it will hardly solve all problems. Imagine, for example, a joint investigation team that gets into action before any decision is taken on the State where trial will be celebrated: which rules ought to be followed in such a case?

⁵⁷ Reactions to the Green Paper by Prof. *John Spencer*: “Broadly speaking, it seems to me that it is up to each Member State to frame its own rules as to the admissibility of evidence in criminal cases; and it is not the business of the EU to tell Member States what types of evidence should or should not be admissible in their criminal courts, unless there is some practical reason to require this” in http://ec.europa.eu/justice_home/news_consulting_public/news_consulting_004_en.htm.

⁵⁸ See art. 4 of the Convention on Mutual Legal Assistance of 2000; art. 12 of the Framework Decision on the EEW of 2008. On this topic, see *Belfiore*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, 1.

⁵⁹ This is the so-called “Schweizer Modell”, *Schünemann*, *StV* 2003, 116 (119); *Schünemann*, *ZIS* 2007, 528 (533); *Gleiß*, *ZStW* 116 (2004), 353 (365 f.); *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. ed. 2008, § 12 marginal n° 57a.

Furthermore what would happen if the rules for collecting evidence of the State where the evidence is to be employed collide with fundamental rules or principles of the State in which the evidence is collected?⁶⁰

IX. Foreseeable scenarios

What will happen in the next years? As far as evidence is concerned, the balance between mutual recognition and harmonization depends basically on two different political choices: first, the adoption of the European Investigation Order proposed in April 2010, combined with the adoption of sectorial directives on procedural rights (according to the “Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings” adopted in July 2009 and confirmed by the Stockholm Program). Secondly, the creation of the EPP. In the latter case the European Union will be forced to introduce a “microcodification” concerning crimes affecting financial interests of the EU.⁶¹

It is hard to say which of these two scenarios has more chances to be successful or what will be the result of a combined implementation of different instruments. However, it is important to underline how appreciable is this shy *ouverture* introduced in the last year with the mentioned Roadmap and the two proposals of directives on the rights of translation and information for the defendant.

Independently to the rules followed for gathering evidence (whether those of the issuing State or those of the requested State where the information is to be collected) a general admissibility of foreign evidence raises one further and more general problem.

There are criminal justice systems (for example, England and Italy) generally defined as “adversarial” which adopt a strict separation between investigative phase and trial stage.⁶² Investigative elements should not be used in trial save for few exceptions. These systems hardly accept that evidence collected out of court could be used in trial for the decision. The coherence of these systems would suffer severely if they were obliged to recognize and use evidence collected abroad (i.e. not in trial) outside of the few exceptions provided for by their national laws.

In the end the Commission’s proposal to impose Member States to admit certain evidence proves to be more in line with those national criminal justice systems that do not provide for a rigid separation between investigations and trial.

Many European countries have systems based on the “instructing judge” and the majority of them allows the use in trial of evidence collected during the investigations save for the parties’ right to confront directly with the witnesses.

From this standpoint the Commission appears to prefer more certain criminal justice systems than others. It is an inclination that can be observed even in the ECtHR case law. The impulse coming both from the EU and from the Council of Europe is in favour of those systems which do not preclude the use in trial of investigative evidence (systems that some scholars define as “inquisitorial with guarantees”). There are clear signs of such a trend. On the part of the ECtHR, for example, the tendency to consider a person accused since the first steps of the investigations, the quest for greater safeguards in the investigative phase (which precludes to a possible use of investigative elements at trial), the equivalence asserted between the evidence collected in trial and the evidence collected outside of trial with some participation of the defence. On the part of the European Union the signs are even clearer. In the FWD EEW and in the Green Paper on obtaining evidence there is an explicit impulse to assure admissibility of evidence even if it is collected during the investigations and no ground for refusal on this basis is provided. And the same idea that lies at the basis of the European Public Prosecutor is after all inspired to the same belief. The European prosecutor should only conduct the investigations and trial should take place in one of the member States according to national procedures. But it would then be difficult to imagine all the elements collected by the European prosecutor to be banned for use at trial.

The general trend in Europe is thus for a criminal justice system that recognizes probative value to investigative elements. After all if the majority of countries adopts similar models it is easier to think of a *métissage* realized with the rules of those systems.

If this is the idea of harmonization that is creeping under the Commission’s recent initiatives it would have been far better to state it in clear terms and to stimulate reactions on this specific point. Here lies the future of European criminal justice.

⁶⁰ See *Perron* (supra note 19), p. 17 (p. 18); *Klip*, *European Criminal Law*, 2009, 423.

⁶¹ For some critical remarks on this “spreading attitude” of harmonization through partial unification of criminal law on crimes affecting EU financial interests, see *Sotis*, in: Giudicelli-Délage/Manacorda (eds.), *Intégration pénale indirecte*, 2006, p. 263; *Allegrezza*, in: Coppetta (ed.), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, 2005, p. 231.

⁶² On the Italian criminal procedure code adopted in 1988, see *Freccero*, *AmJCrImLaw* 21 (1994), 345; *Amodio*, *AmJCompLaw* 52 (2004), 489; *Illuminati*, *WashUnGlobalSt-LawRev* 4 (2005), 567; *Panzavolta*, *NorthCarJInt’lLaw* 30 (2005), 577; *PizzilMontagna*, *MichJInt’lLaw* 25 (2004), 429.

European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings

Study of the proposal for a European directive

By Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter, Madrid

The purpose of this paper is to analyse this new European initiative regarding an European Investigation Order (EIO) based on the principle of mutual recognition which shall facilitate the gathering and transmission of evidence in criminal matters between Member States. Taking into account the discussions and problems of the free movement of evidence in criminal matters, we will try to focus mainly on the content and purpose of the PD EIO and the differences between this proposed instrument and the European Evidence Warrant. In particular we will address the question of the necessity of an EIO and analyse if it provides enough safeguards for the protection of the fundamental rights of the defendant.

El objeto de este trabajo es analizar la Propuesta de Directiva Europea relativa a la orden – basada en el principio de reconocimiento mutuo – para la obtención de pruebas que se encuentren o hayan de obtenerse en otro Estado miembro en asuntos penales (EIO). Son muchas las cuestiones que se suscitan y se han discutido acerca de la libre circulación de la prueba en los procesos penales en Europa. No es nuestra intención recordar toda esa problemática, sino centrarnos en el contenido de la PD EIO, sus diferencias respecto el exhorto de obtención de pruebas, y valorar si este nuevo instrumento es necesario en el presente y si garantiza de manera suficiente los derechos fundamentales del imputado.

I. Introduction

In November 2009, the EU Commission adopted the “Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility”¹. The European Commission opened a consultation process and requested all the stakeholders to submit their replies to a questionnaire regarding the future proposal of a comprehensive instrument for the gathering of evidence and its admissibility in cross-border proceedings.² Shortly afterwards, the text for a Proposal for a Directive regarding the European Investigation Order in criminal matters (hereinafter PD EIO) was issued³. The EIO takes some rules from the Framework

¹ Done in Brussels the 11.11.2009, COM (2009) 624 final. The text can be viewed under <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0624:FIN:ES:PDF>.

² The replies sent by organizations, governments and other authors to the questionnaire can be found under http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm. The replies of the governments differ greatly as some of them are openly against the extension of the mutual recognition principle with regard to the obtaining of evidence (e.g. UK, Germany); others, however, are in favour of strengthening the mutual recognition principle (e.g. The Netherlands, Spain, France, Austria or Poland).

³ For the elaboration of this paper we have used the document done in Brussels the 29.4.2010 (COPEN 115).

Decision on the European Evidence Warrant (FD EEW) expands its scope and adds rules that appeared already in the EU Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 2000. In general, the EIO seeks to replace the fragmented regulation on the gathering of evidence with a comprehensive instrument applicable to all – almost all – elements of evidence, including specific rules on certain type of evidence like the interception of communications or the information related to bank accounts and transactions.

The purpose of this paper is to analyse this new European initiative regarding an EIO based on the principle of mutual recognition which shall facilitate the gathering and transmission of evidence in criminal matters between Member States. One of the main concerns in the development of a single European area of freedom, security and justice has been to improve the instruments of judicial cooperation in criminal matters. It would exceed the aim of this paper to recall all the problems that appear in cross-border criminal proceedings with regard to the free movement of evidence and explain all the issues that have been discussed – and are still hotly debated – among academics, practitioners and policy makers.⁴ Taking into account these discussions and arguments, we will try to focus mainly on the content and purpose of the PD EIO. In particular we will address the question of the necessity of an EIO in criminal matters and also if the regulation proposed is adequate for the goal sought and if it provides enough safeguards for the protection of the fundamental rights of the accused.

II. The Background of the EIO: From mutual legal assistance to mutual recognition in obtaining evidence

Before examining the details of the EIO, we will very briefly recall the path followed until the adoption of the present Proposal for a Directive of EIO, as this will help to understand the context in which it has been prepared and adopted.

1. The Mutual Assistance instruments

The mutual assistance in the obtaining of evidence within Europe has been governed by the European Convention of 20th April 1959,⁵ complemented by the Protocols signed in 1978⁶ and 2001⁷. Additionally the rules on mutual assistance in criminal matters were developed by the Schengen Agreement. Under the provisions of the Schengen Agreement,⁸ the grounds to refuse the execution of a mutual assistance request were reduced and the requirement of double incrimination

⁴ On the problems of cross-border evidence gathering and admissibility in Europe see the comprehensive study of *Gleiß*, *Beweisgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006; see also *Ambos*, ZIS 2010, 557.

⁵ Council of Europe, Treaty Series, Nr. 30.

⁶ Council of Europe, Treaty Series, Nr. 99.

⁷ Council of Europe, Treaty Series, Nr. 182.

⁸ Cf. specifically arts. 48 to 53.

was also restricted (art. 51). Moreover it provided for a simplified procedure for the transmission of the requests, allowing as a general rule the direct contact between judicial authorities of the requesting and executing state (art. 53). These were the essential rules regarding the gathering of evidence in criminal matters in another Member State, until the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 29th May 2000 was adopted. It took more than five years until a sufficient number of states had signed the Convention in order to enter into force the 23rd August 2005. This Convention is based upon the same principles as the 1959 Convention, but it represents a significant step forward in the development of the judicial cooperation in criminal matters.

In parallel, while the mutual legal assistance was being reinforced and updated through international conventions, the European institutions decided to improve the judicial cooperation by replacing the existing international rules on mutual legal assistance with new European instruments based on the principle of mutual recognition (see the Council Conclusions of Tampere 1999)⁹. Since then several action plans and programmes focused on the implementation of the principle of mutual recognition have been approved. In these programmes the obtaining of evidence and its admissibility in criminal matters is placed as a priority for the EU institutions.¹⁰ The so called free movement of evidence appears to be one of the goals within the establishment of a single area of justice and an essential element to fight efficiently against cross-border and organized crime.

2. The approval of the European Evidence Warrant

On 14th November 2003 the Commission presented the Proposal for a Framework Decision on the European Evidence Warrant,¹¹ to improve the judicial cooperation in the obtaining of pre-existing evidentiary elements. Later the Hague Programme¹² defined a five year roadmap to advance towards the establishment of a European area of freedom, security and justice, and expressly mentions the decisions related to the obtaining of evidence and its admissibility.¹³

⁹ http://www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index_es.htm, Conclusions of the Presidency of the Tampere European Council of 15./16.10.1999. With regard to evidence, see precisely point Nr. 36.

¹⁰ See the programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters of 2001, OJC 12, of 15.1.2001. The point 2.1.1, concerning the obtaining of evidence states the aim: “to ensure the evidence is admissible, to prevent its disappearance and to facilitate the enforcement of search and seizure orders, so that evidence can be quickly secured in a criminal case”.

¹¹ COM (2003) 688 final, of 14.11.2003. On the Proposal for a FD on the European Evidence Warrant see extensively under *Bachmaier*, in: Deu/Inchausti/Hernan (eds.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, 2006, pp. 131-178, and the literature quoted there.

¹² Approved in the European Council of 4./5.11.2004, DOC 53, de 3.3.2005.

¹³ Cf. point 3.3.1.

The distrust towards the implementation of the principle of mutual recognition and the particular problems that it poses with regard to the gathering of evidence in another Member State, caused that the Framework Decision on the Evidence Warrant (hereinafter FD EEW) was not approved until December 2008.¹⁴ The FD on EEW has a limited scope as it only applies to obtain pieces of evidence that already exist, as documents, objects or data. This instrument should constitute the first step towards a single mutual recognition instrument that would in due course replace all of the existing mutual assistance regime¹⁵. Following the objectives set out in the programmes and in the FD EEW, the Stockholm Programme of 11.12.2009 also includes among the priorities the setting up of a comprehensive system for obtaining evidence in cases with cross-border dimension.¹⁶ And in April 2010, even before the FD on EEW has been applied, an initiative for a Directive of an EIO is launched. As it can be seen, the EIO is the result of the advancement of the programme designed to strengthen the judicial cooperation and facilitating the obtaining and transmitting of evidence. We could affirm that in this regard, the European institutions have done their homework and they have prepared the instrument which had previously defined as the goal to be achieved.

3. Mutual legal assistance versus mutual recognition

Even if we consider that the EIO was a programmed and long foreseen instrument for the judicial cooperation in criminal matters, this does not mean that it is exempt of controversy. Some have express their concerns with regard to the EIO based on the principle that underpins this instrument, the mutual recognition of judicial decisions; others have shown open opposition to the EIO because the affirm it violates the principle of equality of arms between prosecution and defence in the criminal procedure.

As it is known, under the principle of mutual recognition, the judicial decisions from another Member State shall have the same effect and value as the national judicial decisions without a prior procedure of recognition and homologation.¹⁷ The system of mutual recognition thus is based on mutual trust. In essence it means that the state of execution can renounce to exert control upon the grounds that motivate the request for evidence of the issuing state, because the execution state can trust that the requesting authorities have already checked the legality, necessity and proportionality of the

¹⁴ FD 2008/978/JHA of 18.12.2008.

¹⁵ Point 39 of the Explanatory Memorandum of the Proposal for a FD on EEW.

¹⁶ The Stockholm Programme, Brussels 23.11.2009, 16484/09, JAI 866, point 3.1.1.

¹⁷ On the mutual recognition principle see, among others, *Ormazábal Sánchez*, *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, 2006; *Jimeno Bulnes*, *European Law Journal* 9 (2003), 614-630; *Bujosa Vadell*, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial XIII, 454; *Gleß*, *ZStW* 116 (2004), 353-367; *Peers*, *Common Law Market Review* 41 (2004), 5.

measure requested. If there is trust in another legal system and in their judges, there is in principle no problem in executing a foreign request in the same way as if it were a national decision or request. When the states apply common procedural safeguards and grant an equivalent protection to human rights, there is no problem in recognizing a foreign judicial decision even if it has applied different legal rules. Trust is the very essential basis for the acceptance of the mutual recognition principle. Given this trust, the requested state does not need to check the legality of the foreign judicial decision prior to execute it. This is the main difference between the mutual legal assistance system and the mutual recognition principle. Apart from the formalities – under the mutual legal assistance there is a “request”, whilst under the mutual recognition system, the issuing state sends an “order” – one of the main differences between mutual legal assistance and mutual recognition lies in the procedure for recognition and the grounds for refusal of the request. Under the mutual principle the requested state, as a rule, will not check and is not allowed to check the grounds – level of suspicion, necessity or proportionality of the measure – that have motivated the request, whereas under the system of mutual assistance the executing state has much more leeway to check the merits of the foreign judicial decision. However, this does not mean that the principle of mutual recognition is equivalent to a blind and automatic recognition and execution of the measure requested, but as a rule, the grounds for refusal are restricted to a minimum.

The Convention of 1959 allows the requested party to refuse to cooperate if it “considers that execution of the request is likely to prejudice the sovereignty, security, ordre public or other essential interests of its country” (art. 2b). These grounds for refusal are very broad and thus give ample discretionary powers to the requested authority. Additionally to these undefined causes for refusal, the execution of requests relative to search and seizure measures have to comply with specific requisites stated in art. 5 of the Convention, as for example that the offence is punishable in both states.¹⁸ Even if the requisite of the double incrimination is reduced by the Convention on the Application of the Schengen Agreement (art. 49), the grounds for refusal in principle remain the same

¹⁸ Art. 5: 1. Any Contracting Party may, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, when signing this Convention or depositing its instrument of ratification or accession, reserve the right to make the execution of letters rogatory for search or seizure of property dependent on one or more of the following conditions:

- a) that the offence motivating the letters rogatory is punishable under both the law of the requesting Party and the law of the requested Party;
 - b) that the offence motivating the letters rogatory is an extraditable offence in the requested country;
 - c) that execution of the letters rogatory is consistent with the law of the requested Party.
2. Where a Contracting Party makes a declaration in accordance with paragraph 1 of this article, any other Party may apply reciprocity.

as under the 1959 Convention, in addition to the principle of *ne bis in idem*”.

