

Eine akademische Kritik des „EU-Acquis“ zur grenzüberschreitenden Beweissammlung*

Sabine Gleß**

I. Einleitung

Eine akademische Kritik an dem EU-Acquis zur grenzüberschreitenden Beweissammlung sowie zur Beweisübermittlung und Beweisverwertung aus kontinentaleuropäischer Sicht ist in verschiedener Hinsicht eine anspruchsvolle Herausforderung:

Zum ersten ist ihr Gegenstand – wie John Spencer bereits ausgeführt hat – noch immer im Entstehen befindlich: ein Acquis „en train de s’acquérir“.¹ Es kann deshalb der Blick nicht nur auf das bereits Bestehende, sondern er muss immer wieder auf zukünftiges Recht, geplante Reformen und weitergehende rechtspolitische Überlegungen gerichtet werden. Insofern gehen die folgenden Überlegungen eben auch über den technischen EU-Rechtsbestand, das bereits geltende Recht hinaus.

Zum zweiten verpflichtet die Aufgabenzuschreibung dazu, in doppelter Weise einen Kontrapunkt zu setzen: Einerseits zu John Spencers Ausführungen zur angelsächsischen Perspektive, die – anders als die kontinentale Sichtweise – traditionell auf andere Aspekte, insbesondere mit großem Nachdruck auf die Beweisverwertung vor dem entscheidenden Gericht, fokussiert ist als auf die Prozedur der Beweissammlung und Beweissicherung im Vorverfahren. Letztere spielt in den instruktorischen Verfahrensordnungen eine herausragende Rolle. Andererseits soll die Aufgabe einer *akademischen* Kritik wohl dazu verpflichten, einen Kontrapunkt zu der Sicht der Praktiker zu präsentieren. Was ist das: eine „akademische Kritik“? Und was ist ihr Ziel und Nutzen für die Praxis? Ich habe, wie es sich für jemanden aus der Wissenschaft gehört, ein Buch zu Rate gezogen: Wahrigs Deutsches Wörterbuch. Es umschreibt die Bedeutung des Wortes „akademisch“ mit „welfremd“ und „trocken“.² Das hat mir aus offensichtlichen Gründen nicht gefallen. Da steht mir John Spencers Ansatz schon viel näher: Eine akademische Kritik soll sich nicht – jedenfalls nicht zuvörderst – mit Detailfragen auseinandersetzen, sondern einen Schritt zurück treten, Grundstrukturen freilegen und Antworten auf Grundsatzfragen versuchen. Insofern ist die akademische Kritik praktisch nützlich, weil sie über den gerade anliegenden Einzelfall hinaus immer wieder auftretende Probleme strukturiert und generelle Lösungsmöglichkeiten anbietet. Gleichwohl wird es nicht immer möglich sein, daraus auch in jedem Einzelfall einfache Handlungsanweisungen für die Praxis

* Überarbeitete Fassung des Vortrags der Autorin bei der Tagung der Europäischen Rechtsakademie Trier und des englischen Crown Prosecution Service „Der Umgang mit Europäischen Beweismitteln: Die Notwendigkeit praktischer Reformen zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Rechtshilfe“, 18. – 20. November 2004 in Trier.

** Sabine Gleß, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br. Die Autorin dankt Herrn Thomas Wahl für hilfreiche Diskussionen und Hinweise.

¹ Siehe auch den Beitrag von John Spencer in dieser Ausgabe, oben S. 28.

² Wahrig, Deutsches Wörterbuch (Bertelsmann, Gütersloh 1979), Spalte 321.

zu gewinnen. Selbst meine „Schlussfolgerung“ am Ende dieses Beitrages mündet in Fragen.

II. Struktur der immer wieder auftretenden Probleme in Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Beweissammlung und der Verwertung „ausländischer Beweismittel“

Die Probleme, die in Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Beweissammlung bzw. durch den Wunsch nach einer Verwertung „ausländischer Beweismittel“ auftreten, lassen sich aus drei Perspektiven³ beleuchten:

1. aus der völkerrechtlichen Perspektive
2. aus der Perspektive des nationalen Rechts
3. aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes in einem „europäisch-arbeits-teiligen Strafverfahren“.

1. Aus völkerrechtlicher Sicht

Aus zwischenstaatlicher Sicht stellt sich zunächst die – weitgehend der Diskussion zwischen den Praktikern vorbehaltene – Frage: Ist die grenzüberschreitende Beweissammlung, wie sie derzeit auf der Grundlage des EU-Acquis möglich ist, effektiv? Helfen die übermittelten Beweismittel in der Praxis, damit in einem Strafverfahren in einem EU-Mitgliedstaat der für die Strafverfolgung maßgebliche Sachverhalt ermittelt werden kann?

Diese Frage war vor allem Gegenstand der Arbeitsgruppe I der ERA-Tagung (*Probleme der Beweissammlung aus dem Ausland*) und wurde dort ausgiebig erörtert.

