



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

„Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen

aus einem anderen Mitgliedstaat“

Brüssel, 11.11.2009 – KOM (2009)624 endgültig

erarbeitet vom

Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Alfred Dierlamm, Wiesbaden

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin (Berichterstatterin)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart Müller, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Tido Park, Dortmund

Rechtsanwalt Thilo Pfordte, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen

Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf (Berichterstatterin)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main (Berichterstatter)

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Januar 2010

BRAK-Stellungnahme-Nr. 2/2010

Verteiler:

Kommission

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundesausschuss Neue Richtervereinigung

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

Zusammenfassung

- I. Die Bundesrechtsanwaltskammer **begrüßt** den Ansatz der Kommission, in eine fundamentale Reflexion über die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren einzutreten. Zur Vermeidung überflüssiger Doppelarbeit in den Mitgliedstaaten regt die Bundesrechtsanwaltskammer an, die weitere Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/978/JI vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisverordnung **vorläufig auszusetzen**.

- II. Die Bundesrechtsanwaltskammer **lehnt** die Ersetzung der bestehenden Vorschriften über Rechtshilfe in Strafsachen und über die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren durch eine einzige Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung **zum gegenwärtigen Zeitpunkt ab**.
 1. Jede weitere Ausdehnung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung setzt voraus, dass im Unionsrecht verbindliche und einklagbare **Garantien für Strafverfahren** in der Europäischen Union in Kraft getreten sind. Erst nachdem der von der schwedischen Präsidentschaft angestoßene „step-by-step-approach“ zu substantziellen Resultaten geführt hat, kann die gegenseitige Anerkennung erweitert und vertieft werden.
 2. Insbesondere setzt die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren unionsrechtlich verbindliche und einklagbare **Garantien für die Beweiserhebung und Beweisverwertung** voraus. Dazu zählen die Unschuldsvermutung, das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, und die Beweisverbote aufgrund von Immunitäten und Privilegien. Erst wenn solche Garantien in Kraft getreten sind, können Beweismittel gegenseitig anerkannt werden.
 3. Die Bundesrechtsanwaltskammer bezweifelt die **Machbarkeit** einer „einzigen Regelung“. Von Beweismittel zu Beweismittel gibt es große Unterschiede. Die nationalen Strafprozessordnungen gewährleisten die Legitimität und Integrität von Beweisen mit ganz unterschiedlichen Mitteln in ganz unterschiedlichen Verfahrensabschnitten. Hieraus resultieren gravierende Probleme für den Beweismitteltransfer in eine andere Strafprozessordnung. Weiterhin ist grundsätzlich zwischen dem Transfer von bereits erhobenen Beweisen und der eigentlichen Beweis(erhebungs)anordnung zu unterscheiden.
 4. Die Bundesrechtsanwaltskammer bezweifelt die **Erforderlichkeit** einer Regelung, wie sie im Grünbuch angedacht wird. Es ist nicht dargetan, dass der grenzüberschreitende Transfer von Beweismitteln in Strafverfahren in der Europäischen Union an grundsätzlichen Mängeln leidet. Das Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen ist mittlerweile von 23 Mitgliedstaaten ratifiziert worden; der Bundesrechtsanwaltskammer ist nicht bekannt, dass der Beweismittelverkehr nach diesem Übereinkommen an Mängeln litte. Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert die Kommission auf, belastbare empirische Studien über angebliche oder wirkliche Mängel vorzulegen und kritisch zu würdigen.

5. Sofern Mängel nachgewiesen werden können, sollten sie durch fokussierte und praktikable Einzelmaßnahmen behoben werden. In diesem Sinne spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer für einen „**step-by-step-approach**“ auch im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren aus.

III. Für die Bundesrechtsanwaltskammer sind **unverzichtbare Eckpunkte** jeder gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren:

1. Beweisanordnung

Eine Europäische Beweisanordnung muss auf einer nationalen Beweisanordnung beruhen, die von einem **Gericht** – nicht von sonstigen justiziellen oder gar polizeilichen Behörden – erlassen worden ist.