According to the European institutions, the traditional mutual assistance mechanisms are too slow and inefficient to meet the needs of the judicial cooperation in criminal matters and therefore the system mutual assistance has to be replaced by instruments of judicial cooperation based on the principle of mutual recognition. The new instruments shall speed up the transmission procedure, overcome the language difficulties and reduce the possible grounds of refusal to comply with the request. According to this scheme for example art. 13 of the FD EEW defines much more narrowly the grounds for refusal and eliminates the mandatory application of these grounds article, stating that the evidence warrant “may” be refused.¹⁹ As it can be seen the FD EEW does not include a broad ground as the “*ordre public*”, but nevertheless it still provides for a long list of grounds to refuse the execution of the request. The principle of mutual recognition is to be implemented gradually or step by step. The Member States as well as the European institutions are well aware that it is probably too early to exclude all grounds for refusal as it is still necessary to allow the requested state to invoke certain grounds in order to deny the execution of the request. However, the FD EEW already establishes that in 2014 there

¹⁹ Art. 13.1: Grounds for non-recognition or non-execution
1. Recognition or execution of the EEW may be refused in the executing State:

- (a) if its execution would infringe the *ne bis in idem* principle;
- (b) if, in cases referred to in Article 14(3), the EEW relates to acts which would not constitute an offence under the law of the executing State;
- (c) if it is not possible to execute the EEW by any of the measures available to the executing authority in the specific case in accordance with Article 11(3);
- (d) if there is an immunity or privilege under the law of the executing State which makes it impossible to execute the EEW;
- (e) if, in one of the cases referred to in Article 11(4) or (5), the EEW has not been validated;
- (f) if the EEW relates to criminal offences which:
 - (i) under the law of the executing State are regarded as having been committed wholly or for a major or essential part within its territory, or in a place equivalent to its territory; or
 - (ii) were committed outside the territory of the issuing State, and the law of the executing State does not permit legal proceedings to be taken in respect of such offences where they are committed outside that State’s territory;
- (g) if, in a specific case, its execution would harm essential national security interests, jeopardise the source of the information or involve the use of classified information relating to specific intelligence activities; or
- (h) if the form provided for in the Annex is incomplete or manifestly incorrect and has not been completed or corrected within a reasonable deadline set by the executing authority.

should be an evaluation regarding the elimination or modification of art. 13.1 and 13.3.²⁰

This is the background of the present proposal for an EIO. Before making an assessment of this new proposed instrument, it might be useful to highlight very briefly the content of this instrument and its main differences with the FD EEW of 2008.

III. The European Investigation Order: a step further in the gathering of evidence in another Member State

1. A comprehensive order for obtaining evidence to overcome the complexity of the existing instruments

The FD EEW approved in 2008 after a long and arduous procedure, due to its limited scope of application, has to coexist with the instruments of mutual legal assistance, mainly the 1959 and 2000 Conventions on mutual assistance in criminal matters. Despite the strong efforts done by all the European institutions and the Member States – some Member States, to be precise –, it is unclear whether the EEW will in practice contribute significantly to facilitate the gathering of evidence in cross-border criminal cases and its admissibility in the criminal trial. We have to bear in mind that the EEW is another piece of a fragmented system, and this piecemeal approach does not help simplify the judicial cooperation between Member States. As the EEW is only applicable to pre-existing elements of evidence, for all other evidentiary materials that might be also needed, practitioners will still have to use the letters rogatory of the mutual legal assistance system. In other words, if for a criminal investigation the prosecutor or investigating judge need information relative to bank accounts or transactions, a witness interrogatory and a document stating the profession of the suspect, the request of this evidence can not be done through the EEW, as it only covers the last mentioned piece of evidence (art. 4 expressly excludes the EEW for witness interrogatory and bank information). Confronted with such a situation, it can be advanced that practitioners will opt to request all the evidence through one channel, the mutual legal assistance system, which covers all of them, instead of sending several requests through different means. It seems that the advantages of the EEW will be of limited significance in practice as in a majority of criminal cases the EEW shall need to be complemented with additional mutual assistance requests. The shortcomings of the EEW were known to the Commission, especially the fragmentation of the instruments, but according to the Commission this should only happen during a transitional period, until the EIO. This might explain why the proposal for an EIO has been launched even before the EEW has been applied.

Overcoming the fragmentary regime in the obtaining of evidence and providing an efficient instrument to facilitate the cooperation is the aim of the EIO. The logic behind the EIO, as exposed in its Explanatory Memorandum is as follows: the obtaining of evidence through judicial cooperation shall occur as quick and easy as possible. The coexistence of

different rules and systems entails complexity. In order to overcome the complexity, the system of mutual legal assistance has to be replaced completely with a single European instrument for the obtaining of all kind of evidence. The new approach claims for the substitution of the mutual legal assistance instruments, because they are considered to slow and inefficient. We will address later the truthfulness of the premise upon which the EIO is based and the statement regarding the inefficiency of the mutual legal assistance system and the efficiency of the mutual legal principle. It can be already advanced that the confusion introduced by the EEW is not a solid reason to replace the whole system of mutual legal assistance.

2. Main differences between the EEW and the EIO

The PD EIO covers all kind of investigative measures, except the setting up of joint investigation teams and certain interceptions of communications (art. 3.2 PD EIO). Its scope of application is not limited to a list of offences, as it is the case in the EEW (art. 14.2 FD EEW). As a rule, the EIO is applicable to all criminal proceedings or administrative proceedings in criminal matters (art. 4 PD EIO). On the other hand, the grounds to refuse the request for evidence are further limited, as the new PD EIO does not mention the *ne bis in idem* nor the double incrimination requisite. Art. 10 PD EIO establishes as possible grounds for refusal a) certain kind of immunities or privileges; b) grounds of national security or national interest, as well as intelligence activities; c) the measure requested is not foreseen in the executing state and no other measure available would serve to achieve a similar result.; and d) the EIO has not been issued within a criminal procedure and the measure would not be authorised in a similar national case.

As seen, the fact that the measure is not regulated in the executing state is not an automatic ground for refusal. The requested authority shall try to achieve the same result through other legal measures, and only if this is not possible either, then the absence of legal regulation will end up in a refusal to enforce the measure. The way to proceed will be the same, if the measure requested exists in the executing state, but its use is restricted to a category of offences which do not include the offence stated in the request. In those cases, art. 9.1c) PD EIO provides for the enforcement through other measures, and only if this solution is not applicable, the request shall not be executed.

The PD EIO has eliminated the statement contained in art. 7 FD EEW, which requires the issuing state to check the legality, proportionality, admissibility and necessity of the evidence prior to issuing the EEW.²¹ In my opinion the

²⁰ Art. 24.3 FD EEW.

²¹ Art. 7 FD EEW. Conditions for issuing the EEW: Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the EEW is issued only when the issuing authority is satisfied that the following conditions have been met: a) obtaining the objects, documents or data sought is necessary and proportionate to the purpose of proceedings referred to in art. 5;

elimination of this provision does not constitute any relevant change, as it is taken for granted that every judicial authority will check those conditions before issuing the EIO.

Furthermore the PD EIO includes certain specific rules for measures that do not fall under the scope of the EEW and presently can only be requested through the mechanisms provided in the Convention of mutual assistance of 29th May 2000 and its Protocols. With the aim of reducing the fragmentation, several provisions contained in the 2000 Convention are transferred to the text of the EIO. Among these we can mention, for example: the temporary transfer of persons;²² the hearing of witness or experts by videoconference (art. 21 PD EIO, which is similar to art. 10 of the 2000 Convention) or by telephone conference (art. 22 PD EIO which corresponds to art. 12 of the 2000 Convention); the interception of communications (measure covered by the general provisions of the EIO, already foreseen in arts. 17-22 of the 2000 Convention); the request for bank data and monitoring of bank transactions (arts. 23, 24 y 25 PD EIO, correspond to the rules included in the Protocol to the Convention of 2000, of 16 October 2001); o the controlled deliveries (art. 26 PD EIO, which correspond to art. 12 2000 Convention).

As to the time limits to enforce the request of evidence, neither the Convention of 1959 nor the Convention of 2000 establish a fixed term, although the 2000 Convention expressly states that the request shall be executed "as soon as possible, taking as full account as possible of the procedural deadlines and other deadlines indicated by the requesting Member State," (art. 4.1 Convention of 2000). Notwithstanding this rule, in practice the execution of requests of evidence suffer frequent delays. The delays obviously have a bearing on the efficiency of the criminal investigation and consequently on the criminal trial. With the aim of speeding up the enforcement of the request of evidence, the FD EEW provides already for a deadline, deadline that is also included in the PD EIO.²³

Finally, an important difference between the FD EEW and PD EIO is to be found with regard to the legal remedies. Whilst art. 18 FD EEW expressly states that the Member States shall ensure the access to the legal remedies to all interested parties as well as third parties affected by the

b) the objects, documents or data can be obtained under the law of the issuing state in a comparable case if they were available on the territory of the issuing State, even though procedural measures might be used.

These conditions shall be assessed only in the issuing State in each case.

²² Arts. 19 and 20 PD EIO regulate the temporary transfer of persons that is now included in art. 9 of the Convention of Mutual Assistance in Criminal Matters of 29th May 2000, although the provision of the PD EIO is more complete.

²³ Likewise to the FD EEW, the PD EIO states that the requested state will immediately adopt the necessary measures to comply with the request. Furthermore, precise deadlines for recognition and execution are provided in art. 15.3 FD EEW (general deadline 60 days) and in art. 11.4 PD EIO (as a rule, 90 days).

measure taken in compliance with an EEW, the PD EIO remains silent on this issue. Such an express statement might not be indispensable, as the duty to provide full access to courts and to legal remedies against judicial measures is something that is implied in the procedural safeguards recognized in art. 6 of the ECHR. However, it would not harm to keep such a rule in the regulation of the EIO.

3. *The limitation of the grounds for refusal*

Two are the issues that in my opinion merit a closer analysis: the suppression of the requirement of double criminality and the absence of a reference to the *ordre public* as a possible ground to refuse the recognition and enforcement of the EIO. And secondly, the difficulties that entail the application of a single instrument to legal systems whose principles of criminal justice and procedure differ significantly, if they are not contradictory.

a) According to the wording of the PD EIO, the requested State is obliged to comply the EIO issued by another Member State, even in those cases where the cooperation requested is directed to the investigation of an act that does not constitute an offence in the executing State. The condition of the double criminality has been partially eliminated from the text of the FD EEW, although it still remains for some cases.²⁴ The European Commission has clearly stated that the requirement of double criminality is contrary to the principle of mutual recognition and therefore the purpose is to gradually eliminate it from the European instruments of judicial cooperation in criminal matters and therefore the double criminality requirement has been directly dropped in the EIO. This means that, the executing State is obliged to carry out the investigative measure requested as an EIO even if the evidence is aimed to prosecute an offence which is not punishable under the law of the executing State.

It might be accepted that the cooperation and transmission of evidence between two Member States takes place even if the facts that give rise to the request do not constitute an offence in the executing State. Double criminality might not be necessary to establish the obligation to cooperate in the obtaining of evidence if no coercive investigative measures are to be adopted in the executing State. For example, if a judge in Germany issues an EIO with regard to an offence of denial of the holocaust, requesting the Spanish authorities to interrogate a witness or to find out the whereabouts of the suspect, the compliance with that request would, to my mind, not entail any infringement of fundamental rights or contradiction with the constitutional principles of the requested State.

²⁴ The FD EEW requires that the offence that originates the warrant is punishable in both States: where the collection of evidence requires to carry out a search and seizure in the requested State and for those cases where the offence is not included in the list of art. 14 FD EEW. If the offence is listed in art. 14, the double incrimination will only be required if the offence for which the EEW has been issued is punished with less than three years imprisonment in the issuing State.

However, if the fulfilment of the EIO requires to carry out a telephone tapping or a domicile search, the executing State should be allowed to refuse the enforcement of such a measure on the basis of the preservation of the coherence of its own criminal justice system. It appears to be quite inconsistent that a State might be obliged to restrict the fundamental rights of its own citizens in its own territory to investigate an act that is not punishable under its own laws.²⁵ The essential basis of the mutual recognition system – the mutual trust in the respective legal orders and legal actors, and the trust in the assessment made relative to the necessity and proportionality of the measure requested – is lacking in such a case. Rather on the contrary: when the offence that gives rise to the EIO is not punishable under the laws of the executing State, it is manifest that both States do not share the same criteria with regard to the need and proportionality of the investigative measure and thus the basis that underpins the principle of mutual recognition, mutual trust, is blurred. Necessity and proportionality are essential conditions to allow the adoption of any investigative coercive measure which entails a restriction of the fundamental rights of a person and lacking these conditions according to the executing State, it should be possible to refuse the enforcement of the EIO.

In sum, in my opinion, only if the evidence can be collected without resorting to the restriction of fundamental rights, the dual criminality requirement could be disregarded.²⁶ The question that now arises is if the PD EIO allows a Member State to refuse the execution of an EIO on this ground. Even if this fact is not expressly recognized in the PD EIO as a ground for refusal, the executing State should be able to oppose the recognition alleging that the execution is contrary to its constitutional principles. Such a solution, would be coherent with the provision of art. 9.1 b) PD EIO, namely the possibility of refusing the enforcement of the EIO when the measure requested is only provided for a

certain category of offences, and the offence which originates the EIO is not included in that category. If a measure can be refused because it is only provided for a more serious crime, it should also be possible to refuse it if the measure could not be applied to investigate the offence described in the EIO form, because the offence as such does not exist in the executing State.

b) Certain national criminal justice systems in Europe apply the principle of legality in a very strict way, others have foreseen wide exceptions to the application of this principle and finally some states decide the criminal prosecution upon reasons of convenience or opportunity to prosecute. For instance, in Spain, the criminal prosecution is not subject to criminal policy guidelines or priorities – at least not legally. In principle, all offences regulated in the Criminal Code, irrespective of the seriousness of the offence or other factual circumstances have to be investigated and if enough evidence is collected, the case shall proceed to trial. In this context it is not unusual that the Spanish authorities – the investigating judge or the public prosecutor – require the judicial cooperation of another Member State with regard to the investigation of offences that could be classified as less serious or even minor offences. In practice it has often occurred that a Spanish investigating judge sends to the Dutch authorities a request for collecting evidence that is needed to investigate a minor drug offence. Such an offence, if only a little quantity of drugs is involved, won't be prosecuted in The Netherlands as a result of applying the principle of opportunity. This means that the Dutch State has decided not to allocate resources for the investigation of these minor offences if they occur in their territory. Would it be sensible to oblige that State to change that policy and allocate resources to investigate those facts when requested by a foreign authority? According to the PD EIO the requested state can not invoke the absence of the double incrimination requirement or the lack of proportionality of the measure to refuse the enforcement of the EIO. This situation can be considered as somewhat contradictory as it would mean that a Member State could be obliged to allocate in some cases more resources to prosecute a crime committed in another Member State than if it had been committed in the own national territory. The practice nowadays shows that the States that apply the principle of opportunity as a rule refuse to execute those requests issued by another Member State regarding the investigation of minor offences.

IV. An Assessment of the PD EIO

When assessing the PD EIO, it is important, in the first place, to distinguish diverse levels or perspectives. This section is aimed at providing exclusively a preliminary and non-definitive assessment of PD EIO – in my opinion; a more comprehensive evaluation of it would be premature and probably imprudent. I will express here some thoughts about the PD EIO, with specific emphasis on its pros and cons and also on the question of if it is indeed necessary to create a European investigation order at this very moment – or if, on the contrary, it would be more advisable to postpone its implementation.

²⁵ Empirical data show that the Member States are not willing to execute special investigative measures if the double criminality requirement is not complied with. See *Vermeulen/De Bondt/Van Damme*, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence, 2010, p. 115, partly available on-line. On the huge debate that has arisen with regard to the abolition of the double criminality by the FD EAW, see *Jimeno Bulnes*, in: Hoyos (ed.), Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards, 2008, p. 101 (pp. 113-122).

²⁶ On the dual criminality requirement see also *Schünemann*, Observations on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf, p. 10; *Peers*, in: State-watch analysis: The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty, expresses also his concerns with regard to the abolition of the dual criminality requirement and says it “represents a fundamental threat to the rule of law”. <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>.