Ein ganz wichtiges Teilergebnis – auch aus Sicht der Wissenschaft – ist meines Erachtens, dass die Praktiker während der Tagung grundsätzlich ihre Zufriedenheit mit den derzeit bestehenden rechtlichen Instrumenten der Rechtshilfe geäußert haben. Sie kritisieren nicht (mehr) ein zu enges rechtliches Korsett durch Rechtshilferegeln, sondern bemängeln eher praktische Probleme bei der Umsetzung und bei der Kooperation mit den zuständigen Stellen in den anderen Mitgliedstaaten. Von der Politik wünschen sie sich im Grunde nur, dass der bereits ausgehandelte Acquis in handhabbares nationales Recht umgesetzt wird – und zwar bevor neue rechtliche Maßnahmen auf die Agenda gesetzt werden. Dieser Befund könnte nahelegen, dass das Rechtshilferecht aus völkerrechtlicher Sicht zur Zeit keine grundlegenden Probleme aufwirft. Doch das Zwischenergebnis täuscht insoweit:

a. Die zwischenstaatliche Rechtshilfe als kohärentes Rechtssystem

Denn – insbesondere aus Sicht der Wissenschaftler – stellt sich auf übergeordneter völkerrechtlicher Ebene immer noch die grundsätzliche Frage nach der

Kohärenz der zwischenstaatlichen Rechtshilfe als Rechtssystem. Diese Frage wurde auf der ERA-Tagung weitgehend ausgespart. John Spencer geht jedoch in seinem Beitrag darauf ein. In seinem Befund der Nicht-Kohärenz stimme ich ihm zu: Bisher gibt es kein kohärentes System der Rechtshilfe. Das hat meines Erachtens vor allem zwei historische Gründe:

Das Rechtshilferecht galt zum ersten lange Zeit als eher politische Materie, die nur beschränkt Rechtsregeln unterworfen werden konnte. Das zeigt sich etwa in der Entwicklung des deutschen Rechtshilferechts: Illustrativ ist dafür das Wort des Göttinger Völkerrechtslehrers *Ludwig von Bar*, als im Januar 1892 im Reichstag die erste EntschlieÙung eingebracht wurde, ein deutsches Auslieferungsgesetz zu erlassen: „Obschon die Auslieferung allgemein als Angelegenheit des Rechts angesehen werde, werde sie in deutschen Landen als Polizeisache behandelt. Eine Mitwirkung der Gerichte sei indessen unentbehrlich geworden...“.⁴ Seither ist das Rechtshilferecht zwar zu einer weitgehend rechtlich geregelten Materie geworden.⁵ Aber diese Entwicklung ist weitgehend nicht von einem systematischen Rechtsetzungsansatz getragen, sondern von einer durch ad hoc-Lösungsansätzen geprägten Reformpolitik.

Zum zweiten trägt zu der Nicht-Kohärenz des Rechtshilferechts innerhalb Europas vor allem der Umstand bei, dass sich die Rechtshilfeverträge hier erst sukzessiv und in unterschiedlichen Rechtssystemen entwickelt haben. Das zeigt eben der EU-Acquis, der – ausgehend von den Europaratsübereinkommen als Mutterübereinkommen⁶ – über die Verträge der Schengen-Zusammenarbeit⁷ bis zu den einschlägigen EU-Übereinkommen⁸ und anderen Rechtsakten⁹ reicht und in bezug auf einzelne Aspekte auch noch frühe EG-Übereinkommen¹⁰ einschließt. Dieser „Wildwuchs“ ist sicherlich eine Ursache für das oftmals als undurchsichtig erscheinende Rechtshilferecht.¹¹

Doch über den negativen Befund hinaus stellt sich die Frage: Was bedeutet es, dass die Rechtshilfe bisher kein kohärentes Regelwerk aufweist?

Für den Rechtsanwender bedeutet es, dass er bei der Lösung des ihm gerade

⁴ Zitiert nach *W. Mettgenberg*, Deutsches Auslieferungsgesetz, 1. Aufl., Mannheim 1930, S. 2f.

⁵ Vgl. dazu etwa: *Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, München 2003, Rn. 7ff.

⁶ Vgl. dazu Erläuternder Bericht zum EU-Übereinkommen vom 29.5.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU, ABl. C 379 vom 29.12.2000, 7.

⁷ Hier spielen im Bereich der kleinen Rechtshilfe vor allem die Artt. 48 ff. SDÜ eine Rolle.

⁸ Hier kommt vor allem dem EU-Übereinkommen vom 29.5.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen besondere Bedeutung zu, ABl. C 197 vom 12.7.2000, 1.

⁹ Wie etwa der Rahmenbeschluss (2003/577/JI) über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU, ABl. L 196 vom 2.8.2003, 45; vgl. ferner den Vorschlag für einen „Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren“ (KOM(2003) 688 endgültig).

¹⁰ Wie etwa das Übereinkommen vom 25. Mai 1987 zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung, das durch die Fortentwicklung der Schengen-Zusammenarbeit aber praktisch ohnehin weitgehend bedeutungslos ist.

