

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-Kommission“

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
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heggmanns

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

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. *eucri* 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 Delikt-katalogs 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 hauptsächliche 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 Verfahrenseinheit, 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.