If we look at the PD EIO from the perspective of facilitating reciprocal judicial cooperation to obtain evidence from another Member State, it is unquestionably a positive and useful initiative. Counting on a unified instrument to transmit all requests for evidence – except those excluded by art. 3.2 PD EIO – between all member States certainly simplifies the judicial cooperation²⁷. National authorities would have at their disposal a uniform and simple form to fill out in order to transfer their requests for gathering evidence. Thus, it would be possible to overcome the difficulties implied in deciding among a variety of European instruments, some of them based on mutual recognition and some others on mutual assistance. Also, it would be no longer necessary to verify whether the rules of a given convention are or not applicable with respect to a given country, or whether that particular country has formulated reservations with regard to that convention.

In addition to unifying in one directive all – better, almost all – the relevant rules on judicial cooperation for obtaining evidence, another positive aspect of PD EIO is that it includes a formal declaration of respect for fundamental rights and for the principles derived from art. 6 of the Union Treaty – following the precedent set by the Framework Decision on the European Arrest Warrant (hereinafter FD EAW and the FD EEW). Furthermore, it should be noted that art. 1.3 PD EIO states that the directive shall not have the effect of requiring member States to adopt measures that are contrary to their respective constitutional principles related to the right of association, freedom of the press and freedom of expression. This provision makes clear that no State shall be obliged to recognize or execute an investigation order if it implies infringing on fundamental rights protected by its own Constitution or contravening the case law of the European Court of Human Rights on fundamental rights.

A third element that deserves a positive evaluation is the fact that the current PD EIO has mitigated the strict application of the principle of mutual recognition. As stated by § 6 of the Explanatory Memorandum, this instrument is aimed at improving the implementation of the principle of mutual recognition but with the traditional flexibility that was characteristic of the system of mutual assistance. Thus, when regulating the grounds to refuse the cooperation, art. 10 PD EIO authorizes States to refuse the enforcement of requests when its own laws do not foresee the requested measures or justify them only for more serious crimes. Another expression of flexibility is art. 8.2 PD EIO, which provides, with all logic, that the authorities of the executing State shall comply with the investigation order following the formalities and proceedings indicated by the issuing State only if the application of the *lex fori* does not contradict its own fundamental legal principles.²⁸

²⁷ Although the scope of the PD EIO is not fully clear due to the undefined concept of “investigative measure” doubts may arise as whether the EIO applies to all covert investigative measures.

²⁸ As *Ambos* points out, the grounds to refuse the execution of the EIO show that in the concrete regulation the systems of

Also the establishment of deadlines for execution by PD EIO can be viewed as appropriate. It certainly may impose a strong pressure on the authorities of the executing State, and it may not be possible to respect always the deadlines specified by art. 11 PD EIO when the requested measures are particularly complex. However, these provisions seem justified considering that excessive delay in the execution of letters rogatory – especially those related to the collecting of evidence – is one of the most serious problems in the realm of judicial cooperation. Although it is likely that the provision of deadlines will not entirely solve this problem, its mere existence might contribute to foster the rapid execution of requests. This is, of course, only a conjecture, for an accurate assessment of the consequences of the deadlines cannot be done until it has been put into practice.

In spite of the advantages that EIO can bring for a greater efficiency in the transmission and execution of requests for gathering evidence in criminal matters, it also raises some important questions. First of all, the fact that the executing State cannot refuse to comply with the requested measure on substantive grounds nor the affected party can oppose to the enforcement of the measure. According to the principle of mutual recognition, the executing State is not entitled to perform a control of the justification of the requested measure as a condition for its execution. Furthermore, in the standard form annexed in the PD EIO it is not even necessary to mention the indications or suspicions that have led to the commencement of the criminal investigation and consequently to the request for obtaining evidence. The authorities of the executing State are bound to trust the issuing State’s assessment and do not have any opportunity to corroborate the necessity or the proportionality of the requested measure. The only ground for opposition, in application of the general clause contained in art. 1.3 PD EIO, is that the executing State deems that the measure in question would violate fundamental rights or certain constitutional rules.

With this in mind, we may accept that PD EIO impose the judicial authorities of different States to have a ‘blind’ trust on each other, but to require from the parties in the process an identical trust on the public authorities is perhaps not so easy to accept without objections. We should not forget that one of the functions of the defence consists in verifying the legality and constitutionality of all measures adopted in the investigation of a crime. Often this verification can be done only a posteriori, with regard both to the measures executed within national territory and to those others executed through judicial cooperation in another State. To require the defence to trust blindly in the way of acting of the law enforcement authorities, prosecutors or judges – regardless if they are national or foreign authorities – is contrary to their own duties, which are aimed at questioning and controlling the methods followed in the obtaining of evidence. The defence lawyer’s task is to check the legality of the measures adopted by the criminal justice authorities, and not to trust that they have accomplished their tasks correctly. In any event, to

mutual legal assistance and mutual recognition are very similar, cf. *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).

control the legality of investigative measures performed in a foreign country entails an additional difficulty, for it involves a different legal system and the relevant documentation is frequently in a foreign language. Without the assistance or support of lawyers that are acquainted with the legal system of the executing State (or States), it is virtually impossible to control if the evidence has been legally obtained. These difficulties are not new, and do not stem from the application of the principle of mutual recognition or from European instruments of cooperation. The same difficulties have already been raised with respect to the letters rogatory executed under international conventions.

Another controversial issue is the fact that PD EIO does not require judicial authorization to perform those investigative measures that entail especially serious limitations on fundamental rights. The text of PD EIO can be interpreted in the sense that also public prosecutors can issue the EIO (art. 2 a) i).²⁹ It is true that the ECtHR's case law does not generally require judicial authorization as a condition to adopt investigative measures that restrict fundamental rights but, in my opinion, PD EIO should have explicitly established this principle. Taking into account that the parties in a criminal process must face additional difficulties to verify the legality of the way in which evidence has been obtained in a foreign country, these difficulties should have been counterbalanced by imposing a previous judicial authorization for the execution of all coercive measures.

In any event, the most controversial question regarding PD EIO is the principle of equality of arms in criminal procedure. A general criticism has been that the EU, when pursuing the creation of European space of justice, is mainly concerned only about reinforcing the efficiency of criminal prosecution and endowing judicial cooperation with more speedy mechanisms, but there is no parallel effort to increase and refine procedural guarantees for the accused. This criticism is not without fundament. Certainly, if the aim is to put supranational measures at the disposal of the public prosecution, it is logical to think that one of the priorities should be facilitating the articulation of the defence at the same level – at least, a similar degree of efficiency at the cross border level should be sought. Reality, however, is far from it. Except for a minimal number of defendants with sufficient resources to organize and pay for a transnational defence, it is normally very difficult for the defendant to have access to elements of evidence available in other member State or to

²⁹ Of the same opinion the response to Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility written by the German Federal Bar (Bundesrechtsanwaltskammer), p. 3, under http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/german_federal_bar_en.pdf. Previously expressed their opinion against the possibility that the public prosecutor may issue an EEW, among others, *Gazeas*, ZRP 2005, 18 (21); *Vogel*, The European Evidence Warrant: A New Legal Framework for Transnational Evidence Gathering in Criminal Matters, speech at European Criminal Bar Association (ECBA) in Paris on 1.5.2004.

verify how the evidence gathered by the prosecution has been obtained. Despite the many and intensive efforts by European institutions, this proposal for a framework decision on certain procedural rights in the criminal proceedings has not reached yet the necessary consensus to be approved.³⁰ In this scenario, the approval of another instrument to help the transfer of evidence between prosecution authorities can but increase the imbalance between the prosecution and the defendants.³¹ This imbalance already exists, for the traditional instruments of mutual judicial assistance were also designed to facilitate the cooperation between judges and public prosecutors, and did not create accessible channels for the use of the defence or the accused. Therefore, the shortcomings of the PD EIO – and the DM EEP – in this regard are found as well in the rules contained in the conventions of mutual judicial cooperation.

In order to facilitate the admissibility of evidence gathered in another Member State, the PD EIO considers the possibility that the authorities of the issuing State assist in obtaining that evidence (art. 8.3) and makes reference to the executing State's obligation to comply with the formalities and procedures indicated by the issuing State – except, of course, that it would be incompatible with its own fundamental legal principles. These two provisions, already present in the DM EEP and partially also in the Convention of 29th May 2000, aim at preventing that the evidence is rendered inadmissible in the issuing State in which it must have effect. Naturally, to ensure the free circulation of evidence and its admissibility by any court irrespective of where it has been obtained, the ideal would be to have homogeneous procedural rules. But, as this goal seems unrealistic at the moment, at least it would be useful to bring the national legislations nearer through the approval of some minimum standards about the gathering of evidence. Common standards would

³⁰ On the Proposal for a Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union, see *Bachmaier*, *Proceso penal y protección de los derechos del imputado en Europa*. La propuesta de Decisión Marco sobre determinados derechos procesales en los procesos penales en la UE, in: De la Oliva, Armenta, Calderón (eds.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, 2007, pp. 41; Arangüena (ed.), *Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, 2005; *Arangüena*, in: Hoyos (fn. 25), 2008, pp. 132.

³¹ In favour of postponing the EIO until there are minimum procedural safeguards in force, see, for example the reply of "Fair Trials International" to the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/fair_trials_international_en.pdf p. 2; also CCBE observations: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ccbe_en.pdf, p. 2; and the ECBA comments http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ecba_en.pdf, p. 2.

reduce legal incompatibilities between States, thus diminishing the problems related to the admissibility of evidence.

However, I do not consider that this harmonization should be understood either as a prerequisite for the approval of PD EIO or as a *sine qua non* for the implementation of instruments aimed at facilitating mutual judicial cooperation.³² At present, the issue of the admissibility of evidence must be dealt with primarily at the national level, according to the checks and balances of each system of criminal justice,³³ and it is not for the European institutions to impose rules about when and why evidence can or cannot be declared admissible. For instance, in Spain the Supreme Court has held since long ago,³⁴ that all evidence gathered abroad was admissible, provided that it had been obtained in accordance with the procedural laws of the executing State. This entails a relative distortion of the consistency of Spanish domestic evidentiary rules but, at the same time, eliminates the problems derived from the inadmissibility of evidence obtained without full and scrupulous respect for the *lex fori*. In this point, I consider that the issue of the admissibility of evidence gathered in a foreign country is essentially the responsibility of national legislation. So we can see, that, in a certain way, the Spanish courts have been applying the principle of mutual recognition prior to the European mutual recognition instruments, but as a result of trust – or pragmatism –, but not as an imposed obligation to show firm trust towards European judicial decisions.

The foregoing observations are however compatible with being in favour of seeking some minimum European standards on the gathering of evidence, with the aim of ensuring the protection of the rights of the accused. More harmonization at the pre-trial stage would be positive not only to facilitate the admissibility of evidence, but also to help the defence in controlling the lawfulness of the collecting of evidence. These should be understood, in my view, not as rules on how evidence must be evaluated or can be admissible in each State, but rather as minimum safeguards – i.e. criteria that determine when the evidence should be considered inadmissible for not having met some minimum requirements. And even in that case, it would constitute a substantial interference with the structure of criminal procedure of member

³² For the opposite opinion see *Schünemann*, Observations on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf, p. 1, and p. 3 calling for the “most extensive harmonisation possible of the law of evidence”.

³³ See also *Spencer*, ZIS 2010, 602, and the Comments of the Deutscher Richterbund on the European Commission’s Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility, under http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/deutscher_richterbund_en.pdf, p. 2.

³⁴ Spanish Supreme Court (Sala de lo Penal), decision of 19.1.1995 – STS 13/1995. More recently Spanish Supreme Court (Sala de lo Penal), decision of 20.9.2005 – STS 1142/2005.

States, which would be of doubtful justification under the principle of subsidiarity.

V. Concluding Remarks

Summarizing, in my opinion the text of the PD EIO is on the whole positive, from the perspective of facilitating and speeding up the request and execution of evidence that is available in other member State. A single instrument that can be used for the request of almost all types of evidence is much more practical and efficient than the EEP, of predictable little success because of its limited scope of application. However, if we take the perspective of the accused, the PD EIO continues to ignore that facing evidence obtained in a foreign country causes additional difficulties for the defence, and does not foresee a way to balance the inequality of arms between the parties in the criminal procedure. Perhaps approving the PD EIO is somewhat premature and it would be preferable to wait until the directive on the procedural rights of the accused raises sufficient consensus. Nevertheless, I do not share the opinion that the approval of the PD EIO should first wait to have the results of the application of the EEP in order to have more experience in the area of evidence gathering³⁵ – as indicated above, the little practical application of the EEP is quite predictable in view of its very limited scope.

We can even question the very ground of the creation of EIO as an instrument of judicial cooperation.³⁶ The Commission has repeatedly affirmed, and the PD EIO’s Explanatory Memorandum insists on it, that Europe should go beyond the systems of mutual judicial assistance because of their inefficiency. In this direction, it has approved diverse instruments based on the principle of mutual recognition, and now affirms that the coexistence of both systems cause and increased complexity and confusion, and therefore the conventional rules of mutual judicial assistance must be replaced. This reasoning seems certainly weak to me.

On the one hand, it is grounded on the premise that the instruments of mutual assistance do not function appropriately; and on the other hand, without a clear rationale, it advocates that – instead of improving them – we should substitute them with other cooperation instruments. This reasoning lacks consistency because is not sufficiently substantiated with empirical data.³⁷ We have recently collected data, within a

³⁵ The EJCN (European Network of Councils for the Judiciary) is however in favour of a step-by-step approach, and not replacing the existing instruments by the EIO until they have been tested. See http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/encj_en.pdf, p. 3. In favour of waiting for the EEW to be applied and make an assessment of the functioning of the principle of mutual recognition with regard to the obtaining of evidence see *Ambos*, ZIS 2010, 557 (559 point 3.).

³⁶ On the different models of cooperation in criminal matters in Europe, their optimization, their requirements as well as the advantages and conditions of supranational solutions, see the extensive study by *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (28 ff.).

³⁷ See also the response to the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its

research project about the practical operation of mutual judicial cooperation between EU member States. Through numerous interviews with judges, public prosecutors and lawyers involved in European cross-border criminal cases – or proceedings with cross-border elements – we have sought to identify the main problems they must face when dealing with evidence gathering in another Member State. This coordinated investigation has revealed that the most important problems appear in connection with delays in the execution of requests and with the linguistic barrier that sometimes make communication difficult. There were no significant complaints about the system of mutual assistance. Furthermore, very rarely causes for refusal were mentioned in the execution of requests and, in the opposite direction, very rarely some of the interviewed persons had felt obliged to refuse the execution of a request for gathering evidence. The vast majority of the interviewed agreed that the system functions appropriately, except for the delays in the execution of requests, and no one expressed the need to substitute mutual assistance with new instruments based on mutual recognition.

This merely partial inefficiency of the current systems of judicial assistance moves us to consider if it would not be better to rectify those flaws instead of replacing the instruments themselves.³⁸ Why there has been no emphasis on reinforcing the compliance of the 2000 Convention's provisions, especially with respect to deadlines, or on endowing the administration of justice with more means to respond adequately to requests of judicial cooperation? If the major problems in judicial cooperation are caused by an overload of work, lack of specialized training and linguistic barriers, why are not these priority areas and the main efforts are put in the creation of a new normative framework? The Commission's choice has been clearly to promote new instruments of cooperation but it could well be rather a political choice and not necessarily the consequence of a legal analysis of the real problems that we find in cross border criminal proceedings in the EU. The EIO would be, no doubt, very useful for the creation of a future European Public Prosecutor, who would have an automatic and efficient instrument at his disposal in any member State. However, from the perspective of granting appropriate safeguards from the accused it raises serious con-

cerns. And finally, from the point of view of facilitating, improving and speeding up the gathering and transfer of evidence, perhaps the EIO is might not be strictly necessary. In any event, its mere existence and implementation would not likely be enough to solve the current problems that judges, public prosecutors and lawyers must face in proceedings with cross-border elements.

admissibility written by the German Federal Bar (Bundesrechtsanwaltskammer), p. 2, under http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/german_federal_bar_en.pdf. the statement of the ECBA on the Green Paper, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ecba_en.pdf; and the response of "The Law Society of England and Wales",

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/law_society_of_england_and_wales_en.pdf.

However, some studies are already directed to this objective as may be seen in Vermeulen/De Bondt/Van Damme (fn. 25).

³⁸ Of this opinion also, *Spencer*, in his provisional reactions to the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility,

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/john_spencer_en.pdf.

L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?