¹¹ Vgl. etwa: *Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, München 2003, Rn. 20ff.

vorliegenden Rechtsfalles nicht auf konsistente Regeln zurückgreifen und dadurch – etwa bei einer Lücke – für ein ungelöstes Rechtsproblem kaum eine Antwort aus dem bestehenden Rechtsbestand ableiten kann, da sich die unterschiedlichen Regelwerke zur Rechtshilfe in vielen Punkten nicht in ein widerspruchsfreies System ordnen lassen, das als Basis für eine richterliche Rechtsschöpfung dienen könnte. Das ist unbequem. Es entpflichtet aber nicht davon, auch in der Einzelfalllösung ein mit den allgemeinen Grundsätzen konsistentes Ergebnis zu suchen. Denn heute steht auch die Rechtshilfe unter dem Postulat der Justizförmigkeit und die Praxis muss deshalb versuchen, zu einer insgesamt widerspruchsfreien Rechtsanwendung zu gelangen. Gelingt dies, dann befriedigt es nicht nur die Bedürfnisse der Rechtsgemeinschaft nach einer widerspruchsfreien Kasuistik, sondern erleichtert auch die weitere Rechtsanwendung, weil letztlich eine Systematik geschaffen wird, an der sich die weitere Rechtsprechung orientieren kann. Der Rechtsprechung kommt hier in allen Rechtsordnungen eine immense Bedeutung zu, denn Kohärenz der Rechtsanwendung spielt nicht nur in den vom Common Law geprägten Rechtssystemen eine grundlegende Rolle,¹² sondern auch in den kontinentalen Rechtssystemen.¹³

b. Die zwischenstaatliche Rechtshilfe und der Respekt vor Entscheidungen fremder Souveräne

Ferner stellt sich aus völkerrechtlicher Sicht noch eine ganz andere Frage: Wie kann durch die Rechtsgestaltung und Rechtsanwendung im Bereich der zwischenstaatlichen Rechtshilfe der notwendige Respekt vor den Entscheidungen des fremden Souveräns sichergestellt werden, die in der Ausgestaltung der Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommen?

Diese Frage stellt sich in zweierlei Hinsicht:

Einerseits ist es die traditionelle Grundfrage der Rechtshilfe: Inwieweit soll und kann ein souveräner Staat einem fremden Staat Hilfe bei der Durchsetzung dessen Strafanspruches leisten? Diese Frage wird in jüngerer Zeit in den EU-Mitgliedstaaten mit Blick auf den „Europäischen Haftbefehl“¹⁴ wieder sehr kontrovers diskutiert und bedarf deshalb an dieser Stelle keiner weiteren Diskussion.¹⁵

Der Blick sollte sich aber hier auf einen weiteren Aspekt richten. Denn es stellt sich andererseits die Frage nach dem Respekt vor der Strafflosstellung eines bestimmten Verhaltens in einem EU-Staat, das in den anderen EU-Staaten

¹² Zur Bedeutung des Prinzips der „stare decisis“ vgl. etwa aus rechtssoziologischer Sicht: *F. Neumann*, Rule of Law, Leamington u.a. 1986, S. 244ff.; vgl. aus rechtsvergleichender Sicht: *B. Huber*, Statutory Interpretation: Zur Auslegung englischer Gesetze, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 115 (2003), 723ff.

¹³ Vgl. etwa aus deutscher Sicht: *R. Alexy*, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: *Behrendt/Dießelhorst/Dreier* (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Göttingen 1990, S. 95ff. sowie aus französischer Sicht: *M. van de Kerchove*, *J. F. Ost*, *Le système juridique*, Paris 1988, S. 83.

¹⁴ ABl. Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, 1.

¹⁵ Vgl. dazu etwa: *H. Fuchs*, Europäischer Haftbefehl und Staatensouveränität, in: *Österreichische Juristische Blätter* 2003, 405ff.; *B. Schüneman*, Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel?, *Strafverteidiger* 2003, 531ff.

strafbar ist. John Spencer geht in seinem Beitrag in dieser Ausgabe auf folgendes Beispiel ein: Wenn in den Niederlanden unter bestimmten engen Voraussetzungen Euthanasie nicht strafbar ist oder unter jeweils festgelegten Bedingungen Abtreibungen auch noch in einem Stadium der Schwangerschaft legal durchgeführt werden können, in dem ein solcher Eingriff in anderen Mitgliedstaaten strafbar wäre, müssen dann die anderen Mitgliedstaaten diese rechtspolitischen Entscheidungen für die Straflosigkeit dieses Verhaltens auf niederländischem Territorium achten, auch wenn sie aufgrund ihrer nationalen Regelungen zum „internationalen Strafrecht“ auf ihrem eigenen Staatsgebiet bzw. gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen Strafklage erheben könnten?

Diese Frage nach adäquaten Regelungen im Bereich des Strafrechts über die Konkurrenz von Strafklagen bedarf einer Antwort in Form einer EU-weit konsistenten Antwort, damit die Bürger die EU als kohärenten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wahrnehmen und achten können.¹⁶ Denn der Respekt vor der Entscheidung des fremden Souveräns im Bereich der Strafrechtspflege – der ja letztlich der Ursprung des Rechtshilfedankens ist – kann keine Einbahnstraße sein: Es braucht nicht nur Respekt vor dem fremden Strafverfolgungsanspruch, sondern auch vor der Strafflosstellung. Diesen Schritt sind die EU- bzw. Schengen-Staaten durch die Anerkennung eines grenzüberschreitenden Strafklageverbrauchs bereits gegangen. Insbesondere Art. 54 SDÜ hat hier eine besondere Bedeutung entwickelt – auch weil es durch die Möglichkeit, dass der EuGH die Rechtsprechung der nationalen Gerichte überprüft, ein Beispiel für eine kohärente Rechtsentwicklung im europäischen Rechtshilferecht gibt.¹⁷