2. Beweiserhebung

- a) Der Vollstreckungsmitgliedstaat vollstreckt eine Europäische Beweisanordnung nur, wenn und soweit nach seinem Recht eine vergleichbare Beweisanordnung ergehen dürfte (**Prinzip der beiderseitigen Legalität der Beweiserhebung**).
- b) Alle im Recht des Anordnungsmitgliedstaats und des Vollstreckungsmitgliedstaats anerkannten Beweiserhebungsverbote aufgrund von Immunitäten und Privilegien müssen beachtet werden (**Prinzip der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien**).
- c) Die **Verteidigungsrechte** und die regelmäßig betroffenen **Rechte (unbeteiligter) Dritter** müssen auch im Vollstreckungsmitgliedstaat gewahrt werden.
- d) Die Vollstreckung einer Europäischen Beweisanordnung muss abgelehnt werden, wenn bei ihrem Erlass **allgemeine europäische Rechtsgrundsätze** wie das Erfordernis eines ausreichenden Tatverdachts oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt worden sind. Gleiches gilt, wenn die Anordnung **missbräuchlich** erlassen worden ist.
- e) Der Beschuldigte und sein Verteidiger müssen in gleicher Weise wie die Verfolgungsbehörde den Erlass von Europäischen Beweisanordnungen beantragen können (**Prinzip der Waffengleichheit**).
- f) Im Vollstreckungsmitgliedstaat muss ein **effektiver Rechtsbehelf** gegen die Vollstreckung einer Europäischen Beweisanordnung gegeben sein. In dem Rechtsbehelfsverfahren müssen mindestens die beiderseitige Legalität der Beweiserhebung und die Beachtung des Prinzips der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien überprüft werden.

3. Beweistransfer

Bevor der Beweis an den Ausstellungsmitgliedstaat übermittelt wird, muss seine **Legalität, Fairness und Integrität** durch einen unabhängigen Richter des Vollstreckungsmitgliedstaats von Amts wegen überprüft werden. Grundsätzlich muss dem Beschuldigten oder der sonst betroffenen Person ein Anhörungsrecht gewährt werden.

4. Beweisverwertung

Grundsätzlich dürfen im Anordnungsstaat nur Beweise verwertet werden, deren Erhebung und Transfer nach den oben genannten Maßstäben **rechtmäßig** waren. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn die Fairness sowohl und insbesondere der einzelnen Beweiserhebung als auch des gesamten Verfahrens sowie die Integrität des Beweises durch den Rechtsverstoß nicht beeinträchtigt werden.

Begründung

I. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat kontinuierlich **Kritik** an den Vorhaben geübt, eine Europäische Beweisordnung zu schaffen, also den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unkritisch auf den Beweisverkehr in Strafverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu übertragen. In dem Schreiben des Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer an die Bundesministerin der Justiz vom 30.06.2004¹ betreffend den Vorschlag der Kommission zu einem Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisordnung in Strafverfahren vom 14.11.2003 – KOM(2003)688 endgültig heißt es:

„Dass das bestehende Rechtsbehelfssystem nicht zufriedenstellend und verbesserungsbedürftig ist, (...) hat (...) das Bundesministerium der Justiz (BMJ) als zuständiges Ressort in dem der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.04.1997 (BVerfGE 96, 27) zugrundeliegenden Verfahren eingeräumt. Das BMJ führt dort aus:

‚Das Regelwerk ist lückenhaft und schwer durchschaubar. Es finden sich eine Reihe unterschiedlicher, nicht harmonisierter Kontrollmöglichkeiten.‘

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer würde die in Vorschlag gebrachte Europäische Beweisordnung zu einem Zeitpunkt, da eine EU-einheitliche Regelung der Beweiserhebung und -verwertung in weiter Ferne liegt und das (auch auf die Erlangung von Beweismitteln in Echtzeit gerichtete) Übereinkommen vom 29.05.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der EU noch nicht einmal ratifiziert ist, den zweiten vor dem unerlässlich ersten Schritt darstellen, die Mahnungen des Bundesverfassungsgerichts konterkarieren und die nationalen Reformvorhaben zum Recht der Durchsuchung und Beschlagnahme ‚auf den Kopf stellen‘. Die Abschaffung der bisher den Rechtshilfeersuchen entgegenstehenden Vorbehalte wird zwangsläufig zu mehr Durchsuchungsanordnungen führen, der Richtervorbehalt zum rechtsstaatlichen Mäntelchen degradiert. Aufgrund der derzeit fortbestehenden ‚kleinen‘ Rechtshilfe wird es zudem zu unerwünschten Doppelersuchen kommen, worauf der Bundesratsausschuss für Fragen der Europäischen Union und der Rechtsausschuss des Bundesrates in ihrer Empfehlung an den Bundesrat vom 02.02.2004 zu recht hingewiesen haben (Drucksache 926/1/03).