Par Maître de conférences Dr. **Juliette Lelieur**, Rouen

Dans son Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, la Commission européenne propose un vaste programme législatif tendant à élargir le champ d'application de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuves pénales. Or, une telle extension nécessite qu'il existe un niveau équivalent de protection des personnes suspectées et poursuivies dans l'ensemble de l'Union européenne. L'adoption de normes communes européennes réglant les droits de ces personnes constitue donc un préalable indispensable à l'élaboration de tout nouvel instrument de reconnaissance mutuelle.

En France, le droit pénal probatoire comporte des faiblesses qui ne demandent qu'à être vaincues. Un projet de réforme est actuellement en débat, mais il n'est pas sûr qu'il apporte toutes les réponses utiles. Dans ce contexte, on peut imaginer que l'établissement de normes communes européennes inspire le législateur français et facilite ainsi la rénovation du droit probatoire français. Toutefois, tant du point de vue européen que français, ces normes communes ne connaîtront le succès qu'à la condition de proposer un haut degré de protection des personnes suspectées et poursuivies dans le cadre de procédures pénales. A défaut, la coopération judiciaire européenne continuera de souffrir du manque de confiance entre les Etats membres et la France risque à la fois de gêner cette coopération et de conserver un niveau insuffisant de protection des justiciables.

I. Introduction

Dans un laps de temps très court après l'adoption de la décision-cadre du 18.12.2008 établissant le mandat d'obtention de preuves,¹ la Commission européenne relance en ce début de programme de Stockholm² le difficile chantier de la recherche transnationale de preuves pénales dans l'Union. A cette fin, elle a fait paraître en novembre 2009 un Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité.³ Selon le plan d'action du 20.4.2010⁴ mettant en œuvre le programme de Stockholm, deux propositions législatives prévues pour 2011 feront suite à ce livre vert: l'une relative à un

système global d'obtention de preuves en matière pénale, fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types d'éléments de preuves; l'autre visant à instaurer des normes communes en matière d'obtention de preuves en matière pénale afin d'en garantir la recevabilité.

La précipitation de l'Union à intervenir à nouveau en matière probatoire, alors que le délai imparti aux Etats membres pour transposer la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves n'est pas encore écoulé,⁵ ne manque pas de susciter l'étonnement.⁶ Il faut toutefois considérer que l'action européenne en matière de recherche et de transmission transnationale des preuves pénales a été assez mal engagée ces dernières années. Trois instruments se partagent en effet le terrain: la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29.5.2000,⁷ la décision-cadre du 22.7.2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve⁸ et la décision-cadre du 18 décembre 2008, déjà mentionnée. Il en résulte une dualité des méthodes employées (entraide judiciaire traditionnelle pour l'obtention de certaines preuves; reconnaissance mutuelle pour d'autres) et une distinction en fonction de l'étape de la recherche (gel d'un bien constituant un élément de preuve; transmission de la preuve à l'Etat requérant).⁹ Cette double fragmentation, qui oblige les praticiens à multiplier les actes fondant leurs demandes, est source de confusion. Elle a été largement dénoncée. Prenant acte de la critique, la Commission propose pour remède l'adoption d'un „instrument unique fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types de preuve“¹⁰.

Cette nouvelle étape du renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale entraînerait l'application généralisée de la méthode de la reconnaissance mutuelle à la ques-

¹ Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil relative au mandat d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JO L 350 du 30.12.2008.

² Nouveau programme pluriannuel pour la période 2010-2014 faisant suite aux programmes de Tampere et de La Haye et intitulé «Une Europe ouverte et sûre qui se met au service des citoyens et les protègent». Voir les conclusions du Conseil européen des 10./11.12.2009, EUCO 6/09.

³ COM (2009) 624 final.

⁴ COM (2010) 171 final, p. 16.

⁵ Ce délai expire le 19.1.2011.

⁶ Voire l'hostilité, comme en témoigne la réponse de l'Allemagne aux questions posées par la Commission dans le Livre vert, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf; il existe aussi une version anglaise: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_en.pdf

⁷ JO C 197 du 12.7.2000.

⁸ Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil.

⁹ Pour le gel, c'est la décision-cadre du 22.7.2003 qui s'applique; pour la transmission du bien gelé, la décision-cadre du 18.12.2008. Pour plus de détails sur cette articulation, voir Lelieur, „La reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation“, Synthèse de la table ronde du colloque du 15.9.2009, in: Cutajar (dir.), Garantir que le crime ne paie pas: stratégie pour enrayer l'expansion des marchés criminels, à paraître.

¹⁰ Livre vert, COM (2009) 624 final, p. 5.

tion complexe de l'obtention transnationale de preuves. Or, au regard de la variété des règles nationales en matière de procédure pénale, la reconnaissance et l'utilisation dans un Etat membre d'une preuve recueillie dans un autre Etat membre restent très délicates. Ainsi, de façon plus nette en matière probatoire que dans d'autres domaines, la qualité implicite de „baguette magique“ souvent attribuée à la reconnaissance mutuelle risque fort de fondre comme neige au soleil.¹¹

Consciente que le rapprochement des normes procédurales nationales a été négligé ces dernières années, la Commission semble avoir compris l'urgence qu'il existe à créer des normes communes européennes applicables au recueil des preuves pénales.¹² Parallèlement, le Conseil de l'Union européenne reconnaît dans sa résolution du 30.11.2009 que les droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales n'ont pas été renforcés dans l'Union alors que des progrès notables y ont été accomplis pour faciliter les poursuites.¹³ Il en conclut qu'„il est temps à présent de prendre des mesures afin de parvenir à un meilleur équilibre entre [les mesures visant à faciliter les poursuites] et la protection des droits procéduraux des personnes“¹⁴. Par conséquent, „il convient de mener une action au niveau de l'Union européenne en vue de renforcer les droits des suspects ou des personnes poursuivies“¹⁵. Sur ce, la Commission envisage de „donner plein effet [à la Charte des droits fondamentaux] en concrétisant véritablement les droits qu'elle énonce“¹⁶. Affirmant que „le droit européen doit garantir un niveau élevé de droits aux personnes poursuivies, non seulement en matière d'équité du jugement, mais aussi en ce qui concerne les conditions de rétention et d'incarcération“¹⁷, elle réserve une série de propositions législatives destinées à renforcer les droits des personnes dans le cadre des procédures pénales.¹⁸

Tant l'annonce d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle – encore un! – dont le champ d'application serait

particulièrement large puisqu'il viserait tous les types de preuves, que la double perspective d'harmonisation juridique qui l'accompagnerait – instauration de normes communes en matière d'obtention de preuves en matière pénale afin d'en garantir la recevabilité et renforcement des droits des personnes dans le cadre des procédures pénales – posent la question de leur réception dans les Etats membres. Il sera question, dans cette étude, de la manière dont le droit français peut s'accommoder de ce vaste programme législatif suggéré par l'Union européenne.

Il faut bien l'admettre, la procédure pénale française est dans un triste état. Les vingt dernières années ont produit de multiples „réformatives“ imposées aux praticiens à un rythme frénétique et empilées les unes sur les autres sans grande cohérence dans le code de procédure pénale. Certaines lois plus ambitieuses que les autres ont certes permis l'adoption de mesures intéressantes mais, le législateur ayant manifestement perdu – ou détourné – le fil directeur, elles se retrouvent trop souvent noyées dans un magma de règles dont l'esprit souffre de contradictions et la lettre est devenue illisible.

En droit probatoire français, les principes généraux à valeur législative sont rares et formulés de manière vieillotte ou imprécise par les textes.¹⁹ La Cour de cassation a dû, faute de prescriptions légales ou constitutionnelles pertinentes, faire œuvre de création pour assurer la mise en œuvre de garanties essentielles, mais son intervention est restée timide. Ainsi, des principes comme celui de la proportionnalité des mesures d'enquête et de l'interdiction de faire témoigner un individu contre lui-même sont peu développés. Par ailleurs, la compatibilité de la réglementation spéciale relative à la recherche des preuves pénales avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme est parfois plus que douteuse. Des condamnations récentes de la Turquie à propos de personnes gardées à vue²⁰ montrent que la législation française, nullement plus enviable que la législation turque en cette matière, nécessite un sérieux rafraîchissement pour espérer franchir avec succès le cap d'un éventuel examen de la juridiction strasbourgeoise. Par ailleurs, le défaut d'indépendance par rapport à l'exécutif du ministère public, qui est amené à contrôler la mesure privative de liberté visant à interroger le suspect qu'est la garde-à-vue, constitue un point particulièrement sensible.²¹

Enfin, de façon générale, les praticiens des tribunaux se déclarent dans l'incapacité de mettre en œuvre la totalité des garanties procédurales protectrices des individus, faute de moyens. Quant aux avocats, ils déplorent le faible rôle qui leur est attribué. Leur intervention pour assurer la défense des suspects est tardive – uniquement à partir de l'audience pour les délits et les contraventions ne faisant pas l'objet d'une instruction judiciaire. Leurs demandes d'actes d'enquête ne

¹¹ *Vervaele*, in: *Même* (dir.), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, 2005, (p. vi) Voir également *Jault-Seseke/Lelieur*, in: *Jault-Seseke/Lelieur/Pigache* (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal, regards croisés*, 2009, p. 3, p. 16-17; *Gless*, in: *Jault-Seseke/Lelieur/Pigache* (op. cit.), p. 155 et s., p. 161.

¹² Livre vert, COM (2009) 624 final, p. 6; Communication de la Commission du 20.4.2010 „Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm“, COM (2010) 171 final, p. 4.

¹³ Résolution du Conseil du 30.11.2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (2009/C 295/01), point 2 du préambule.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Résolution 2009/C 295/01 du Conseil du 30.11.2009, n° 1.

¹⁶ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 3.

¹⁷ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 3-4.

¹⁸ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 15.

¹⁹ Voir en particulier l'article 427 du code de procédure pénale (ci-après «CPP»).

²⁰ CEDH, 27.11.2008 – n 36391/02 (*Salduz c. Turquie*); CEDH, 13.10.2009 – n 7377/03 (*Dayanan c. Turquie*).

²¹ CEDH, 10.7.2008 et 29.3.2010 (*Grande chambre*), – n 3394/03 (*Medvedyev c. France*).

sont pas toujours entendues par les juges d'instruction qui, pour certains, s'estiment encore seuls maîtres de l'enquête. Face à constat d'impuissance, d'aucuns baissent les bras. Il n'est pas rare en France de rencontrer un juriste, pénaliste d'après sa formation universitaire, qui, après avoir embrassé la profession d'avocat, abandonne la matière pénale pour se tourner vers des disciplines „plus juridiques“.

Le 1.3.2010, le gouvernement a soumis à concertation un „avant-projet du futur code de procédure pénale“ (*sic*).²² Début mai 2010, le même gouvernement a annoncé qu'il renonçait à la mesure phare de l'avant-projet: la suppression du juge d'instruction. Quelques semaines plus tard, il est revenu sur sa position. A l'heure où cet article est rédigé, il est difficile de savoir si les pouvoirs publics en place réservent un avenir à ce texte. Mais on peut déjà mentionner que ce dernier ne suscite pas l'enthousiasme des praticiens²³ et qu'un groupe d'experts universitaires invité à l'examiner par la Ministre de la Justice a émis un avis réservé.²⁴

Dans ce contexte où l'urgence de doter la France d'un code clair et ambitieux de procédure pénale n'a d'égale que la lassitude des observateurs, peut-on imaginer que, pour ce qui concerne les aspects de droit probatoire, en particulier la question du recueil de la preuve pénale, les projets européens servent de boussole au législateur français? Avec un brin d'optimisme, on peut tenter de vérifier l'hypothèse.

Cela impose d'abord de rendre compte de l'état de crise que traverse le droit probatoire français, afin d'évaluer les conséquences susceptibles de rejaillir sur la coopération judiciaire pénale avec les autres Etats membres de l'Union (II). Il apparaîtra rapidement que l'adoption de normes communes européennes, réglemant d'une part les mesures à utiliser pour l'obtention transnationale de preuves pénales, d'autre part les droits des personnes suspectées et poursuivies, constitue un passage indispensable. Toutefois, l'établissement de normes communes ne saurait en soi constituer un succès, la qualité du contenu normatif étant bien entendu déterminante. Il faut donc s'interroger sur les conditions auxquelles les propositions de la Commission européenne pourront être à la fois utiles sur le terrain français et dignes d'intérêt pour l'ensemble des partenaires européens (III).

II. La crise du droit probatoire français et ses conséquences sur la coopération européenne

1. Les grands traits d'un droit français de la preuve pénale en crise

Comme le suggère la Commission dans son livre vert, deux aspects du droit probatoire sont à distinguer: la constitution de la preuve (a) et sa recevabilité (b).

a) La constitution de la preuve

Les *garanties générales* posées par le droit français en matière d'obtention de la preuve sont peu nombreuses. La présomption d'innocence impose certes que la culpabilité soit prouvée par la partie poursuivante. A quelques exceptions près,²⁵ la personne poursuivie n'a donc pas à établir son innocence.

Au-delà de cette exigence, le principe directeur est celui de la liberté de la preuve. Cette liberté concerne d'abord le mode de preuve utilisé: preuve par oral ou par écrit; preuve par constatation directe, par témoignage, par ouï-dire ou par procès-verbal; preuve authentique, par expertise ou encore par l'aveu. Seules les très petites infractions que sont les contraventions²⁶ ne peuvent être établies que par procès-verbaux ou rapports, ou par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui.²⁷ Par ailleurs, le principe de liberté vise la manière dont la preuve a été obtenue. Ainsi le juge d'instruction peut procéder „à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité“²⁸. Par assimilation, cette règle vaut également lorsque l'enquête est menée par la police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République. Toutefois, des règles spéciales fixées par le législateur pour les actes d'enquête les plus intrusifs viennent encadrer le pouvoir des enquêteurs.²⁹

Le principe de liberté de la preuve trouve des limites fixées par la jurisprudence et fondées sur l'obligation des enquêteurs de respecter les droits fondamentaux, en particulier la dignité humaine, la vie privée et les droits de la défense. Toutefois, les manuels français de procédure pénale sont contraints de se référer essentiellement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour

²² Indication pour les lecteurs étrangers: le titre comporte une maladresse d'expression en langue française.

²³ Rapport du groupe de travail de la cour d'appel de Paris sur l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, mai 2010, <http://www.leclubdesjuristes.com/publications/actualites/reforme-de-la-procedure-penale>.

²⁴ Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, présidé par le prof. Y. Gaudemet, remis à Mme le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés, mai 2010, <http://www.leclubdesjuristes.com/publications/actualites/reforme-de-la-procedure-penale>.

²⁵ Par exemple, pour l'infraction de diffamation (art. 29 de la loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse), l'intention de nuire est présumée accompagner les imputations diffamatoires; c'est donc à la personne poursuivie de faire preuve de sa bonne foi si elle veut se dégager de sa responsabilité pénale. Selon la Cour de cassation, la présomption de mauvaise foi n'est pas contraire à la présomption d'innocence dès lors qu'elle peut être renversée, Cass. crim. 16.3.1993, Bull. crim. n° 115.

²⁶ Infractions punies d'une peine d'amende d'un montant maximal de 1500 €.

²⁷ Art. 537 CPP.

²⁸ Art. 81 CPP.

²⁹ Certaines de ces règles spéciales seront détaillées infra.

illustrer ce propos.³⁰ L'apport principal de la jurisprudence française concerne le principe de loyauté dans la recherche des preuves, principe posé par la Cour de cassation elle-même.³¹ Il s'articule en deux volets: les enquêteurs doivent s'abstenir de provoquer le suspect à commettre l'infraction pour en recueillir la preuve; et ils ne sauraient utiliser des procédés tendant à éluder les protections légales.³² Mais son champ d'application est restreint, puisqu'il ne s'applique qu'aux preuves recueillies par les autorités publiques. Une personne privée peut user de moyens parfaitement déloyaux pour obtenir une preuve, puis la présenter valablement au juge.³³ En revanche, selon une jurisprudence importante pour la coopération judiciaire internationale, l'exigence de loyauté lie les autorités publiques étrangères comme les autorités publiques françaises. En l'espèce, un service de police new-yorkais avait créé et exploité un site pédophile afin de piéger des internautes commettant des infractions à partir d'images pornographiques de mineurs. La provocation à l'infraction par les autorités publiques américaines a rendu irrecevable en France la preuve ainsi récoltée.³⁴

Le rôle du juge dans le recueil de la preuve est faible en France. On cite souvent ce pays comme exemple d'application de la procédure inquisitoire, dans laquelle les preuves sont recherchées par le juge d'instruction. C'est oublier qu'à l'heure actuelle ce juge n'est saisi que dans 5 % des affaires environ, l'énorme majorité des enquêtes étant réalisée par la police sous le contrôle du procureur de la République. Dans les enquêtes de police, le procureur de la République n'effectue que très rarement les actes à vocation probatoire par lui-même. L'interrogatoire du suspect revient en général aux officiers de police judiciaire, qui l'exécutent la plupart du temps dans le cadre d'un placement en garde-à-vue. Même lorsqu'un juge d'instruction est saisi, il est courant qu'il délègue l'accomplissement des interrogatoires et des auditions de témoins aux enquêteurs de police.