2. Aus der Perspektive des nationalen Rechts

Des weiteren stellen sich aus Sicht der Beteiligten an einem nationalen Strafverfahren neue Fragen, die wiederum auf andere Aspekte zielen als die in der völkerrechtlichen Diskussion maßgeblichen Gesichtspunkte. Diese Perspektive des nationalen Rechts war für die ERA-Tagung zentral. Ich möchte zu den von John Spencer erörterten Punkten lediglich einzelne hinzufügen, die in der Diskussion nicht ausgiebig erörtert werden konnten.

a. Besondere Probleme der Beweis-Rechtshilfe

Dazu gehören zunächst die besonderen Aspekte der Beweis-Rechtshilfe. Denn in diesem Bereich stellen sich ganz eigene Fragen, die aus dem Bereich der „großen Rechtshilfe“, der Auslieferung, nicht bekannt sind: Wie muss etwa vorgegangen werden, wenn im Wege der Rechtshilfe ein EU-Mitgliedstaat einem anderen Mitgliedstaat Beweismittel von „minderer“ (weil anderer) Qualität anbietet? Müssen diese Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen auch verwertet

¹⁶ Vgl. dazu etwa: *T. Vander Beken / G. Vermeulen / O. Lagodny*, Kriterien für die jeweils „beste“ Strafverfolgung in Europa, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2002, 624ff.; speziell mit Blick auf die Bedeutung des Europäischen Haftbefehls: *M. Deiters*, Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2003, 360ff.

¹⁷ Vgl. dazu: EuGH Rs. C-187/01 und C-385/01, *NJW* 2003, 1173 ff. „*Gözütok/Brügge*“; dazu: Stein, *NJW* 2003, 1162 ff.

werden – und könnten so den Wahrheitsfindungsprozess in den nationalen Strafverfahren der EU-Mitgliedstaaten stören?¹⁸

Diese kritische Frage wurde erstmals mit Blick auf die Vorschläge des „Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“¹⁹ gestellt. Heute ist der Vorschlag für einen „Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren“ Gegenstand vergleichbarer Diskussionen. Denn dieser Rahmenbeschluss soll das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Bezug auf Beweismittel umsetzen.²⁰ Es stellt sich also zunächst die Frage: Was bedeutet gegenseitige Anerkennung im Bereich der Beweisrechts-hilfe? Bezieht sich die gegenseitige Anerkennung (nur) auf die Sicherung und Übersendung der Wahrnehmungsobjekte, die als Beweismittel dienen sollen? Oder bezieht sich gegenseitige Anerkennung auch auf die Zulassung dieser Wahrnehmungsobjekte als Beweismittel?

Ausgehend vom bestehenden EU-Acquis sind die genannten Fragen einfach zu beantworten: Bisher beziehen sich die Regelungen zur Rechtshilfe zwischen den EU-Staaten (wie etwa Art. 51 SDÜ oder der Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union)²¹ nur auf die Sicherung bzw. den Austausch von Beweismitteln. Zur Frage der Zulassung von Beweismitteln äußern sie sich nicht.

Dass sich die EU-Rechtsakte zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Beweis-Rechtshilfe zu dieser Frage nicht äußern, erstaunt zunächst. Denn ein Problem des Rechtshilfeverkehrs ist gerade, dass im Wege – der traditionellen – Rechtshilfe oft Beweismittel angeboten werden, die von anderer – und aus Sicht der Rechtsordnung des ersuchenden Staates deshalb auch „minderer“ – Qualität sein können als die nach den eigenen Rechtsregeln erlangten Beweismittel. Ein immer wieder genanntes Beispiel ist das in allen europäischen Rechtsordnungen bekannte Phänomen der (nur unter bestimmten Voraussetzungen eröffneten) Möglichkeit der Verlesung von Protokollen über die kommissarische Vernehmung eines Auslandszeugen anstelle der Vernehmung des Zeugen selbst vor dem entscheidenden Gericht in der Hauptverhandlung.

Bisher verfolgen die einschlägigen EU-Rechtsakte anstelle einer ausdrücklichen Regelung einen mittelbaren Lösungsansatz: Eine einfachere Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen soll die Anwendung des „forum regit actum“-Prinzips bei der

¹⁸ Zu einer ähnlichen Kritik in Zusammenhang mit dem Vorschlag der EG-Kommission für die Einführung einer Europäischen (Finanz-)Staatsanwaltschaft: S. Gleß, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), S. 131ff.

¹⁹ Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endgültig (im folgenden: Grünbuch), abrufbar über http://www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper.

²⁰ KOM(2003) 688 endgültig.

²¹ ABl. Nr. L 196 vom 2. 8. 2003, 45.