Effektiver Rechtsschutz wird durch den Kommissionsvorschlag nicht gewährt. Art. 19 Abs. 2-E sieht zwar die Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln gegen Zwangsmaßnahmen im Anordnungs- oder Vollstreckungsstaat vor. Eine Nachprüfung der sachlichen Gründe und der in Art. 6-E genannten Voraussetzungen für den Erlass der Europäischen Beweisordnung soll jedoch nur bei dem Gericht im Anordnungsstaat beantragt werden können.

Wesentliche Verfahrensgarantien, wie der Schutz privilegierter Unterlagen gemäß § 97 StPO, dürfen nicht dem vorrangigen Ziel der Europäischen Beweisordnung, nämlich der Effizienz, geopfert werden. Stattdessen muss eine Meistbegünstigungsklausel für den Anordnungs- wie den Vollstreckungsstaat installiert und das Beweis-antrags- und -verwertungsrecht EU-einheitlich geregelt werden. Solange Regelungen über die gegenseitige Zulassung von Beweismitteln in absehbarer Zeit nicht zu erwar-

1

ten sind (vgl. Begründung 58), kommt die ungeprüfte Vollstreckung von Europäischen Beweisanordnungen nicht in Betracht.“

Sodann heißt es in der Gemeinsamen Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer und des Deutschen Anwaltvereins vom Oktober 2009² zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat (KOM[2009] 262 endgültig) betreffend das Stockholmprogramm:

„Das Ansinnen, eine europäische Beweisanordnung zu schaffen, ‚die alle bisherigen Instrumente ersetzt‘, bevor überhaupt der vorhandene Rahmenbeschluss über eine europäische Beweisanordnung umgesetzt ist und ohne dass es irgendwelche evaluierten Ergebnisse für den Bedarf einer europäischen Beweisanordnung gibt, ist zurückzuweisen. Rechtsstaatlich betrachtet muss es ausgeschlossen erscheinen, die Unterschiede der verschiedenen Rechtssysteme isoliert im Bereich der Beweiserhebungen zu nivellieren. Es gibt auch keinerlei Nachweis dafür, dass die Strafverfolgung durch Unterschiede in den Rechtssystemen behindert wird – wobei die Frage ist, was die Kommission unter ‚Behinderung‘ versteht. Wenn eine Beweiserhebung abgelehnt wird, weil sie dem Recht des betreffenden Staates nicht entspricht, ist dies unter rechtsstaatlich kultivierten Staaten zu akzeptieren und sollte nicht als Behinderung der Strafverfolgung begriffen werden.“

An dieser Kritik hält die Bundesrechtsanwaltskammer fest und möchte sie mit dieser Stellungnahme vertiefen und zugleich eine **Perspektive für eine sachgerechte Weiterentwicklung des Beweisverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Strafverfahren** aufzeigen.

In diesem Sinne begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer den Ansatz der Kommission, in eine fundamentale Reflexion über die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren in der Europäischen Union einzutreten. Anlass hierfür ist nicht zuletzt, dass der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) am 01.12.2009 in Kraft getreten ist. Art. 82 Abs. 1 UA 2 AEUV sieht vor, dass das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen erlassen, um

„a) Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird.“

Weiterhin sieht Art. 82 Abs. 2 UA 1 AEUV vor, dass, soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist, das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Verfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften festlegen kann. Bei solchen Mindestvorschriften müssen die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Nach UA 2 betreffen die Vorschriften u. a. das Folgende:

² BRAK-Stellungnahme-Nr. 29/2009; DAV-Stellungnahme-Nr. 51/2009;
<http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2009/Stn29.pdf>.