Que l'enquête soit menée par la police judiciaire ou par le juge d'instruction, le principe de proportionnalité des mesures d'enquête trouve une application très limitée. En effet, bien qu'il soit proclamé dans l'article préliminaire du code de procédure pénale,³⁵ le principe de proportionnalité ne fait, le plus souvent,³⁶ l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. La

Cour de cassation estime que le contrôle du respect de l'exigence de proportionnalité revient exclusivement au magistrat compétent pour assurer le contrôle direct et immédiat de l'acte (par exemple, le procureur de la République en matière de placement en garde-à-vue). Par conséquent, elle s'interdit – et interdit aux juridictions inférieures – de procéder à toute vérification complémentaire.³⁷ Enfin, l'avant-projet de réforme de la procédure pénale du 1.3.2010 n'évoque nullement le principe de proportionnalité dans son chapitre intitulé „Principes relatifs à la preuve“. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les autorités françaises indiquent dans leur note relative au livre vert qu' „il convient en particulier d'éviter de renforcer le contrôle d'opportunité ou de proportionnalité de la mesure d'enquête dans l'Etat d'émission“.³⁸

Quant au droit du suspect à ne pas témoigner contre soi-même (encore appelé droit à ne pas s'auto-accuser ou s'auto-incriminer, ou droit de se taire),³⁹ il commence à faire émergence en France, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.⁴⁰ Mais la loi française n'évoque pas directement ce principe⁴¹ et le droit à ne pas témoigner contre soi-même n'est pas notifié aux suspects faisant l'objet d'un interrogatoire, sauf s'il s'agit de l'interrogatoire de première comparution devant le juge d'instruction, débouchant sur la mise en examen.⁴² En outre, les arrêts de la Cour de cassation qui le mettent en œuvre restent rares.⁴³

En réglementant un certain nombre d'actes d'enquête, le code de procédure pénale offre des *garanties spéciales* qui s'ajoutent aux garanties générales. Il serait fastidieux de les énumérer exhaustivement dans cette étude, aussi prendrions-nous deux exemples d'actes simples et courants, la garde-à-

conformité de la mesure avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – qui exige que toute restriction à la liberté d'expression respecte l'exigence de proportionnalité – accepte du bout des lèvres d'effectuer un contrôle de proportionnalité: Cass. crim. 5.12.2000, Bull. crim. n° 362; Cass. crim. 30.10.2006, Bull. crim. n° 258.

³⁷ Cass. crim. 4.1.2005, Bull. crim. n° 3.

³⁸ http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/france_fr.pdf, p. 2. Puis, un peu plus loin, p. 4: „En particulier, la délégation française est attachée à ce que l'élaboration d'un instrument ne conduise pas à imposer l'organisation d'un contrôle sur l'opportunité des mesures d'enquête ordonnées“. Il existe une version en langue anglaise: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/france_en.pdf.

³⁹ L'expression *nemo tenetur se ipsum accusare* est rarement employée en France.

⁴⁰ Voir *Desportes/Lazerges-Cousquer* (note n° 30), n° 589 s.

⁴¹ L'art. 153 al. 3 CPP se contente de prévoir que l'obligation de prêter serment et de déposer n'est pas applicable aux personnes gardées à vue en application des dispositions de l'art. 154 (régime de l'enquête judiciaire).

⁴² Art. 116 CPP.

⁴³ Voir cependant Cass. crim. 24.1.2007, Bull. crim. n° 17; Cass. crim. 1.10.2008, Bull. crim. n° 201.

³⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité de procédure pénale, 2009, n° 578 et s.; *Guinchard/Buisson*, Procédure pénale, 4^{ème} éd. 2008, n° 547-548.

³¹ L'avant-projet de réforme du CPP du 1.3.2010 propose de légaliser cette jurisprudence en introduisant le principe de loyauté de la preuve à l'art. 113-3.

³² *Desportes/Lazerges-Cousquer* (note n° 30), n° 572.

³³ Cass. crim. 11.6.2002, Bull. crim. n° 131.

³⁴ Cass. crim. 7.2.2007, Bull. crim. n° 37.

³⁵ Art. Préliminaire, III, al. 3: „Les mesures de contrainte [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et [...]“.

³⁶ On trouve des exceptions en matière de perquisition dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, où la Cour de cassation, statuant sur la

vue⁴⁴ – incluant l’interrogatoire du suspect – et la perquisition. Dans les relations internes, ces mesures sont exécutées par la police judiciaire, de son propre chef ou à la demande d’un magistrat. Le procureur de la République ou le juge d’instruction n’ont qu’un rôle de contrôle, qui les amène parfois à assister à la perquisition. En matière de coopération transnationale, les demandes d’exécution de ces actes sont certes émises ou réceptionnées par les autorités judiciaires. Mais l’exécution en France d’un interrogatoire – effectué éventuellement sous le régime de la garde-à-vue – ou d’une perquisition à la requête d’une autorité étrangère peut toujours être confiée à un simple officier de police judiciaire.⁴⁵ En outre, la réunion d’un tribunal pour ordonner ces mesures est inimaginable en l’état actuel du droit français, qu’il s’agisse d’une demande d’entraide formulée ou réceptionnée par la France.

En ce qui concerne l’information des personnes concernées par la mesure d’enquête, elle n’est pas obligatoire pour la perquisition: aucune prescription légale n’oblige les enquêteurs à renseigner la personne au domicile duquel il est perquisitionné quant à l’objet de leur recherche. En matière de garde-à-vue, la personne est informée de „la nature de l’infraction sur laquelle porte l’enquête“⁴⁶ une fois que la mesure a commencé. Ainsi, la convocation au commissariat de police qui a pu précéder la venue de la personne n’a pas à contenir une telle information. De surcroît, aucune indication ne lui est fournie sur l’état d’avancement de l’enquête, de sorte qu’elle ignore si des preuves ont déjà été rassemblées contre elle. Enfin, le dossier d’enquête ne lui est pas transmis.

L’information sur ses droits de la personne faisant l’objet de la mesure est faible également. En particulier, le droit à ne pas témoigner contre soi-même n’est notifié ni en début de garde-à-vue, ni en début de perquisition. Cette situation est particulièrement choquante pour la garde-à-vue, qui entretient fortement la culture de l’aveu: en effet, il n’échappe à personne en France que le but premier d’un interrogatoire mené sous ce régime est de faire avouer le suspect. D’autres droits font l’objet d’une information du gardé à vue: le droit de prévenir une personne⁴⁷ de la mesure dont il fait l’objet; le droit d’être examiné par un médecin; le droit de s’entretenir avec un avocat. En revanche, la personne subissant une perquisition ne bénéficie que du droit d’être présent ou représenté.

Enfin, le rôle de l’avocat est inexistant pour la perquisition, et extrêmement réduit pour la garde-à-vue. L’avocat peut s’entretenir jusqu’à trente minutes avec la personne gardée à vue si celle-ci le demande, mais il n’exerce aucune fonction liée à l’exercice des droits de la défense: il n’est pas présent aux interrogatoires et se trouve dans l’incapacité de conseiller utilement son client, car il n’a pas accès au dossier d’enquête. Au regard du caractère intrusif, voire coercitif de ces mesures et de leur faible encadrement judiciaire, l’absence d’un avocat en mesure d’assister les personnes concernées constitue une lacune très préjudiciable à l’exercice des droits de la défense.

Saisi par le biais du nouveau recours constitutionnel qu’est la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a censuré, le 30.7.2010,⁴⁸ une partie des dispositions relatives à la garde-à-vue. Sont visées l’absence d’assistance effective d’un avocat et l’absence de notification du droit à ne pas témoigner contre soi-même. Le Conseil a reporté au 1.7.2011 la date d’abrogation des textes déclarés inconstitutionnels. Le législateur dispose donc de près d’un an pour les remplacer.⁴⁹ Toutefois, la mise en conformité de l’ensemble de la législation relative à la garde-à-vue avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme nécessiterait une intervention législative dépassant l’analyse du Conseil constitutionnel. En effet, l’autorité de contrôle de la privation de liberté, le ministère public – on écarte ici l’hypothèse d’une intervention du juge d’instruction, dont l’existence est compromise pour l’avenir – ne présente pas les garanties d’indépendance par rapport au pouvoir exécutif.⁵⁰ Or, à en croire l’avant-projet de réforme du code de procédure pénale, les pouvoirs publics en place n’envisagent ni de couper les liens qui lui permettent d’influencer le parquet, ni de confier le placement et le contrôle de la garde à vue à un magistrat indépendant.

Ce bref aperçu des faiblesses du droit français en matière de recueil de la preuve pénale montre déjà combien la réception d’une preuve obtenue en France peut être délicate pour ses partenaires européens. Dans ce contexte qui n’est probablement pas proprement français, on comprend les fortes réserves formulées par l’Allemagne vis-à-vis d’une application généralisée de la reconnaissance mutuelle en matière probatoire.⁵¹ Mais précisément parce que la France n’est

⁴⁴ La garde à vue emporte le maintien de la personne en cellule au commissariat de police et peut durer jusqu’à 24 heures ou être prolongée jusqu’à 48 heures. En matière de criminalité organisée, des prolongations complémentaires de 24 ou 48 heures sont possibles.

⁴⁵ Il faut, pour que la présence d’un magistrat soit assurée, que les autorités étrangères aient formulé une demande expresse en ce sens, en application par exemple de l’art. 4 de la convention d’entraide judiciaire entre les Etats membres de l’Union européenne du 29.5.2000.

⁴⁶ Art. 63-1 CPP.

⁴⁷ Qui ne peut être n’importe quelle personne: l’art. 63-2 CPP comporte une liste limitative de personnes pouvant être contactées.

⁴⁸ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30.7.2010.

⁴⁹ L’avant-projet de réforme du CPP comporte une disposition intéressante, l’art. 113-4: „En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement des déclarations qu’elle a faites sans avoir été en mesure de bénéficier de l’assistance d’un avocat“.

⁵⁰ CEDH, arrêts du 10.7.2008, § 61, et du 29.3.2010 (Grande chambre) – n° 3394/03 (Medvedyev c. France): la censure n’a finalement pas lieu car le Gouvernement français a, lors de ce deuxième examen, produit un procès-verbal de présentation des suspects à un juge d’instruction.

⁵¹ „L’Allemagne observe de façon très critique l’approche consistant à transposer le principe de reconnaissance mutuelle à toutes les manières d’obtenir la preuve. L’Allemagne craint

sûrement pas le seul pays de l'Union à présenter des insuffisances en termes de garanties probatoires, il faut également envisager le cas où la preuve est recueillie à l'étranger: quels mécanismes permettraient à une autorité judiciaire française de sanctionner les irrégularités ou les violations des droits fondamentaux commises?

b) La recevabilité de la preuve

Le code français de procédure pénale aborde la question de la sanction de la preuve recueillie irrégulièrement par le mécanisme des nullités: une preuve frappée de nullité ne peut servir de fondement au jugement et doit être extraite du dossier d'enquête. Certaines causes de nullité – peu nombreuses – sont expressément prévues par la loi;⁵² d'autres ont été dégagées par la jurisprudence à partir des clauses générales des articles 171 et 802 CPP. Toutefois, comme dans d'autres systèmes juridiques, ce système n'est pas un filtre absolu, si bien que l'irrégularité du prélèvement d'une preuve n'entraîne pas nécessairement sa nullité.⁵³ De plus, même pour les causes indiscutées de nullité, que celles-ci soient de source légale ou jurisprudentielle, il est souvent requis, pour que l'annulation soit prononcée, que la partie protégée par la réglementation non respectée prouve que ce non respect a porté atteinte à ses intérêts.⁵⁴ D'une part, cette preuve est difficile à rapporter et, d'autre part, la distinction entre les causes de nullité concernées par cette exigence et celles qui ne le sont pas est à la fois floue et livrée à l'instabilité jurisprudentielle.⁵⁵

que le droit des personnes à un procès équitable puisse s'en trouver atteint. L'Allemagne craint de surcroît que les standards du droit national relatifs au domaine particulièrement sensible au regard des droits fondamentaux des mesures de poursuites pénales, ces standards faisant l'objet de garanties constitutionnelles, soient dilués à l'échelle européenne. En effet, des standards de protection équivalente n'existent pas pour l'instant au niveau européen“, p. 3 du document, disponible à l'adresse: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf.

⁵² Par exemple, selon l'art. 59 CPP, le non respect d'un certain nombre de formalités prévues en matière de perquisition (notamment les horaires légaux de perquisition, de 6 h à 21 h) entraîne la nullité de l'acte de perquisition et, par conséquent, celle des preuves prélevées au cours de la mesure.

⁵³ Seule la violation des formalités „substantielles“ donne lieu à la sanction par la nullité. *Grosso modo*, la jurisprudence inclut les formalités liées à l'exercice des droits de la défense parmi les formalités substantielles.

⁵⁴ C'est l'exigence de grief posée par les articles 171 et 802 CPP.

⁵⁵ Par exemple, la règle selon laquelle la personne au domicile de laquelle une perquisition a lieu doit être présente (art. 57 CPP) était autrefois sanctionnée par une nullité absolue, qui ne nécessitait pas la preuve d'une atteinte aux intérêts de ladite personne (Cass. crim. 27.9.1984, Bull. crim. n° 275). Depuis un revirement de jurisprudence, cette personne doit démontrer l'existence d'une telle atteinte (Cass. crim. 17.9.1996, Bull. crim. n° 316).

Par ailleurs, la jurisprudence utilise parfois la règle selon laquelle toute preuve doit être débattue contradictoirement devant le juge⁵⁶ pour, paradoxalement, affaiblir les exigences posées à l'égard du recueil de la preuve. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'enregistrement par magnétophone d'un suspect, à son insu, par un enquêteur de police, n'encourait pas la nullité bien que la preuve fût recueillie de manière déloyale, pour la double raison que cette preuve avait fait l'objet d'un débat contradictoire devant le juge et qu'elle n'était pas la seule présentée.⁵⁷ On le voit, les garanties contre les illégalités commises lors de l'obtention de la preuve ne sont pas très solides...

Cette situation est aggravée par le fait que les juridictions françaises exercent un contrôle limité à l'extrême sur la régularité du recueil des preuves dans le contexte de l'entraide judiciaire internationale. Selon la Cour de cassation, la régularité d'une preuve recueillie sur demande d'entraide – formulée en application de la Convention européenne du 20.4.1959 – ne peut être contrôlée que par les juridictions de l'Etat exécutant la commission rogatoire internationale.⁵⁸ Ainsi, lorsque la preuve a été recueillie à l'étranger à la demande de la France, les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour contrôler que son obtention a été régulière. De cette jurisprudence, il ressort que l'Etat français accorde une confiance aveugle à ses partenaires du Conseil de l'Europe. Inversement, lorsque la preuve est prélevée en France à la demande d'un Etat étranger, les juridictions françaises sont en principe compétentes pour vérifier que ce prélèvement a été effectué en conformité avec ses principes internes. Les mécanismes décrits ci-dessus devraient par conséquent entrer en jeu. Cependant, la Cour de cassation pose pour condition à l'exercice de ce contrôle que „les actes dont la régularité est contestée puissent être mis à la disposition de la juridiction compétente pour en assurer le contrôle“⁵⁹. Or, toujours selon la Cour, tel n'est pas le cas lorsque la commission rogatoire a déjà été renvoyée aux autorités de l'Etat requérant, même lorsque la personne invoquant l'irrégularité produit des copies des actes!⁶⁰ Cette solution qui risque fortement de conduire à un „insoluble conflit négatif de compétences entre l'Etat requis et l'Etat requérant“⁶¹ est la voie ouverte aux abus.

⁵⁶ Art. 427 al. 2 CPP: „le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant lui“.

⁵⁷ Cass. crim. 13.10.2004, Bull. crim. n° 243. Voir *Ambroise-Castérot*, AJ Pénal 2005, p. 261, p. 267.

⁵⁸ Cass. crim. 24.6.1997, Bull. crim. n° 252 (selon l'art. 3 de la convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, „les commissions rogatoires sont exécutées dans les formes prévues par la législation de l'Etat requis [ce qui] implique que la régularité de leur exécution soit contrôlée par les juridictions de cet Etat“).

⁵⁹ Cass. crim. 24.6.1997, Bull. crim. n° 252.