Beweisgewinnung sicherstellen, Prominentes Beispiel dafür ist die Verankerung einer generellen Geltung des „forum regit actum“-Prinzips in Art. 4 des Rechtshilfeübereinkommens vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk).²² Das EU-RhÜbk sieht auch explizit in Art. 10 Abs. 5 lit. c vor, dass die Vernehmung durch das ersuchende Land nach Maßgabe dessen Rechts durchgeführt wird, wenn der Rückgriff auf Videokonferenzen „den Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates nicht zuwiderläuft“,²³ wobei ein Vertreter der Justizbehörde des ersuchten Mitgliedstaats „auf die Einhaltung der Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Mitgliedstaats“ achtet.²⁴

In Zusammenhang mit der Durchführung von Videokonferenzen zeigt sich auch, dass die engere Zusammenarbeit der zuständigen Justizstellen in der EU auch für den Angeklagten vorteilhaft sein kann, wenn Entlastungsbeweise im Ausland belegen sind:

Nach deutscher höchstrichterlicher Rechtsprechung²⁵ sind die Strafgerichte seit der Einführung des § 247 a in die deutsche Strafprozessordnung schon jetzt durch das Amtsermittlungsprinzip verpflichtet, dort wo es möglich ist, eine Videovernehmung von Auslandszeugen durchzuführen. Möglich ist dies dort, wo entsprechende Rechtshilfeverträge bestehen und im konkreten Einzelfall die Einhaltung der für die Hauptverhandlung geltenden *wesentlichen* Verfahrensgarantien in Zusammenhang mit der Videovernehmung gewährleistet ist. Eine solche Videovernehmung im Ausland wird nach Inkrafttreten des EU-RhÜbk also grundsätzlich immer durchgeführt werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.²⁶ Aber auch wenn diese Beweise im Ausland durch das Gericht erhoben werden müssen, beurteilt es sich weiter nach dem Recht des Staates, in dem das Strafverfahren geführt wird, ob bzw. mit welchem Beweiswert sie verwertet werden.

Ohnehin können die Probleme der Zulassung von Wahrnehmungsobjekten und Informationen als Beweismittel im Strafverfahren nicht durch die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auch auf die Zulassung von Beweisen gelöst werden. Denn nur solange die im Wege der Rechtshilfe angebotenen Beweismittel von „anderer Qualität“ von der zuständigen nationalen Instanz des Staates, in dem das Gerichtsverfahren durchgeführt wird, nicht (automatisch) in die Entscheidungsfindung über die Schuldfrage eingeführt werden müssen, kann das entscheidende Gericht sicherstellen, dass aus seiner Sicht eine zuverlässige Wahrheitsfindung gewährleistet ist. Deshalb gehen alle europäischen Rechtsordnungen traditionell davon aus, dass die Beweiszulassung und Beweisverwertung dem nationalen Recht des Ortes der Hauptverhandlung

²² ABl. Nr. C 197 vom 12. Juli 2000, 1.

²³ Art. 10 Abs. 2 Satz 1 EU-RhÜbk.

²⁴ Art. 10 Abs. 5 lit. a EU-RhÜbk.

²⁵ BGH NJW 1999, 3788 = StV 1999, 580 = NStZ 2000, 158 [LS] mit Anm. *Duttge*.

²⁶ Vgl. dazu *Duttge*, NStZ 2000, 159; *Geppert*, JK 00, StPO § 247 a/1 (JURA 2000/3).

unterliegt.²⁷

Die Probleme, die auftreten könnten, wenn die traditionelle Regel gebrochen würde, zeigt eine kurze Untersuchung des bisher einzigen Ansatzpunktes für eine Modifikation der autonomen Entscheidung des Tatgerichtes über die Beweiszulassung im EG-Recht: Nach Art. 8 Abs. 3 der VO 2185/96 vom 11. November 1996 betreffend die Kontrollen und Überprüfungen vor Ort durch die Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vor Betrug und anderen Unregelmäßigkeiten²⁸ sollen die Kontrolleure der Kommission dafür Sorge tragen, dass bei der Erstellung ihrer Kontroll- und Überprüfungsberichte die im nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehenen verfahrenstechnischen Erfordernisse berücksichtigt werden. Gemäß Satz 3 und 4 stellen „[d]ie auf diese Weise erstellten Berichte ... in der gleichen Weise und unter denselben Bedingungen wie die Verwaltungsberichte der Kontrolleure der einzelstaatlichen Verwaltungen Beweismittel dar, die in den Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren des Mitgliedstaats, in dem sich ihre Verwendung als erforderlich erweist, zulässig sind. Für sie gelten dieselben Beurteilungsmaßstäbe wie für die Verwaltungsberichte der einzelstaatlichen Verwaltungskontrolleure, und sie sind in bezug auf diese als gleichwertig zu betrachten.“ Welcher Bedeutungsgehalt dieser Regelung für die Verwertung der durch OLAF erstellten Berichte tatsächlich zukommt, erscheint aber noch ungeklärt.

Ausgehend von dem traditionellen Grundsatz, der auch dem geltenden EU-Acquis zugrunde liegt, müsste man die Frage: Führen die Regelungen der zwischenstaatlichen Rechtshilfe in der EU dazu, dass (in bestimmten Fällen) Beweismaterial zugelassen werden muss, welches die „Wahrheitsfindung“ im nationalen System stören könnte, verneinen. Auf der Grundlage des bisher geltenden Acquis müssen bis jetzt die im Wege der Rechtshilfe übermittelten Beweismittel nicht zugelassen werden.