- „a) die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten;
b) die Rechte des Einzelnen in Strafverfahren“.

Die Bundesrechtsanwaltskammer anerkennt, dass auf dieser Grundlage über eine Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Beweisordnung nachgedacht werden kann. Es ist aber zu betonen, dass hierfür die **Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten** nicht eingeebnet werden dürfen und die **Rechte des Einzelnen in Strafverfahren** in vollem Umfang gewahrt werden müssen. Eine einseitig die Effektivität des transnationalen Beweisverkehrs in Strafsachen betonende Fortentwicklung ist nicht mit dem Vertragsrecht vereinbar und auch rechtspolitisch abzulehnen.

In diesem Zusammenhang weist die Bundesrechtsanwaltskammer darauf hin, dass jedem Tätigwerden der Europäischen Union im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts in deutscher Perspektive **enge verfassungsrechtliche Grenzen** gezogen sind. In seinem Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a.³ hat das deutsche Bundesverfassungsgericht ausgeführt (Hervorhebungen von der Bundesrechtsanwaltskammer):

*„(358) Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt - keinesfalls extensiv - auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. **Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum.** Dies erkennt auch der Vertrag von Lissabon ausdrücklich an, wenn er die neu begründeten Kompetenzen der Strafrechtspflege mit einer sogenannten Notbremse versieht, die es dem - letztlich parlamentarisch verantwortlichen - Vertreter eines Mitgliedstaates im Rat erlaubt, gestützt auf „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ mit seinem Veto strafrechtsbedeutsame Richtlinien jedenfalls für sein Land zu verhindern (Art. 83 Abs. 3 AEUV).*

*(359) Die Bekämpfung besonders schwerer Kriminalität, die sich die territoriale Beschränkung staatlicher Strafverfolgung zunutze macht oder, wie im Fall der Korruption, die Funktionsfähigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in der Europäischen Union bedroht, kann ein besonderer Rechtfertigungsgrund für die Übertragung von Hoheitsrechten auch in diesem Bereich sein. Der Vertrag von Lissabon spricht in diesem Zusammenhang davon, dass solche Kriminalität eine grenzüberschreitende Dimension haben müsse (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV), und zwar aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftat oder einer besonderen Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV). **Eine solche besondere Notwendigkeit liegt nicht bereits dann vor, wenn die Organe einen entsprechenden politischen Willen gebildet haben.** (...)*

(360) Die demnach zum Schutz des nach dem Verständnis des Grundgesetzes demokratischen Primärrechts gebotene enge Auslegung ist auch der Entschei-

³ http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

derung des deutschen Vertreters im Rat zugrundelegen, wenn ein Beschluss im Bereich der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen sowie allgemein des Strafverfahrensrechts gefasst werden soll (Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV).“

Die Bundesrechtsanwaltskammer lässt offen, ob die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zu dem Rahmenbeschluss 2088/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisordnung (ABl. EU Nr. L 350 v. 30.12.2008 S. 72) diesen – erst danach ausdrücklich ausgesprochenen – verfassungsrechtlichen Maßstäben gerecht wird. In jedem Falle hält es die Bundesrechtsanwaltskammer für geboten, die Umsetzung dieses Rahmenbeschlusses vorläufig auszusetzen. Wenn die Kommission „eine einzige Regelung (...), die alle Beweisarten umfasst“, anstrebt, wäre es überflüssige Doppelarbeit, die im Rahmenbeschluss vorgesehene Teilregelung umzusetzen und sodann durch die angestrebte einzige Regelung zu ersetzen. Ein solches „Reformstakkato“ würde die Berechenbarkeit der Rechtsentwicklung, die im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts von besonderer Bedeutung ist, beeinträchtigen und das Vertrauen in eine sachgerechte europäische Kriminalpolitik erschüttern. Es ist auch kein Geheimnis, dass der in langwierigen und mühseligen Verhandlungen erzielte Kompromiss, auf dem der Rahmenbeschluss beruht, von vielen als nicht sehr glücklich und wenig praxistauglich eingeschätzt wird. Der Bundesrechtsanwaltskammer erschließt es sich nicht, dass die Nichtumsetzung des Rahmenbeschlusses den europäischen Beweisverkehr in Strafsachen nennenswert beeinträchtigen würde. Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Vertragsparteien des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens vom 20. April 1959 und des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990. Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2009 ist am 03.07.2005 in Kraft getreten; die Bundesrepublik Deutschland und 22 weitere Mitgliedstaaten haben es ratifiziert⁴. Demgegenüber fällt der Mehrwert des Rahmenbeschlusses – auch mit Blick auf seinen beschränkten Anwendungsbereich – nicht wirklich ins Gewicht.

II. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist der Auffassung, dass das in dem Grünbuch skizzierte Vorhaben der Kommission verfrüht, nicht zureichend durchdacht, zu einseitig auf die Effektivierung von Strafverfolgungsinteressen ausgerichtet und insgesamt zu ehrgeizig ist. Beweiserhebung und Beweisverwertung sind rechtsstaatlich ausgesprochen sensible, in der Sache ausgesprochen komplizierte Materien. Theoretisch wie praktisch bedarf die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf grenzüberschreitende Beweiserhebungen und -verwertungen vertiefter Reflexion und voraussichtlich auch erheblicher Modifikation. Deshalb **lehnt** die Bundesrechtsanwaltskammer die Ersetzung der bestehenden Vorschriften über Rechtshilfe in Strafsachen und über die Europäische Beweisordnung durch eine einzige Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung **zum gegenwärtigen Zeitpunkt ab**.

1. Die Bundesrechtsanwaltskammer wiederholt ihre Mahnung, dass jede weitere Ausdehnung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung voraussetzt, dass im Unionsrecht verbindliche und einklagbare **Garantien für Strafverfahren** in der Europäischen Union in Kraft

⁴ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Lettland, Litauen, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Zypern; s.

<http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR30004455>.

getreten sind. Das Scheitern des Kommissionsvorschlages für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union⁵ hat das Vertrauen in eine bürgerrechtsfreundliche Kriminalpolitik der Europäischen Union erschüttert. Erst nachdem der von der schwedischen Präsidentschaft angestoßene „step-by-step-approach“ („Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren“⁶) zu substanziellen Resultaten geführt hat, kann die gegenseitige Anerkennung erweitert und vertieft werden.

2. Insbesondere setzt die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren verbindliche und einklagbare **Garantien für die Beweiserhebung und Beweisverwertung** im Recht der Europäischen Union voraus. Dazu zählen die Unschuldsvermutung, das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, und die Beweisverbote aufgrund von Immunitäten und Privilegien. Erst wenn solche Garantien in Kraft getreten sind, können Beweismittel gegenseitig anerkannt werden. Die Bundesrechtsanwaltskammer bedauert, dass die genannten Garantien in dem erwähnten „Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren“ nicht ausdrücklich genannt werden, und fordert die Kommission auf, hier initiativ zu werden.