⁶⁰ Cass. crim. 3.6.2003, Bull. crim. n° 113.

⁶¹ Argumentation de la Cour d'appel de Bastia dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 3.6.2003, références ci-dessus.

Personne n'est dupe: tant la faiblesse des garanties offertes en matière de recueil de la preuve que la grande tolérance manifestée à l'égard de preuves recueillies irrégulièrement sont sources de grande fragilité pour le droit probatoire français. L'exemple de l'effondrement actuel du régime de la garde-à-vue face aux exigences constitutionnelles et conventionnelles est poignant: du laxisme à la crise, il peut n'y avoir que quelques pas... Or, dans un contexte de renforcement permanent de la coopération judiciaire européenne, les effets de cette crise pourront-ils être contenus à l'échelle franco-française?

2. Les conséquences pour la coopération judiciaire européenne

Rappelons d'abord que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'interdit pas de contrôler le respect des droits garantis par la Convention dans le contexte particulier de l'entraide judiciaire internationale, même lorsque celle-ci s'exerce entre plusieurs Etats parties à la Convention.⁶² Il n'y a donc pas d'obstacle à ce qu'un manquement aux principes du procès équitable commis dans le contexte de la transmission d'une preuve pénale d'un Etat à l'autre de l'Union européenne donne lieu à une condamnation par la Cour de Strasbourg, soit de l'Etat qui fournit cette preuve, soit de celui qui l'exploite.

A cette réalité s'ajoute en matière de coopération judiciaire internationale l'impérieuse nécessité que les Etats impliqués se fassent mutuellement confiance. A défaut, le risque d'un repli des autorités nationales sur elles-mêmes par réflexe souverainiste ou identitaire ne peut être écarté. Or, que la coopération fonctionne selon le modèle traditionnel de l'entraide – ou assistance – judiciaire ou qu'elle s'articule autour du principe de reconnaissance mutuelle, les lacunes d'un ou de plusieurs systèmes juridiques européens vis-à-vis pour la mise en œuvre des garanties fondamentales des individus sont préjudiciables à la construction ou au maintien de cette confiance. On le constate à partir de l'exemple français tant lorsque la preuve est recueillie en France pour être exploitée dans un autre Etat de l'Union (a), que lorsqu'elle est récoltée à l'étranger pour être utilisée en France (b).

a) La preuve recueillie en France

En raison du faible niveau de garanties offert par le droit probatoire français, le risque que la France, Etat requis, fournisse à ses partenaires européens des preuves qui ne seraient pas recevables en application de leur droit national, n'est pas négligeable. Par exemple, les autorités françaises transmet-

tent un procès-verbal d'interrogatoire d'un suspect qui n'a pas été informé de ses droits au début de l'interrogatoire, notamment celui de ne pas répondre aux questions; d'après les principes de l'Etat requérant, l'absence d'information de la personne interrogée sur ses droits constitue une cause d'irrecevabilité de l'interrogatoire comme support probatoire.

Dans l'hypothèse d'une demande d'entraide judiciaire traditionnelle, l'Etat requérant effectuera le contrôle qui lui paraît approprié et, le cas échéant, décidera que la preuve recueillie est inexploitable. L'échec d'une première demande d'entraide incitera le praticien à utiliser, dans une demande suivante, l'article 4 alinéa 1 de la Convention d'entraide judiciaire du 29.5.2000, qui lui permet d'indiquer aux autorités de l'Etat requis certaines formalités ou procédures à respecter – et impose à ces dernières de procéder aux dites formalités ou procédures, sauf si elles sont contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis. Se trouve ainsi réclamée la mise en œuvre de la règle *forum regit actum*, qui déroge au principe traditionnel selon lequel les demandes d'entraide judiciaire sont exécutées d'après la loi de l'Etat requis, *locus regit actum*. Dans l'exemple choisi, cela aurait pour conséquence d'imposer aux autorités françaises d'informer la personne de ses droits avant de commencer l'interrogatoire, ce qui est à la fois simple et peu contraignant. Mais si l'on raisonne à partir d'autres règles de procédure, par exemple celle, connue de certains systèmes juridiques, selon laquelle seul un juge peu valablement interroger le suspect, le degré de contrainte pour l'autorité requise augmente sérieusement: comment les autorités françaises pourraient-elles satisfaire cette exigence si le juge d'instruction disparaissait *et* si l'interrogatoire d'un simple suspect restait de la seule compétence du parquet ou de la police judiciaire?

Si la coopération s'effectuait selon la logique de la reconnaissance mutuelle, au premier abord les difficultés paraissent s'effacer: en effet, l'Etat mandaté devrait, en principe – nous raisonnons ici à partir d'un modèle pur de reconnaissance mutuelle –, reconnaître tel quel l'ordre⁶³ d'exécuter un acte d'enquête, ceci selon le droit de l'Etat mandant (on mentionne rarement que, d'un point de vue logique, la reconnaissance mutuelle devrait entraîner avec elle l'application de la règle *forum regit actum*, puisqu'il revient à l'Etat mandaté de reconnaître les actes pris par l'Etat mandant). Ensuite, l'Etat mandant devrait recevoir et utiliser la preuve recueillie sans effectuer de contrôle particulier puisque lui aussi doit reconnaître les actes effectués par l'Etat partenaire.⁶⁴ Tout semble simple tant que l'on s'abstient de souligner l'épineux problème de l'application du droit étranger:⁶⁵ un système juridique comme celui de la France, qui n'applique pas un certain nombre de garanties en matière probatoire, sera-t-il techni-

⁶² CEDH, décision du 7.3.2000 – n° 43844/98 (T.I.c. Royaume-Uni): „Lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, *mutatis mutandis*, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné“.

⁶³ Et non plus la demande. Ainsi, le mandat d'obtention de preuve *impose* à l'autorité requise de rechercher l'élément de preuve visé par le mandat.

⁶⁴ L'allègement, voire la suppression des contrôles est un aspect fondamental de la technique de la reconnaissance mutuelle, voir *Lelieur/Sinopoli*, Les Petites Affiches n° 37 du 22.2.2010, 7 (13 et s.).

⁶⁵ Voir les explications de *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).

quement capable et structurellement en mesure d'appliquer les standards étrangers?

Pour contourner cette difficulté pratique considérable, la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve continue de partir du principe de l'application de la règle *locus regit actum*, sauf si l'autorité d'émission indique expressément que des formalités et procédures doivent être respectées par l'autorité d'exécution *et* à condition que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux de son droit national.⁶⁶ On constate finalement que, dans leur application pratique, les techniques de l'entraide judiciaire traditionnelle et de la reconnaissance mutuelle se rejoignent grandement.⁶⁷ Mais les conséquences sont sévères: percevant qu'ils risquent d'être forcés de reconnaître des preuves constituées dans l'irrespect de certaines garanties essentielles, certains Etats refusent par principe l'application élargie de la technique de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuves.⁶⁸ D'autres Etats qui n'adoptent pas cette position radicale pourraient, à l'épreuve, si cet élargissement était réalisé, avoir de mauvaises surprises. Décideront-ils alors de fermer les yeux sur la violation d'une règle protectrice des justiciables reconnue dans leur droit interne? Ou préféreront-ils refuser la reconnaissance de l'acte de leur partenaire européen, en d'autres termes enfreindront-ils leurs obligations découlant du droit de l'Union, mettant ainsi en œuvre la *méfiance* mutuelle? La peste ou le choléra?

b) La preuve recueillie à l'étranger

Lorsque la France reçoit une preuve recueillie à l'étranger à sa demande, la probabilité est forte qu'elle se retrouve à exploiter cette preuve quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été prélevée. En effet, les autorités judiciaires françaises ne contrôlent pas que les formalités du droit étranger qui s'imposent à l'autorité d'exécution en application de la règle *locus regit actum* ont été respectées.⁶⁹

Peut-on imaginer qu'en cas de violation, par l'autorité étrangère, d'un principe reconnu par le droit français – que ce principe soit également reconnu dans l'Etat d'exécution ou non –, la preuve puisse être déclarée irrecevable par la justice française? La voie ne semble pas complètement fermée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 7.2.2007,⁷⁰ dans lequel le recueil d'une preuve par provocation policière aux Etats-Unis a été censuré. Toutefois, dans cette espèce, les autorités américaines n'avaient pas été sollicitées par les autorités françaises. Elles n'agissaient pas dans le cadre d'une commission rogatoire internationale, mais de leur propre initiative. Ce n'est apparemment qu'après avoir constaté qu'un internaute français avait commis une infraction qu'elles ont transmis la procédure aux autorités françaises. Pour que cette solution s'applique dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire, il faudrait que la jurisprudence de la Cour de cas-

sation franchisse un pas supplémentaire.⁷¹ Celui-ci serait évidemment le bienvenu du point de vue de la protection des justiciables. Mais pour qu'un contrôle de conformité par rapport aux exigences probatoires françaises s'intègre dans la logique des instruments européens de coopération, ne faudrait-il pas asseoir celui-ci sur l'exigence que l'autorité d'émission ait expressément indiqué les formalités qu'elle souhaite voir respectées?⁷² Or, les praticiens français prendront-ils la peine de formuler ces indications alors que la jurisprudence française ne le requiert pas, pour l'instant du moins, et qu'elle se montre en règle généralement tolérante vis-à-vis de la preuve recueillie de manière illégale?

A titre personnel, nous pensons que les juridictions françaises de contrôle et, derrière elles, la Cour de cassation, devraient élever le niveau d'exigence. En effet, si en l'état du droit probatoire français le passage à la technique de la reconnaissance mutuelle pour tous les types de preuve paraît facile du point de vue de l'hexagone⁷³ tellement les contrôles internes sont faibles, à long terme nul n'a intérêt à ce que la France devienne un havre de „facilité probatoire“. Au-delà de la menace d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 de la Convention, une telle situation serait extrêmement néfaste à la confiance que sont censés s'accorder mutuellement les Etats de l'Union et, par conséquent, à l'efficacité de leur coopération.⁷⁴ Aussi la progression de la technique de la reconnaissance mutuelle dans ce contexte s'avère-t-elle non seulement dangereuse pour la protection des personnes dans l'Union, mais également risquée en terme d'efficacité des investigations transnationales.

Pour sortir de l'impasse, les partenaires européens ne peuvent pas se passer d'„aplanir le terrain de jeu“⁷⁵ probatoire d'un bout à l'autre de l'Union. En termes techniques, cela revient à prévoir des normes communes, applicables dans l'ensemble des Etats membres pour l'obtention transnationale de preuves.

III. L'établissement de normes communes pour l'obtention transnationale de preuves pénales

Précisions d'emblée que ces normes n'ont pas vocation à remplacer l'ensemble des règles probatoires nationales, mais

⁷¹ Lequel constituerait un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 24.6.1997, voir note n 58.

⁷² Art. 4 al. 1 de la Convention d'entraide judiciaire du 29.5.2000 et art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁷³ On remarquera que les autorités françaises se montrent accueillantes vis-à-vis des propositions formulées dans le livre vert, voir les références données dans la note n° 38.

⁷⁴ Rappelons que le refus du Royaume-Uni de d'extrader Rachid Ramda, suspecté d'avoir financé des actes terroristes perpétrés dans le métro parisien, était motivé par la crainte – malheureusement justifiée – que celui-ci soit soumis à des traitements inhumains ou dégradants tant les conditions d'incarcération dans les prisons françaises sont parfois pénibles.

⁷⁵ L'expression est tirée de la formule anglaise „level the playing field“.

⁶⁶ Art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁶⁷ *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).

⁶⁸ Voir la position de l'Allemagne, citée supra, note n 51.

⁶⁹ Voir note n 58.

⁷⁰ Voir note n 34.

uniquement à s'appliquer en cas de collecte transnationale de preuve, c'est-à-dire dans le contexte circonstancié de la coopération judiciaire européenne.

Après avoir précisé la fonction que pourraient revêtir des normes communes pour l'obtention transnationale de preuve, en particulier au regard des projets de la Commission européenne (1.), il faudra s'interroger sur le niveau de protection des personnes qu'elles devront proposer. En effet, „aplanir“ le terrain de jeu ne veut pas dire l'„abaisser“, tant il est vrai que c'est au sommet des montagnes qu'on trouve les plus beaux plateaux. Pour être en mesure de pallier les lacunes relevées dans la première partie de cette étude, les normes communes édictées ne peuvent se contenter de jouer le rôle de marqueur du plus petit dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux. Bien au contraire, elles doivent être à même de „tirer vers le haut“ les systèmes juridiques qui en ont besoin (2.).

1. La fonction des normes communes

La Commission européenne souligne dans son livre vert la nécessité de remplacer le régime juridique actuel d'obtention transnationale de preuves, qui se caractérise par un curieux morcellement entre trois instruments, par un instrument unique fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types de preuves.⁷⁶ A l'analyse, il apparaît que l'absence actuelle d'harmonisation juridique du droit probatoire pénal constitue peut-être précisément l'origine de la limitation du champ d'application du mandat d'obtention de preuves. Aussi l'édictation de normes communes devrait-elle permettre de débloquer la situation et d'élargir le domaine de la reconnaissance mutuelle (a). Au-delà de ce premier aspect à caractère quantitatif, se profile un aspect qualitatif fondamental déjà mentionné, relatif à la confiance mutuelle entre les Etats membres. Alors que l'Union européenne s'est contentée jusqu'à présent de *déclarer* l'existence de cette confiance mutuelle, les normes communes devraient permettre de la *construire* (b).

a) Permettre l'application de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuve

Tel que le prévoit la décision-cadre du 18 décembre 2008, la reconnaissance mutuelle appliquée à la matière probatoire connaît un domaine d'application très limité. Ainsi, le mandat d'obtention de preuves ne peut être décerné qu'en vue d'obtenir une preuve déjà existante et directement disponible,⁷⁷ consistant en des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales. Il en découle qu'est exclue du champ d'application de la décision-cadre la mise en œuvre d'une série de mesures d'enquête, notamment le fait de procéder à un interrogatoire du suspect ou à une audition d'un témoin, de consulter un expert, d'analyser un matériel biologique, d'intercepter des

télécommunications, etc.⁷⁸ On peut légitimement s'interroger sur les raisons d'une exclusion d'une telle ampleur...

Une explication peut être proposée à partir du sens du terme „reconnaissance“. Par hypothèse, l'acte de reconnaissance s'applique à un objet sur lequel on n'exerce pas déjà son emprise. Par exemple, un père reconnaît son enfant uniquement si celui-ci n'est pas déjà considéré juridiquement comme son fils. Appliquée à un système juridique, la reconnaissance permet à un tel système d'accorder une valeur juridique à quelque chose qui, à l'origine, n'en avait pas selon ses propres règles. Elle est donc le moyen de donner une efficacité juridique à des éléments qui n'étaient pas appréhendés selon le droit interne, bien souvent parce qu'ils étaient inconnus de lui. Finalement, la reconnaissance octroie une efficacité juridique à un objet né dans un contexte juridique différent, en œuvrant précisément sur ce contexte juridique: bien que celui-ci soit étranger, il sera considéré comme s'il avait été similaire au contexte juridique dans lequel le même objet aurait été plongé s'il était né en droit interne.

Posons que l'objet auquel nous venons de faire allusion est une preuve. On remarque que c'est rarement la preuve elle-même (un témoignage, une constatation, un document écrit) qui pose problème en matière de coopération judiciaire internationale, mais bien le contexte juridique qui l'entoure: l'acte d'enquête qui a permis d'y accéder, la nature de l'autorité qui l'a prélevée, ou encore les règles juridiques en application desquelles elle a été analysée. Ainsi la question centrale est de savoir si l'on peut, dans un Etat, donner une valeur juridique à une preuve constituée selon le contexte juridique d'un autre Etat. Parce que c'est le contexte juridique étranger encadrant la preuve qui est sensible, c'est lui qui constitue l'enjeu de la reconnaissance. En toute logique, l'apport de la reconnaissance mutuelle devrait donc être d'effacer les obstacles provenant de ce contexte juridique étranger.

Or, paradoxalement, le principal instrument de reconnaissance mutuelle relatif à la matière probatoire, le mandat d'obtention de preuves, s'applique aux preuves qui sont quasiment dénuées de contexte juridique: ainsi, aux preuves déjà existantes par opposition à celles qu'il faudrait encore recueillir, ce dans un contexte juridique différent de celui dans lequel elles ont vocation à être exploitées; de plus, aux preuves directement disponibles par opposition à celles qui devraient donner lieu à un examen complémentaire. Dans le système actuel, ce sont donc ces preuves dépourvues de contexte juridique, c'est-à-dire finalement les preuves sur lesquelles il n'y a rien à reconnaître, qui peuvent faire l'objet d'une coopération fondée sur reconnaissance mutuelle! Les autres preuves restant soumises à l'entraide judiciaire traditionnelle. Pourtant, c'est bel et bien le contexte juridique du prélèvement ou de l'examen complémentaire qu'il serait utile de reconnaître.