Daran ändert auch der Vorschlag für eine Europäische Beweisanordnung nichts. Würde dieser Vorschlag umgesetzt,²⁹ dann müsste zwar in weitaus größerem Rahmen Beweis- Rechtshilfe geleistet werden. Insbesondere würde der „ordre public“-Vorbehalt noch einmal stark eingeschränkt.³⁰ Aber zu der Frage der *Verwertbarkeit* von Beweisen äußert sich auch der Vorschlag nicht ausdrücklich.

b. Adäquate Verteidigung in einem europäisch-arbeitsteiligen Strafverfahren

Es stellt sich ferner aus der Perspektive der nationalen Rechtsanwendung in

²⁷ Zur Rechtslage in Frankreich vgl.: *A. Huet / R. Koering*, Droit pénal international, Rn. 216 a.E.; *C. Lombois*, Commission Rogatoire, in: *Encyclopédie Dalloz International*, Vol. I, Paris 1998, no.53; zur Rechtslage in England und Wales: *R. v. Quinn* [1990] Crim.L.R. 581, sowie zur Rechtslage in Deutschland: *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRS), 3. Aufl. (München 1998); *S. Gleß*, Zur Verwertung von Erkenntnissen aus verdeckten Ermittlungen im Ausland im inländischen Strafverfahren, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2000, S. 57f., und aus der jüngeren Rechtsprechung: BGH NStZ 2000, 547.

²⁸ ABl. Nr. L 292 vom 15. November 1996, 2.

²⁹ S.o. Fn. 20.

³⁰ Zur Bedeutung dieses Vorbehalts im EU-RhÜbk von 2000 s.o. Fn. 23.

einem Strafverfahren die Frage: Gibt die Rechtshilfe derzeit „unfaire“ Vorteile für die Anklageseite und benachteiligt damit die Verteidigung?

Dieser Aspekt leitet in gewisser Weise auf einen erst später behandelten Komplex über, den Grund- und Menschenrechtsschutz im „europäisch-arbeitsteiligen Strafverfahren“.³¹ Die Frage nach den adäquaten Verteidigungsrechten soll aber hier vorab als spezieller Komplex kurz behandelt werden, weil er für die grenzüberschreitende Strafverfolgung ein eigenes wichtiges Thema ist und dieser Bereich zudem die Annäherung der verschiedenen Rechtsordnungen illustriert.³²

Die Frage nach „unfairen“ Vorteilen für die Anklageseite und Benachteiligung der Verteidigung erscheint denjenigen, die aus einer kontinental-europäischen Rechtsordnung stammen, zunächst vorrangig als ein Problem des angelsächsischen Parteiverfahrens, wo Anklage und Verteidiger darum streiten, das Gericht von ihrer Version des fraglichen Sachverhaltes zu überzeugen.³³ Im englischen Parteiverfahren ist die Problematik aber heute durch viele neuere Reformen weitgehend entschärft,³⁴ während sich diese Frage in den instruktorischen Verfahrensordnungen bedingt durch andere Reformen und Entwicklungen³⁵ heute mit neuer Dringlichkeit stellt, damit der Angeklagte bzw. seine Verteidigung die neuen Rechte in einem vermehrt kontradiktorisch ausgerichteten Verfahren auch wahrnehmen können. Das gilt gerade auch für eine Verteidigung im Vorverfahren, die dem kontinentalen Strafprozess traditionell eher fremd ist,³⁶ weil in den instruktorischen Verfahrensordnungen die jeweils zuständigen Untersuchungsorgane nach ihrem normativen Auftrag von Anfang an verpflichtet sind, gleichermaßen zur Ent- und Belastung des Angeklagten zu ermitteln.

Richtet man den Blick auf die traditionelle Ausrichtung der unterschiedlichen Strafverfahrensordnungen, so deutet die Forderung nach angemessener Verteidigung in einem europäischen Strafrechtsraum aber auf immer noch gewichtige Unterschiede hin. Weil in den instruktorischen Verfahrensordnungen die Behörden und Gerichte verpflichtet sind, gleichermaßen zur Ent- und Belastung des Angeklagten zu ermitteln, stellt sich auch die Frage: Hat der Angeklagte einen Anspruch auf Einschaltung von Europol und Eurojust zur Suche entlastender Beweise – oder in der Zukunft etwa Anspruch auf Erlass einer Europäischen Beweisanordnung, damit er möglicherweise entlastenden Beweismaterials habhaft werden kann? Für die instruktorischen Verfahren ist diese Frage zu bejahen. Dann sollte sie auch für das Parteiverfahren nicht anders beantwortet werden.

³¹ S.u. II. 3.

³² Vgl. dazu: ERA-Forum 4/2004 – scripta iuris europaei, ERA, Trier, 2004.

³³ Zur Rolle des Gerichts vgl. etwa: *J. Sprack*, *Emmins on Criminal Procedure*, 9ed., Oxford 2002, 1.1.

³⁴ Grundlegende Bedeutung kommt hier dem Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984 zu; ausf. dazu: *J. Sprack*, op. cit., 2.1.1. ff.; siehe auch Rn. 44. Zu erwähnen wäre auch der Human Rights Act vom 9. November 1998.

³⁵ Vgl. etwa aus rechtsvergleichender Sicht zur Aufwertung des Vorverfahrens in den instruktorischen Verfahrensordnungen: *H. Jung*, Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa, in: *Goldammer's Archiv* 2002, 75ff.

³⁶ Vgl. dazu etwa: *H. Wagner*, Rechtliches Gehör im Strafverfahren, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), S.556f.