3. Die Bundesrechtsanwaltskammer bezweifelt die **Machbarkeit** einer „einzigen Regelung“. Von Beweismittel zu Beweismittel gibt es große Unterschiede nach Beweisart (Beweis durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Augenschein usw.), Beweiserhebungsmethode (offen – verdeckt, nichttechnisch – technisch usw.), Eingriffstiefe (man vergleiche die Befragung eines Unbeteiligten als freiwilliger Zeuge oder die Besichtigung eines öffentlichen Ortes einerseits und die akustische oder optische Wohn- oder Geschäftsraumüberwachung oder die DNA-Analyse andererseits) und Verfahren. Ein einheitlicher „European Investigation Order“ für alle diese Beweismittel ist kaum vorstellbar, desgleichen nicht die umstandslose gegenseitige Anerkennung von „European Investigation Orders“ gleich welchen Inhalts. Weiterhin ist zu bedenken, dass die nationalen Strafprozessordnungen die Legitimität und Integrität von Beweisen mit ganz unterschiedlichen Mitteln in ganz unterschiedlichen Verfahrensabschnitten garantieren. Hieraus resultieren gravierende Probleme für den Beweismitteltransfer in eine andere Strafprozessordnung. Ein klassisches Beispiel ist die kommissarische Zeugenvernehmung im Ausland durch einen ausländischen Richter außerhalb einer dortigen Hauptverhandlung: Manche Rechtsordnungen lassen bei solchen Vernehmungen die Anwesenheit des Verteidigers nicht zu, die nur und erst in einer Hauptverhandlung gewährleistet wird. Werden die Protokolle solcher Vernehmungen dann im ersuchenden Staat (Anordnungsstaat) als Beweismittel verwertet, nämlich verlesen, kann auch dort der Verteidiger dem Zeugen keine Fragen stellen. Dann aber wird das Recht ausgehöhlt, dem (Belastungs-) Zeugen Fragen zu stellen (Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d MRK). Im Übrigen ist grundsätzlich zwischen dem Transfer von bereits erhobenen Beweisen und der eigentlichen Beweis(erhebungs)anordnung zu unterscheiden. Der Transfer bereits erhobener Beweise greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen ein, die eigentliche Beweis(erhebungs)anordnung zudem in weitere Grundrecht wie z. B. das Fernmeldegeheimnis bei Telekommunikationsüberwachung und ist deshalb problematischer.

⁵ S. Ratsdok. 10267/07 v. 12./13.06.2007 S. 37.

⁶ Entschließung des Rates v. 30.11.2009, ABl. EU Nr. C 295 v. 04.12.2009 S. 1.

4. Die Bundesrechtsanwaltskammer bezweifelt die **Erforderlichkeit** einer Regelung, wie sie im Grünbuch angedacht wird. Der grenzüberschreitende Beweisverkehr in Strafsachen in der Europäischen Union richtet sich derzeit nach den oben I. genannten Instrumenten. Es ist der Bundesrechtsanwaltskammer nicht bekannt und von der Kommission nicht substantiiert dargestellt, dass und warum dieser Beweisverkehr an grundsätzlichen Mängeln leidet und ob und inwieweit sie durch eine „einzige Regelung“ behoben werden können. Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert die Kommission auf, belastbare empirische Studien über angebliche oder wirkliche Mängel vorzulegen und kritisch zu würdigen.

5. Sofern Mängel nachgewiesen werden können, sollten sie durch fokussierte und praktikable Einzelmaßnahmen behoben werden. In diesem Sinne spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer für einen „**step-by-step-approach**“ auch im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren aus. Einen Anhaltspunkt dafür könnte die Liste der Beweismittel sein, die gemäß Art. 4 Abs. 2 Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung von dem Anwendungsbereich dieses Rahmenbeschlusses ausgenommen sind. So erscheint es der Bundesrechtsanwaltskammer wichtig, Maßnahmen zur Erleichterung einer grenzüberschreitenden Beschuldigtenvernehmung (vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung) in der Europäischen Union zu ergreifen. Denn insoweit hat sich in der Praxis gezeigt, dass einige Mitgliedstaaten der Europäischen Union dazu neigen, Europäische Haftbefehle mit dem einzigen Ziel zu erlassen, den Beschuldigten wegen einer ihm vorgeworfenen Straftat vernehmen zu können; das ist unverhältnismäßig und sollte durch verbesserte Möglichkeiten grenzüberschreitender Beschuldigtenvernehmungen ersetzt werden.

III. Die Bundesrechtsanwaltskammer verweigert sich nicht der Mitarbeit an einer Verbesserung des grenzüberschreitenden Beweisverkehrs in Strafsachen in der Europäischen Union, sondern sie ist im Gegenteil an einer möglichst intensiven und konstruktiven Kooperation mit den europäischen Stellen interessiert. Für die Bundesrechtsanwaltskammer ist entscheidend, dass nicht einseitig die Effektivierung von Strafverfolgungsinteressen betont wird, sondern dass Grund- und Bürgerrechte und Verfahrensgarantien, die Legalität und Fairness der Beweiserhebung, die Integrität des Beweismittels und der gerichtliche Rechtsschutz mindestens gleichgewichtig berücksichtigt werden. In diesem Sinne hält es die Bundesrechtsanwaltskammer für geboten, **unverzichtbare Eckpunkte** jeder gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln in Strafverfahren zu formulieren. Sie betreffen die vier Phasen jeder grenzüberschreitenden Beweisaufnahme: Beweisanordnung im Anordnungsmitgliedstaat; Beweiserhebung im Vollstreckungsmitgliedstaat; Beweistransfer in den Anordnungsmitgliedstaat; Beweisverwertung in diesen Staat.