Pourquoi l'Union se serait-elle arrêtée là où la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle commençait à faire sens? Cette étrange question incite à ajuster l'analyse. En réalité, l'Union ne s'est-elle pas essoufflée là où la confiance

⁷⁶ COM (2009) 624 final, p. 5.

⁷⁷ La Commission le rappelle dans son livre vert, COM (2009) 624 final, p. 4.

⁷⁸ Décision-cadre du 18.12.2008, art. 4.

mutuelle n'était plus suffisante pour que les Etats acceptent de faire progresser la reconnaissance mutuelle? On peut penser que l'absence de normes communes en matière probatoire s'est cruellement fait sentir lors de la négociation du mandat d'obtention de preuves. Ces normes permettraient précisément de renforcer l'indispensable confiance.

b) Construire la confiance mutuelle nécessaire au bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle

En procédure pénale, la confiance mutuelle sur le fondement duquel ont été adoptés les instruments de reconnaissance mutuelle de l'Union européenne trouve sa principale source dans les travaux du Conseil de l'Europe: d'une part, dans l'harmonisation des règles relatives à la coopération judiciaire pénale par le biais de conventions internationales, notamment la convention d'entraide judiciaire de 1959; d'autre part, dans l'établissement de standards protecteurs des droits des justiciables par la Convention européenne des droits de l'homme et, surtout, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.⁷⁹ Au regard de ces avancées, il a été déclaré au sein de l'Union européenne qu'une confiance mutuelle suffisante existait entre ses Etats membres. L'Union a cru par conséquent pouvoir se passer de construire elle-même cette confiance. Mais aujourd'hui, les conséquences néfastes de cette politique apparaissent pleinement.⁸⁰

Force est de constater que, sans harmonisation juridique préalable, la reconnaissance mutuelle ne parvient pas à remédier aux „défauts“ couramment mis en exergue de l'entraide judiciaire.⁸¹ La décision-cadre instituant le mandat d'obtention de preuves montre ainsi que la suppression de l'exigence de double incrimination n'est pas totale: elle réapparaît dès qu'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie en vue d'exécuter le mandat.⁸² De plus, les motifs de refus de reconnaissance des décisions étrangères restent nombreux.

⁷⁹ V. *Giannoulis*, The relationship between the European Union and the Council of Europe regarding the efficient implementation of the principle of mutual recognition of criminal decisions, disponible à l'adresse: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2010/07/ue-law-and-ce-law-mutual-recognition-criminal-decisions-vissarion-giannoulis2.pdf>.

⁸⁰ La tentative du Conseil de l'Europe d'introduire au début des années 1970 le mécanisme de la reconnaissance mutuelle sans le nommer ainsi – voir la Convention de 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs – s'était déjà soldée par un échec: la Convention a fait l'objet de très peu de ratifications.

⁸¹ Dans leur étude L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, *Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen* et *Laura Surano* mentionnent que la plupart des experts interrogés sur la pertinence d'une harmonisation des droits procéduraux après l'échec de la proposition de décision-cadre sur les garanties procédurales se sont prononcés en faveur de la relance des travaux, in: *Même (dir.)*, *Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, Analyse transversale, 2009, p. 560.

⁸² Art. 14 al. 2 de la décision-cadre du 18.12.2008.

Enfin, aucune position claire n'ayant été arrêtée entre les règles *locus et forum regit actum*, les deux droits peuvent être appliqués cumulativement,⁸³ ce qui ne va guère dans le sens de la simplification. On le voit, malgré les proclamations bruxelloises, la reconnaissance mutuelle ne parvient pas à s'appliquer pleinement. Elle reste lacunaire, et il y a fort à penser que seule une harmonisation des règles de procédure pénale lui permettrait de prospérer. En effet, l'harmonisation juridique européenne, qui n'est autre qu'un rapprochement⁸⁴ des règles nationales, permettrait de (re-)construire la confiance mutuelle entre les Etats membres, tant il est vrai que le sentiment de confiance est lié à ce qu'on connaît, à ce qui est proche de ses propres pratiques. A l'inverse, l'application aveugle d'un mécanisme étranger inconnu sous prétexte que la reconnaissance doit être accordée, ne peut que susciter la méfiance.

La nécessité de créer des normes communes en matière de procédure pénale est reconnue depuis longtemps par l'Union européenne. Elle était déjà mentionnée en 1999 au sommet de Tampere, puis a été rappelée dans le programme de La Haye de 2004. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne, prévoit en son article 82 que la coopération judiciaire européenne „inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres“ en matière d'admissibilité mutuelle des preuves notamment, et octroie une compétence spécifique à l'Union pour „établir des règles minimales“ dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires. Il ne reste qu'à faire... Mais encore faut-il *bien* faire, ce qui ouvre le débat sur la qualité que devraient revêtir ces nouvelles normes communes.

2. La qualité des normes communes

L'article 82 du traité sur le fonctionnement de l'Union évoque l'établissement de règles „minimales“. Ce terme mérite qu'on s'y arrête, car il est important de cerner à quoi il se rapporte. Il faut en effet bien noter qu'il s'agit, selon le texte de l'article 82 alinéa 2, des règles minimales „pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires“. Ce ne sont donc pas des règles minimales dans l'absolu; le niveau minimal à atteindre est au contraire celui qui permettra de „faciliter“ la reconnaissance mutuelle. Or, le terme „faciliter“ apparaît dans le contexte actuel comme un euphémisme. En matière d'admissibilité mutuelle des preuves, ne s'agirait-il pas plutôt de débloquer une situation de crispation qui conduit certains Etats jusqu'à refuser catégoriquement toute avancée supplémentaire de la technique de la reconnaissance mutuelle alors que, nous l'avons vu, les types de preuves auxquelles elle s'applique pour l'instant sont celles qui le nécessitent le moins?

Aussi le terme „minimal“ ne doit-il pas tromper. Réécrire au sein de l'Union européenne les standards développés par les organes du Conseil de l'Europe ne suffirait pas. En effet, à

⁸³ Art. 4 al. 1 de la Convention d'entraide judiciaire de 2000 et art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁸⁴ Et non pas une unification.

certaines exceptions près, les Etats de l'Union respectent les principes posés par la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme. Se contenter de réaffirmer ces derniers dans de nouveaux instruments de l'Union reviendrait à consacrer le *status quo*. Or, on sait que celui-ci ne permet pas d'assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle. D'ailleurs, le Conseil de l'Union européenne le reconnaît dans sa résolution du 30.11.2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.⁸⁵ après avoir rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales „constitue la base commune de la protection des droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales“, puis que, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, la convention „constitue un fondement important permettant aux Etats membres de nourrir et de renforcer la confiance réciproque dans leurs systèmes judiciaires pénaux“, le Conseil indique que „l'Union européenne pourrait agir davantage afin d'assurer une mise en œuvre et un respect complets des normes énoncées par la convention, et, le cas échéant, de veiller à une application cohérente des normes applicables et de relever le niveau des normes existantes“⁸⁶. Il poursuit ainsi: „afin de renforcer la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, il importe qu'en complément de la convention, il existe des normes de l'Union européenne relatives à la protection des droits procéduraux qui soient dûment mises en œuvre et appliquées au sein des Etats membres“⁸⁷. Ce complément pourrait aisément être puisé dans les jurisprudences des cours constitutionnelles des Etats membres.

D'autres raisons invitent à plaider pour l'édiction de normes communes garantissant un haut degré de protection des suspects et personnes poursuivies pénalement. En premier lieu, il a été dûment constaté que le droit pénal matériel développé ces dernières années par l'Union européenne s'éloignait parfois des principes découlant de la tradition libérale européenne, fondatrice du progrès social en Europe comme de la construction européenne.⁸⁸ Ainsi, le législateur européen a eu tendance à recourir au droit pénal pour protéger des intérêts non clairement définis; à négliger le principe de l'*ultima ratio*, ou encore celui de la précision des normes d'incrimination. Un vieil adage rappelle que le droit pénal est celui qui permet à la société de se défendre contre les délinquants, tandis que le droit de la procédure pénale est celui qui protège les délinquants contre les risques d'abus de la vengeance sociale. Face à ce droit pénal matériel européen sévère, foisonnant et imprécis, il est plus que nécessaire que les normes „minimales“ de procédure pénale assurent un haut niveau de protection des justiciables. De façon générale, d'un point de vue politique, il paraît urgent dans une Union qui

jusqu'à présent a fortement soutenu la liberté économique,⁸⁹ laquelle ne profite qu'à certains, de renforcer maintenant la liberté individuelle qui peut être au bénéfice de tous. L'adhésion des populations européennes au projet européen est à ce prix, comme l'a montré le rejet du referendum pour l'établissement d'une Constitution européenne dans plusieurs Etats membres.

En second lieu, la construction de standards de haut niveau de procédure pénale ne doit pas faire peur du point de vue de l'efficacité de la répression. Rappelons qu'ainsi qu'elle fonctionne actuellement, la reconnaissance mutuelle permet l'application cumulative du droit de l'Etat mandant et du droit de l'Etat mandaté. On peut légitimement penser que l'application d'un seul droit, soit-il exigeant, restera toujours moins contraignante que l'empilement inorganisé de garanties issues de plusieurs traditions juridiques différentes. De plus, les critiques adressées à l'Union européenne en ce qui concerne l'efficacité de la coopération judiciaire pénale visent en général l'incohérence ou la complexité des mécanismes en place. Elles n'évoquent que rarement une trop grande tolérance ou complaisance vis-à-vis des délinquants. Au contraire, les Etats membres qui sont le plus réticents envers la politique de l'Union sont ceux qui craignent l'abaissement des garanties fondamentales. L'élaboration de normes communes offrant un haut degré de protection des suspects et personnes poursuivies permettrait donc de remédier aux difficultés dues à la complexité de la mise en œuvre de la coopération judiciaire *et* aux craintes formulées quant à la substance de la réglementation.

D'un point de vue pratique, la Commission européenne envisage l'établissement de normes communes en deux blocs. Elle prévoit d'une part la formulation de principes généraux par voie de directives en application d'un programme intitulé „les droits des personnes dans le cadre des procédures pénales“⁹⁰ et dicté par le Conseil de l'Union européenne dans la feuille de route du 30 novembre 2009. Deux propositions de directives ont déjà été rendues publiques, l'une relative à la traduction et à l'interprétation dans le cadre des procédures pénales,⁹¹ l'autre concernant le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.⁹² Devraient suivre plusieurs autres propositions, notamment sur l'assistance d'un conseiller juridique et l'aide juridictionnelle. Dans sa résolution du 30.11.2009, le Conseil de l'Union européenne avait indiqué que les droits mentionnés dans la feuille de route „pourraient être complétés par d'autres droits“⁹³. A notre sens, sont

⁸⁵ Document n° 2009/C 295/01.

⁸⁶ Point 2 du préambule.

⁸⁷ Point 8 du préambule.

⁸⁸ Manifeste pour une politique criminelle européenne (Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik), dir. *Satzger*, ZIS 2009, 691.

⁸⁹ C'est d'ailleurs dans le contexte de la libre circulation des marchandises qu'est né le concept de reconnaissance mutuelle, voir *Lelieur/Sinopoli*, Les Petites Affiches n° 37 du 22.2.2010, 7.

⁹⁰ Communication de la Commission du 20.4.2010 „Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm“, COM (2010) 171 final, p. 15.

⁹¹ COM (2010/0050) 82 final.

⁹² COM (2010/392/3).

⁹³ Point n° 2 de la résolution, précitée.

nécessaires les compléments suivants: droit à ne pas témoigner contre soi-même (*nemo tenetur se ipsum accusare*); proportionnalité des actes d'enquête par rapport à la gravité de l'infraction recherchée et à l'atteinte portée aux libertés; intervention d'un juge pour tout acte d'enquête comportant une mesure de contrainte et d'au moins un magistrat du parquet pour l'interrogatoire du suspect.

D'autre part, la Commission prévoit une proposition législative „visant à instaurer des normes communes en matière d'obtention de preuves pénales afin d'en garantir la recevabilité“. Cet instrument, destiné à compléter le nouvel instrument de reconnaissance mutuelle qui remplacera ceux qui fixent le régime actuel, a pour objet de réglementer les actes d'enquête spéciaux qui accompagneront la coopération judiciaire internationale. Il devra décliner concrètement les droits reconnus dans les textes législatifs adoptés en application du programme relatif aux „droits des personnes dans le cadre des procédures pénales“ et assurer la mise en œuvre technique des nouvelles garanties. Pour cette raison, il est impératif qu'il soit adopté après que les principes généraux mentionnés dans le paragraphe précédents auront été dûment définis.

IV. Conclusion

L'établissement de normes communes pour l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne n'est pas seulement une nécessité pour l'Union si celle-ci veut améliorer la coopération judiciaire pénale en son sein. Il peut être aussi une chance pour un droit probatoire français en crise. Mais, pour l'Union comme pour la France, le succès de ces normes communes suppose qu'elles soient ambitieuses et qu'elles affichent sans ambiguïté l'objectif d'assurer une protection de haut niveau aux personnes suspectées et poursuivies dans le cadre de procédures pénales. En effet, ce n'est qu'à cette condition que ces normes faciliteront effectivement la reconnaissance mutuelle en matière probatoire et qu'elles pourront servir table d'orientation au législateur français.

En revanche, l'adoption d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle pour l'obtention transnationale de preuves sans harmonisation juridique préalable de qualité, n'a aucun intérêt. En effet, sans cette harmonisation, l'élargissement de la reconnaissance mutuelle à tout type de preuve est soit voué à l'échec, soit susceptible d'entraîner une baisse considérable du niveau de respect des droits fondamentaux. Or, si cet élargissement ne peut être réalisé dans de bonnes conditions, un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle en matière probatoire est inutile. Dans ce cas, mieux vaudrait que l'Union s'abstienne...

The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer

By Prof. John R. Spencer, Cambridge

This article questions whether mutual recognition is the best approach to improving the process of cross-border evidence-gathering between EU Member States. It suggests that, if the mutual recognition route is followed, it would be desirable to prescribe a “menu” of standard measures, available from any Member State in trans-border cases. It doubts the wisdom of attempting to lay down a rule requiring the “free movement of evidence”.

I. Introduction

In November 2009 the Commission published its Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from One Member State to Another and Securing its Admissibility.¹ When this came out I wrote a brief response, which was circulated privately among friends and colleagues, with no attempt at that time to publish it more widely. This short article is a revised and slightly expanded version of that document.

Unfortunately the resulting article is already rather out of date, because events have moved forward so rapidly since it was first written. After publishing the Green Paper the Commission arranged for some research to be carried out and in February 2010 it called a meeting of experts in Brussels to discuss the Green Paper and the initial reactions from within the Member States to the questionnaire attached to it. But then at the end of April 2010, while the Commission was still planning its next move, a group of Member States, led by Belgium, launched their own proposal for a Draft Directive in this area.² This covers a part of the same ground as the Commission’s provisional proposal, but only a part of it. The Commission envisaged an instrument that would (i) set up a scheme of mutual recognition to govern cross-border evidence-gathering and, more controversially, (ii) create a regime of “mutual admissibility of evidence”; but of these two aims the Draft Directive only seeks to implement the first. And when devising a scheme for mutual recognition in the area of evidence-gathering – on the practical need for which my paper had expressed mild scepticism – the Draft Directive avoids the scheme of “standard packages” of measures, the case for which readers will find set out below.

Under the labyrinthine system of concessions that the UK extracted at the time the Lisbon Treaty was negotiated the UK is not bound by EU an instrument in the area of criminal justice, and takes no part in the negotiations, unless within three months of the draft being tabled it elects to “opt in”.³ At the end of July 2010 – to the predictable disgust of the euro-sceptic press, which reported it under the alarming headline

“Britons to be Spied on by Foreign Police”⁴ – the UK government decided to do so.⁵

So the future shape of the law in this area will now emerge from the negotiations that are taking place on the Draft Directive tabled by the group of Member States – in which the United Kingdom, having opted in, will be taking part – rather than by reference to the Commission’s Green Paper. However, the Green Paper did raise issues of general interest, and it is to those issues that the rest of this article is addressed.