Konkretisiert man die Frage nach „unfairen“ Vorteilen für die Anklageseite und Benachteiligung der Verteidigung auf die derzeit bestehende neue Situation der EU, so tritt als wesentlicher Punkt aber gar keine Rechtsregelung, sondern ein tatsächlicher Umstand hervor: der Umstand nämlich, dass es derzeit bereits enge und (mehr oder weniger) effektive Institutionen und Netze der Polizeien³⁷ und Staatsanwaltschaften³⁸ gibt, aber kaum ein entsprechendes Netzwerk für die Strafverteidiger. Das ist insofern ein Problem des EU-Acquis, als man sich die Frage stellen kann, ob es eine Verantwortung seitens der Regierungen der EU-Mitgliedstaaten gibt, auch die Infrastruktur für ein effizientes Verteidigernetz vorrätig zu halten bzw. solche Vorgaben für die Verteidigungsrechte zu machen, dass die Ausgestaltung auch eine faktische Schwächung kompensieren würde.

Einen Vorschlag in diese Richtung macht der „Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung“,³⁹ der durch eine Gruppe von Strafrechtslehrern als Gegenentwurf zum vorgesehenen Verfassungsvertrag für Europa ausgearbeitet wurde. Er sieht – unter anderem – die Institution eines „Eurodefensor“ vor: Nach Art. III-174a (1) Alternativentwurf hat „Eurodefensor ... den Auftrag, in Strafverfahren wegen schwerer grenzüberschreitender Kriminalität die Verteidigung zu unterstützen und zu verstärken. In Strafverfahren, in denen Eurojust tätig wird... und in denen noch kein Verteidiger tätig ist, soll Eurodefensor durch Verfahrenskontrolle die Einhaltung der Rechte zum Schutz der Beschuldigten und Dritten gewährleisten.“ Darauf folgen Regelungsvorschläge für den Aufbau und die Funktionsweise von „Eurodefensor“.⁴⁰ Mit diesem Vorschlag weist die Gruppe des Alternativentwurfs auf ein gewichtiges Defizit in der europäischen Vernetzung der Strafverfolgung hin, das auch bereits von anderen benannt wurde.⁴¹ In einem stark durch den Wunsch nach einer effizienten Strafverfolgung geprägten, europäisch-arbeitsteiligen Verfahren wird man sich der Frage nach der adäquaten Strafverteidigung neu stellen müssen. Die Antwort darauf wird wohl in den unterschiedlichen Strafverfahrensordnungen wiederum verschieden ausfallen.

3. Aus Sicht der Grund- und Menschenrechte

Der stetig wachsende EU-Acquis eröffnet eine ganz grundsätzliche Diskussion über den adäquaten Grund- und Menschenrechtsschutz in einem „europäisch-arbeitsteiligen Strafverfahren“.

Es stellt sich etwa die Frage: Müssen – damit die nationalen Standards an Verteidigungs- und Grundrechten aufrechterhalten werden können – in Zusammenhang mit der zwischenstaatlichen Rechtshilfe neue Verteidigungs- und Grundrechte geschaffen werden? Die Antwort darauf lautet: ja. Das haben

³⁷ Hier spielt etwa das Europäische Polizeiamt Europol, aber auch die Vernetzung der Polizeikräfte durch gemeinsame Ausbildungs- und Fortbildungsmaßnahmen eine Rolle.

³⁸ Hier kommt Eurojust eine prominente Rolle zu; in der Praxis ist aber das Europäische Justizielle Netz (EJN) von noch größerer Bedeutung.

³⁹ B. Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, Köln u.a. 2004.

⁴⁰ *Ibid.*, S. 15ff.

⁴¹ Vgl. etwa: Nestler, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2004).

bereits die Erläuterungen zu den Verteidigungsrechten von Beschuldigten und Angeklagten gezeigt.⁴²

Dieser Umstand wurde auch von der EG-Kommission erkannt, die deshalb einen Vorschlag für einen Rahmenbeschluss für bestimmte Verfahrensrechte in den Strafverfahren vorgelegt hat.⁴³ Diese Verfahrensrechte sollen nach der neuesten Fassung des Dokuments etwa auch bei der Durchsetzung eines „Europäischen Haftbefehls“ gelten. Ihre mögliche Bedeutung für eine „Europäische Beweisverordnung“ erscheinen bis jetzt ungeklärt.

Grundsätzlich zieht die EG-Kommission damit die Konsequenz daraus, dass sich die Rechtshilfe in Europa kontinuierlich zu einem „europäisch-arbeits teiligen Strafverfahren“ entwickelt hat und damit eben auch vermehrt Beweismittel in die nationalen Strafverfahren Eingang finden, die in ihrer Beschaffenheit nicht dem entsprechen, was das nationale Recht vorsieht und für das die dort geltenden Verteidigungs- und Grundrechte geschaffen wurden.