1. Beweisanordnung im Anordnungsmitgliedstaat

Art. 82 Abs. 1 UA 2 Buchstabe a AEUV erlaubt Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung nur für „Urteile und **gerichtliche** Entscheidungen“. Deshalb muss eine Europäische Beweisordnung auf einer nationalen Beweisordnung eines **Gerichts** des Anordnungsmitgliedstaats – nicht von sonstigen justiziellen oder gar polizeilichen Behörden – beruhen. Eine Erstreckung auf Staatsanwälte oder andere Justizbehörden (vgl. aber auch Art. 2 Buchstabe c Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung) scheidet aus.

2. Beweiserhebung im Vollstreckungsmitgliedstaat

a) Da und soweit die Beweiserhebung im Vollstreckungsmitgliedstaat mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, muss sie von einem Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats angeordnet werden, das seinerseits an das jeweilige nationale Beweisrecht gebunden ist. Daraus ergibt sich, dass der Vollstreckungsmitgliedstaat eine Europäische Beweisordnung nur vollstreckt, wenn und soweit nach seinem Recht eine vergleichbare Beweisordnung ergehen dürfte (**Prinzip der beiderseitigen Legalität der Beweiserhebung**). Alles andere – insbesondere die alleinige Maßgeblichkeit des Rechts des Anordnungsmitgliedstaats – hätte zur Folge, dass der Vollstreckungsmitgliedstaat ggf. nach seinem eigenen Recht rechts- oder gar verfassungswidrige Maßnahmen ergreifen müsste. So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht seit seinem Urteil vom 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 zur akustischen Wohnraumüberwachung und seither in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass es einen absolut unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gibt, in den der Staat nicht eindringen darf, weshalb absolut geschützte Räumlichkeiten nicht abgehört werden dürfen und die Aufzeichnung des gesprochenen Worts in Wohnungen abgebrochen werden muss, sobald der Kernbereich berührt ist. Würde mit einer Europäischen Beweisordnung verlangt, beispielsweise das Schlafzimmer eines Ehepaares und die dort geführten Gespräche akustisch zu überwachen, könnte diese Anordnung in der Bundesrepublik Deutschland nicht vollstreckt werden. Gleiches würde gelten, wenn der Ausstellungsmitgliedstaat eine nach seinem Recht mögliche Telekommunikationsüberwachung wegen einer Straftat anordnet, wegen der in der Bundesrepublik Deutschland die Telekommunikation nicht überwacht werden darf (vgl. § 100a StPO).

b) Für die Bundesrechtsanwaltskammer unverzichtbar ist ein voller Schutz der international so genannten Immunitäten und Privilegien bei der Beweiserhebung, namentlich der Berufsgeheimnisträger, unter ihnen vor allem Rechtsanwälte und Strafverteidiger. Der Schutzstandard darf nicht hinter dem zurückbleiben, was u. a. in Art. 10 Abs. 5 Buchstabe e Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union niedergelegt ist: Alle im Recht des Anordnungsmitgliedstaats und des Vollstreckungsmitgliedstaats anerkannten Beweiserhebungsverbote aufgrund von Immunitäten und Privilegien müssen beachtet werden (**Prinzip der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien**).

c) Die **Verteidigungsrechte** und die regelmäßig betroffenen **Rechte (unbeteiligter) Dritter** müssen auch im Vollstreckungsmitgliedstaat gewahrt werden. Auch insoweit muss das Meistbegünstigungsprinzip eingreifen. Es geht weder an, den im Vollstreckungsmitgliedstaat betroffenen Personen Rechte zu verweigern, die nach dem Recht dieses Staats gegeben sind, noch, solche Rechte mit der Begründung auszuhebeln, es gehe nur um Rechtshilfeleistung, nicht (auch) um international arbeitsteilige Strafverfolgung.