II. Mutual recognition and mutual legal assistance: what is the difference?⁶

Both mutual recognition (MR) and mutual legal assistance (MLA) are about the same thing, i.e. State A getting State B to take a step that is essential, or any rate helpful, to enable criminal proceedings in State A to proceed. But in MLA the basis is a polite request: “State B, please would you take this step for us? – if you can, and when you can”, whereas with mutual recognition the basis is an order “State B, we require you to execute this order for us.” With MLA, State B has in principle an open-ended discretion to refuse, and an equally wide discretion as to how, in any given case, it will carry out the task that State A wants done. With MR, by contrast, State B is in principle obliged to carry out the order, and furthermore, it may be required to carry it out in the manner that State A wants it done. Of course, in practice the contrast is not quite as stark as this, because the line between MLA and MR can be blurred: particular MLA instruments may allow the requesting State to specify how it wants the task carried out,⁷ and particular MR instruments always list grounds of possible refusal.⁸ But in principle the line is clear.

¹ COM (2009) 624 final.

² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order and other Matters; Brussels, April 29, 2010, 9145/10, Interinstitutional file 2010/0817 (COD).

³ Protocol 21 to the Lisbon Treaty; and see *Spencer*, *Archbold Review*, Issue 6, 4-5.

⁴ Daily Telegraph, April 26, 2010. For an analysis of the attitude of the British press towards European criminal law, see: *Vernimmen-Van Tiggelen/Surano/Weyembergh*, *The Future of Mutual Recognition in Criminal Matters in the European Union*, 2009, p. 523-528.

⁵ Statement made by the Home Secretary, Mrs Teresa May, to the House of Commons on; Hansard, HC, July 27, 2010.

⁶ For a more extended discussion of the difference, see *Klip*, *European Criminal Law – an Integrative Approach*, 2009 chapter 7. For an account of the law on mutual legal assistance as it had evolved in UK law by the turn of the century, see *Harris/Murray*, *Mutual Assistance in Criminal Matters*, 2000, *passim*.

⁷ As does Article 4 of the EU Mutual Legal Assistance Convention of 2000, for example.

⁸ A number are contained, of course, in the Framework Decision creating the European Arrest Warrant, Council Framework Decision, OJ 2002 L. 190, p. 1.

III. Extradition, and collecting evidence (and freezing assets): a false analogy?

As needs no emphasising, the creation of the European Arrest Warrant was created on the principle of mutual recognition. And because – contrary to dire predictions at the time – the new arrangement appears to work quite well,⁹ there has been a move to replace MLA with MR in connection with orders made by courts in the pre-trial phase: in particular, orders for obtaining evidence,¹⁰ but also orders for seizing or freezing what are thought to be the proceeds of a crime.¹¹ The underlying idea appears to be “MR solved the problem with extradition, so it is bound to solve the problem here as well.” But as against this, it could plausibly be said that the situations are fundamentally different, and although MR works well in the context of extradition, it will not necessarily work so well in the context of evidence-gathering – or indeed of freezing assets.

The reason is that extradition involves something which in all countries is essentially the same. State A says to State B “X is wanted in our country for trial, or to serve a sentence. Please will you arrest him and send him to us?” and State B, if the offence is grave enough, will do so. But collecting evidence – or at any rate, collecting it by coercive means from those who would prefer not to provide it – is something about which the rules differ widely from one State to another. Thus a potential problem for MR arises if State A orders State B to take some coercive or invasive step for the collection of evidence which the law of State B does not normally permit.

As most readers are presumably aware, the United Kingdom consists for legal purposes of three distinct legal systems: those of England and Wales, Scotland, and Northern Ireland. Between them a system of mutual recognition has long operated, which requires inter alia the mutual recognition of orders for the collection of evidence. And from time to time, difficulties of the sort mentioned at the end of the previous paragraph do indeed arise. This is illustrated by the House of Lords case, *R v Manchester Stipendiary Magistrate ex parte Granada Television Ltd*¹². In this case a Scottish court issued a warrant to search the defendant company’s

property in Manchester, which the Scots wanted the English police to execute. Under English law, the materials that the Scottish prosecutor was looking for were not obtainable under a search warrant issued by a magistrate. The only possible way of obtaining them would have been by means of a “production order” issued by a Circuit Judge – an order from the court to the person in possession of the papers, requiring him to produce them. Reversing the courts below, the House of Lords – after a minute examination of the relevant statutory provisions – eventually ruled that for these purposes the Scottish rule applied, and the Scottish search warrant would operate in England.

Because of this potential problem it seems to me that, if we really want to abandon MLA in place of MR as regards evidence-gathering, the alternatives are two. The first is to have a long series of different piecemeal instruments, creating MR regimes for particular forms of evidence-gathering in respect of which the rules in all the Member States are already more or less the same: which is the way things have been going up to now. And the second is to have a more ambitious instrument that sets out a standard set of “core” evidence-gathering powers, which are to operate in transnational cases in all Member States, irrespective of their normal internal rules, in cases where courts in other Member States issue orders requiring them to be exercised.

This second route is, of course, what was proposed in the Corpus Juris Project.¹³ Among the proposals it contained, one was for a “European deposition”: a standard procedure for the examination of a potential witness in another country, and another was for a “European interrogation report”, a standard procedure for the official questioning of a suspect.¹⁴ And no less obviously, this is not “mutual recognition”, at any rate in the sense intended when the idea was put forward at Cardiff in 1998¹⁵ and at Tampere in 1999,¹⁶ and promoted as an alternative to the “vertical approach” contained in the Corpus Juris project. Though the label “mutual recognition” might be attached to it, in reality it is harmonisation – the “dreaded H-word”, as it is sometimes humorously called – under another

⁹ At any rate, that is the view that seems to prevail among the governments of the Member States. In the United Kingdom, if not elsewhere, much attention is given in the press to individual cases in which it appears to have produced injustice. Two recent cases have attracted particular concern: *Symeou v Public Prosecutor’s Office, Patras* [2009] EWHC 897 (Admin), noted [2010] CLJ 225; [2009] 1 WLR 2384, and *R (Mann) v Westminster Magistrates Court and another*, [2010] EWHC 48 (Admin).

¹⁰ Council Framework Decision 2008/978/JHA, OJ 2008 L 350 p. 72 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.

¹¹ Council Framework Decision 2003/577/JHA, OJ 2003 L 196 p. 45 on the execution in the European Union of Orders Freezing property or Evidence.

¹² [2001] 1 AC 300.

¹³ *Corpus Juris, Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Editions Economica, Paris (1997, edited by *Mireille Delmas-Marty*). A revised version of the project appeared in 2000, together with a three-volume supporting study, as *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States* (edited by *(M.) Delmas-Marty and (J.A.E.) Vervaele, ([Intersentia, Antwerp, Groningen and Oxford])*).

¹⁴ *Corpus Juris project*, article 33 in the 1997 version, article 32 in the 2000 version.

¹⁵ Presidency Conclusions, Cardiff June 15./16., 1998, § 39: “The European Council underlines the importance of effective judicial cooperation in the fight against cross-border crime. It recognises the need to enhance the ability of national legal systems to work closely together and asks the Council to identify the scope for greater mutual recognition of decision of each others’ courts.”

¹⁶ See the Presidency Conclusions of the Tampere Council, 1999 (Sect. IV).

name. The courts of the different Member States would be required to “mutually recognise” one another’s orders in respect of evidence-gathering: but only those orders which were set out in a standard, harmonised form, for use in trans-border cases.

IV. So which way ahead?

If we are to go further down the “mutual recognition” route, my immediate reaction is to be wary of the “piecemeal” approach which has prevailed up to now. The objection is the one mentioned in paragraph 4.1 of the Green Paper. Practitioners who have to prepare trans-border cases have their work greatly complicated by a profusion of different instruments, each one of which covers only part of the case in hand. Complaints about this have been widely heard from practitioners in recent years; some of these will be found in the study on Mutual Legal Assistance carried out by ECLAN for the Commission, the report of which is now publicly available¹⁷. So if Europe is to move further along the route of mutual recognition in the area of collecting evidence, the second and more ambitious route is surely the proper one to take.

V. But is a mutual recognition solution really necessary?

Before going down that route, it would surely be prudent to consider whether the current problems in trans-border evidence-gathering are really bad enough to justify so radical a solution. The Member States should first ask themselves whether it might be possible to solve them by improving the current system of mutual legal assistance: the basis for which, as previously mentioned, is a request (and not an order) to another State, which says, in effect “We wish to achieve XYZ objective. Please would you achieve it for us, using the methods that exist to do this in your system, assuming that there are any.”

Ten years ago, extradition was an extremely serious problem on any view – except perhaps from the perspective of the fugitive offender, who, paradoxically, was sometimes the beneficiary of its failings, being able to put off for a very long period the day on which he had to face the punishment he deserved.¹⁸ At a theoretical level, the rules by which it was then governed were excessively garantiste, and also gave too much discretion to the Executive. At a practical level it was terribly slow and enormously expensive, to the point where it was an obstruction to criminal justice that could no longer be tolerated in a Europe of free movement of persons. It was a problem bad enough, in other words, that it simply had to be resolved – even at the cost of radical and (in some quarters) rather unpopular reform.

¹⁷ The Future of Mutual Recognition, note 4 above.

¹⁸ Though this did not invariably help him. Sometimes the consequence was that the requested person spent literally years in prison in the requested State while the decision about his extradition was working its way through the courts and then through the Government departments.

But are things really that bad as regards the obtaining of evidence from other EU Member States?

Before deciding how to react to the Green Paper, there was a need for an exercise in “evidence-gathering” by finding out from the practitioners who actually handle trans-national cases what, and how bad, their problems really are with the existing system. As the English saying goes: “If it ain’t broke, don’t fix it”; and similarly, if it is only slightly broken, a minor repair is preferable to what doctors call “heroic surgery”.

In an attempt to obtain some solid information on this subject, in 2009 the Commission did indeed order a study to be carried out, the results of which have since been published.¹⁹ However, though this fact is not prominently mentioned in the report, it was carried out within a time-frame that was very short; and in consequence of this, the researchers received information from only 10 of the 27 Member States. The authors of the study deal with problem by saying “Not having the opinion of each of the 27 Member States does not negatively impact upon the representative value of the study.”²⁰ Frankly, I do not share their optimism.

VI. Admissibility of Evidence

In Part 5.2 of the Green Paper, under the heading “admissibility of evidence”, the Commission asks the following questions:

Would you in principle welcome the introduction of common standards for gathering evidence? Why?

Would you prefer to adopt general standards applying to all types of evidence or to adopt more specific standards accommodated to the different types of evidence? Why?

If common standards should be adopted, which would you envisage? Why?

I think that in raising these issues under the heading of “Admissibility of Evidence” the Commission is in danger of looking at the matter through the wrong end of the telescope.

To ask the question bluntly, is it any business of the EU to lay down rules requiring certain forms of evidence to be admissible in criminal trials in Member States?

Broadly speaking, it is surely up to each Member State to frame its own rules as to the admissibility of evidence in criminal cases; and it is not the business of the EU to tell Member States what types of evidence should or should not²¹

¹⁹ *Vermeulen/De Bondt/Van Damme*, EU Cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, 2010.

²⁰ *Vermeulen/De Bondt/Van Damme* (note 19), p. 43.

²¹ The case for imposing exclusionary rules looks stronger than the case for imposing inclusionary ones. At the time of writing, the EU is preparing a series of instruments designed to guarantee suspects and defendants certain minimum rights: see Resolution of the Council of November 30, 2009 OJ C 295/1, 4.11.2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings. If these rights are to be made effective, they must be accompanied by a rule that evidence obtained in breach of them is inadmissible; and for such a rule to be applicable

be admissible in their criminal courts, unless there is some compelling practical reason to require this.

This might sound obvious – but the point does need to be clearly made. In previous documents from the Commission there have been suggestions that EU law should be used to create a rule of “free movement of evidence” applicable throughout the Union, the effect would be that any piece of evidence gathered lawfully according to the rules about evidence-gathering applicable in the Member State where it was gathered would be automatically admissible in evidence in the criminal courts of any other Member State.²² I (and others) have responded to this suggestion in the past by saying that the proposition is much too wide²³. In principle, it would be a good thing if all Member States applied a rule of “locus regit actum” as regards formalities; so that, for example, a clue discovered by a house-search in State X that was carried out lawfully under the law of State X should be admissible in State Y, even though the search would have been unlawful if carried out in that way in State Y. But if taken beyond that, the “free movement of evidence” idea could cause serious problems. If taken to the limit it would mean, for example, that a written statement taken by a *juge d’instruction* from a witness in France (and as such admissible in French criminal proceedings) would be automatically admissible at a trial in England, irrespective of the hearsay rule, which would normally require the witness to give evidence orally; and similarly, it would be automatically admissible in Germany, in contradiction of the German counterpart of the hearsay rule, the “*Grundsatz der Unmittelbarkeit*”.

But the other side of the coin, surely, is that having devised their rules about the admissibility of evidence, the Member States should be prepared to live with them, and if those rules cause them problems in trans-national cases then they need to change their rules, not try to make other Member States comply with them. If (say) Tobleronia has a rule of evidence that no clue is admissible at a criminal trial unless the search was carried out by an officer of the Tobleronian police, and that rule is an obstacle to justice in trans-national cases, Tobleronia needs to amend the rule, not try to make its neighbours let in Tobleronian policemen to search houses on their territory in cases where the evidence is wanted in Tobleronia. As another English saying goes, “Don’t make your problems other people’s problems.”

As previously suggested, in principle it would surely be a good thing if the “locus regit actum” rule were applied in all

throughout the Union it would have to be included in the EU instrument by which the defence rights were guaranteed.

²² It was mentioned in the Tampere Conclusions, and also proposed in the Commission Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, Com (2001) 715 final § 6.3.4.1.

²³ *Spencer*, *The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them*, (2006-2007) Volume 9 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 465, 473 et seq.

Member States – as indeed it appears to be in the UK.²⁴ But equally, it is surely not the business of the EU to impose this rule upon those Member States (if any) which are too obtuse to see the need for it. Unless, perhaps, the insistence of certain Member States on crippling their criminal justice systems by unworkable rules of evidence were causing failures of justice the ill-effects of which extended beyond their borders: as they might, if in consequence those Member States became safe havens for trans-border criminals, whose unrestrained activities caused problems for their neighbours.

VII. “Common standards”

It seems likely that what the Commission really has in mind in asking the questions set out in Part 5.2 of the Green Paper is something else: namely, whether a future EU instrument on evidence gathering should prescribe a set of “standard packages” of help in evidence-gathering, which any Member State could require any other Member State to provide for them.

So, for example, an EU instrument might say that a possible measure is the creation of a “European deposition”. This would be the hearing of a witness, to be carried out according to a certain prescribed set of rules: and these might be, for example, that the hearing must be before a judge, the proceedings must be audio-recorded (or even video-recorded), and if the deposition is to be taken from someone who is a potential prosecution witness, the defence must be given the opportunity to be present and to put questions²⁵.

If there really is to be a move in this area away from MLA – “please, if you can, would you do this for us, and if possible, it would be helpful if you could do it in XYZ way” – to MR – “we require you to do this for us”, then surely a set of “standard packages” is essential. If the position is that Member States are to be required to do things, rather than that they can be asked to do them if this is possible, then it needs to be laid down in black and white exactly what they can be required to do (and by elimination, what they cannot be required to do).

Not only would a set of “standard packages” be essential for the reason given in the previous paragraph, but it would also be practically helpful, because it would be an important simplification. In principle, police officers, prosecutors, defence lawyers and judges in every Member State who were confronted with a trans-border case would then have access to a legislative “menu” setting out the measures that they could require the authorities in other Member States to do for them. And similarly, the authorities in Member States would also know exactly what could be required of them.

If such a list of “standard packages” were created, then the likelihood is that all or most Member States would, if necessary, amend their laws of evidence to make evidence so obtained from another Member State admissible. But in principle, they should be left alone to decide for themselves whether they wish to do this or not, and it is difficult to see

²⁴ *R v McNab*, [2001] EWCA Crim 1605, [2002] 1 Cr. App. R. (S.) 72, [2002] Crim. L.R. 129.

²⁵ As in the “European Deposition” proposed in the Corpus Juris project (note 14).

any pressing reason why they should be required to do so if they do not see the obvious advantage of it.

Turning to political issues, I think that the notion of creating a “menu” of “standard measures” which any Member State could require from another Member State in a transnational case ought not to raise objections on account of “Brussels interference with our criminal justice systems”. On the other hand, it is predictable that any measure that sought to require Member States to admit evidence obtained according to a specified procedure would be widely seen as objectionable on that account.

A final point: if it would be undesirable to proceed “piecemeal” with a series of separate evidence-gathering measures, this does not mean that it would necessarily be undesirable to proceed “piecemeal” with measures to guarantee defendants’ rights. The first requires the creation of an international procedure, which has to be operated. The second, by contrast, does not.