Diese Entwicklung kann auch nicht mit Hilfe der durch die EMRK garantierten Grundrechte kompensiert werden. Denn die EMRK trifft lediglich – in einem engen Rahmen – Vorgaben für eine „faire Beweissammlung“. Insoweit hat sie auch einen bedeutenden Einfluss auf die nationalen Strafverfahrensordnungen. Das zeigt etwa das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen.⁴⁴ Die „faire Beweisverwertung“ ist aber weder explizit geregelt noch lässt sich aus der Rechtsprechung des EGMR dafür eine generelle Doktrin ableiten. Vielmehr betont der EGMR immer wieder, dass es nicht Ziel der EMRK sei, innerstaatliche Beweisregelungen festzulegen oder zu verändern. Das Beweisrecht sei vielmehr grundsätzlich Sache des nationalen Gesetzgebers⁴⁵ und seine Interpretation Aufgabe der nationalen Gerichte.⁴⁶

Deshalb kann vom EGMR eine Sicherung des „fairen Verfahrens“ regelmäßig nur vermittelt über die Umstände der Beweissammlung erwartet werden.

Und selbst in den wenigen Punkten, in denen die EMRK dem Straßburger Gericht einen Ansatzpunkt für eine Kontrolle der Beweisaufnahme im Strafverfahren gibt, wie etwa durch die Verankerung des Rechts auf Konfrontation des Belastungszeugen, ist eine effektive Überwachung durch das übergeordnete Gericht nicht ohne weiteres möglich. Denn die Frage, ob die Rechte aus der EMRK – etwa die für das Beweisrecht einschlägigen Rechte aus Art. 6 EMRK – gewahrt werden können, kann nicht punktuell, sondern nur im Längsschnitt eines Verfahrens beantwortet werden. Das zeigt eben gerade das

⁴² S.o. II.2.b.

⁴³ KOM(2004) 328 endgültig, Brüssel, 28.4.2004.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Murray / United Kingdom*. ECHR Reports 1996-I, § 62 oder die Rechtsprechung des französischen Kassationshofes in *Crim. 12. Janv. 1989*, B. no. 13; *Crim. 8. Fév. 1990*, B. no. 70; *Crim. 21. Janv. 1991*, B. no. 32.

⁴⁵ Vgl. etwa: *Pélissier und Sassi vs. Frankreich* EGMR Reports 1999-II, § 45.

⁴⁶ Vgl. etwa *Doorsen vs. Niederlande* EGMR Reports 1996-II, § 82: “decision whether to allow evidence and what reliance to place on admitted evidence are primarily the responsibility of the domestic courts”.

Recht auf Konfrontation des Belastungszeugen. Ein solches Recht kann nach der Rechtsprechung des EGMR zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens ausgeübt werden.

Was ist aber in dem Fall – der etwa von Mme. Travaillot geschildert wurde,⁴⁷ – dass etwa ein französischer Polizeibeamter eine belastende Aussage gegenüber einem in England Angeklagten macht, die in einem Protokoll niedergelegt wird, der französische Beamte aber nicht für eine Zeugenaussage in dem englischen Verfahren zur Verfügung steht (weil ihm dort das Kreuzverhör droht). Dann könnte der Angeklagte nicht von seinem Recht auf Befragung des Belastungszeugen Gebrauch machen – es sei denn England und Frankreich ergreifen weitere Schritte, um die kontradiktorische Erörterung des belastenden Beweismittels zu ermöglichen.

Das unterschiedliche Verständnis der Rechtsordnungen äußert sich noch in vielen anderen Aspekten. Einen davon haben wir schon angesprochen: Folgt aus dem Recht des Angeklagten auf ausreichende Gelegenheit zur Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit b EMRK) auch das Recht, mit Hilfe der europäischen Netzwerke der Strafverfolgungsbehörden Entlastungsbeweise zu erlangen?

III. Perspektive: „Gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln“

Die meisten der hier aufgeworfenen Fragestellungen laufen in dem Prisma zusammen, das Charles Williams vorgestellt hat⁴⁸ – in dem Vorschlag für einen „Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren“.⁴⁹

Der Vorschlag, die Beweisrechtshilfe durch einen einheitlichen europäischen Rechtsakt zu regeln, bietet einerseits immense Chancen für eine effektive und kohärente Lösung in einem Bereich des Beweisrechts, allerdings nur für den Bereich der sog. „Sachbeweismittel“, der ohnehin für die nationalen Strafprozessordnungen nicht so problematisch ist wie die sog. „Personalbeweise“. Zudem löst er nicht wirklich die Fragen, die sich im Beweisrecht insgesamt dringlich stellen, nämlich die Überlegungen zum befürchteten Souveränitätsverlust in der strafrechtlichen Rechtshilfe oder die Problematik der Rechte der von grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahmen Betroffenen.

Es stellt sich vielmehr – nicht nur aus der Praxis, sondern auch aus Sicht der Wissenschaft – die Frage: Brauchen wir dieses neue Instrument? Oder brauchen wir nicht vielmehr eine soweit möglich effektive und kohärente Umsetzung der bereits geschaffenen Rechtsinstrumente und eine Rückbesinnung auf das, was die gelieferten Beweisstücke im nationalen Strafprozess tatsächlich leisten sollen: Nämlich in einem fairen Verfahren eine zuverlässige Sachverhaltsgrundlage zu schaffen, aufgrund derer das Gericht seine Entscheidung treffen kann?

⁴⁷ Siehe auch den Beitrag von *Françoise Travaillot* in dieser Ausgabe, unten S. 76.

⁴⁸ Siehe auch den Beitrag von *Charles Williams* in dieser Ausgabe, oben S. 17.

⁴⁹ KOM(2003) 688 endgültig.