d) Nach Art. 1 Abs. 3 Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung bleibt die Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte und der allgemeinen Rechtsgrundsätze gemäß Art. 6 EUV a. F. unberührt. Das bedeutet, dass die Beweisordnung den Standards des europäischen ordre public in Strafsachen gerecht werden muss. Die Vollstreckung einer Europäischen Beweisordnung muss abgelehnt werden, wenn bei ihrem Erlass **allgemeine europäische Rechtsgrundsätze** wie das Erfordernis eines ausreichenden Tatverdachts oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt worden sind. Gleiches gilt, wenn die Anordnung **missbräuchlich** erlassen worden ist. Hier ist insbesondere an die Fallgruppe möglicher transnationaler Wirtschaftsspionage durch unbegründete Strafanzeigen zu denken, die zu Ausforschungszwecken gestellt worden sind; die hier liegende Problematik ist aus den

sog. discovery-Verfahren nach dem Recht der Vereinigten Staaten von Amerika bestens bekannt, und es kann nicht angehen, via Europäische Beweisverordnung vergleichbare discoveries zu ermöglichen.

e) Der Beschuldigte und sein Verteidiger müssen in gleicher Weise wie die Verfolgungsbehörde den Erlass von Europäischen Beweisverordnungen beantragen können (**Prinzip der Waffengleichheit**). An dieser Stelle ist eine Mindestharmonisierung des Beweisanspruchsrechts in den Mitgliedstaaten unumgänglich, auch verbunden mit einer Mindestharmonisierung des Rechts der diesbezüglichen Prozesskostenhilfe.

f) Im Vollstreckungsmitgliedstaat muss ein **effektiver Rechtsbehelf** gegen die Vollstreckung einer Europäischen Beweisverordnung gegeben sein. In dem Rechtsbehelfsverfahren müssen mindestens die beiderseitige Legalität der Beweiserhebung und die Beachtung des Prinzips der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien überprüft werden. Eine Regelung wie in Art. 18 Abs. 2 Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung, wonach die sachlichen Gründe für den Erlass der Europäischen Beweisverordnung nur vor einem Gericht des Anordnungsstaats angefochten werden können, ist für die Bundesrechtsanwaltskammer nicht akzeptabel.

3. Beweistransfer in den Anordnungsmitgliedstaat

Gleichfalls nicht akzeptabel ist für die Bundesrechtsanwaltskammer, dass durch unkontrollierten Transfer von Beweisen in den Anordnungsmitgliedstaat Fakten geschaffen werden, die nach aller Erfahrung auch dann, wenn sich der Transfer als unrechtmäßig und der übermittelte Beweis als unverwertbar herausstellt, das Verfahrensergebnis präjudizieren. Deshalb muss, bevor ein Beweis an den Ausstellungsmitgliedstaat übermittelt wird, die **Legalität, Fairness und Integrität** des Beweises durch einen unabhängigen Richter des Vollstreckungsmitgliedstaats von Amts wegen überprüft werden.

4. Beweisverwertung im Anordnungsmitgliedstaat

Grundsätzlich dürfen im Anordnungsmitgliedstaat nur Beweise verwertet werden, deren Erhebung und Transfer nach den oben genannten Maßstäben **rechtmäßig** waren. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn die Fairness sowohl und insbesondere der einzelnen Beweiserhebung als auch des gesamten Verfahrens sowie die Integrität des Beweises durch den Rechtsverstoß nur unerheblich beeinträchtigt werden. Dabei fordert die Bundesrechtsanwaltskammer eine unionsrechtliche Klarstellung gegenüber dem – nicht einstimmigen – Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 10.03.2009 – 4376/92 „Bykov v. Russia“, wonach Art. 6 Abs. 1 MRK nicht die Zulässigkeit einzelner Beweise, sondern die Fairness des gesamten Verfahrens betreffe, weshalb eine für sich gesehen rechtswidrige und unfaire Beweiserhebung nicht zu einem Konventionsverstoß führe, wenn der Betroffene sich zu der Beweiserhebung äußern können und der Beweis für sich gesehen integer sei.