

# StV STRAFVERTEIDIGER

## REDAKTION

Prof. Dr. Matthias Jahn  
RA Dr. habil. Helmut Pollähne  
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer  
RA Prof. Dr. Hans-Joachim Weider  
  
Beratender Redakteur:  
Prof. Dr. Klaus Lüderssen

## AUS DEM INHALT

**Bundesgerichtshof**  
Doppelbestrafungsverbot **Rosbaud**

Verfahrenshindernis und  
Spezialitätsgrundsatz

Ausländische terroristische Vereinigung

Unerlaubter Aufenthalt

Versuch des Einschleusens  
von Ausländern

**Oberlandesgerichte**  
**Celle**

Kein Auslieferungshindernis bei  
Abwesenheitsurteil aufgrund Absprache

**Düsseldorf**

Berufungsverwerfung bei  
ausgebliebenem Angeklagten

**München**

Berufungsverwerfung bei  
ausgebliebenem Angeklagten

Auslieferung und ne bis in idem

**Nürnberg**

Unerlaubter Aufenthalt

**Aufsätze**

**Sabine Gless**

OHN(E)MACHT – Abschied von der  
Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber  
europäischer Strafverfolgung?

**Axel Nagler**

Verteidigung gegen im Ausland  
gewonnene Ermittlungsergebnisse

**Robert Esser**

(Nichts) Neues aus Straßburg –  
Effektive Verteidigung bei  
Nichterscheinen des Angeklagten zu  
Beginn der Hauptverhandlung in der  
Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO)

**Dominik Brodowski**

Ne bis in idem im europäisierten  
Auslieferungsrecht

**Rezension**

**Zeitschriften**

Die Rechtsetzung der Europäischen Union im Straf- und Strafverfahrensrecht erhält zunehmend bestimmende Bedeutung für das nationale Strafverfahren. Die Gesetzgebung in Form von Rahmenbeschlüssen und nunmehr bindenden Richtlinien erfordert mehr und mehr das Augenmerk der deutschen Strafverteidiger. Die Strafverteidigervereinigung NRW veranstaltet deshalb jährlich im Herbst den EU-Strafrechtstag. Die nachfolgend in aktualisierter Fassung dokumentierten Beiträge von *Gless* und *Nagler* waren Gegenstand der 5. Veranstaltung des Jahres 2012. Der 6. EU-Strafrechtstag mit vorgesetztem Praktikerseminar wird am 4./5.10.2013 in Bonn stattfinden. Schwerpunkt werden aktuelle Entwicklungen europäischer Rechtsetzung sein.

Die Entwürfe zur Europäischen Ermittlungsanordnung (dazu bereits *Ahlbrecht StV* 2013, 114 [Heft 2/2013]) und der Richtlinie zum Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand befinden sich im sog. Trilog, also der Abstimmung von Rat und Parlament unter Beteiligung der Kommission. Von beiden Richtlinien sind erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht zu erwarten, zumal der Rat mit ihnen eine Effektivierung der Strafverfolgung unter Hintansstellung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards durchzusetzen versucht. Zugleich sind die Arbeiten an der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft weit fortgeschritten. – *d. Red.*

## **OHN(E)MACHT – Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?**

Prof. Dr. Sabine Gless, Basel

### **A. Einleitung**

»Bereits jetzt kann von Waffengleichheit und Fair Trial in Europa kaum die Rede sein. Sollten die jetzt vom Rat vorgeschlagenen Regelungen umgesetzt werden, dann wäre das rechtsstaatliche Strafverfahren in seiner Substanz bedroht.«

So lautete die Gemeinsame Erklärung der Strafverteidigervereinigungen im Juni 2012 als Reaktion auf das Rechtsetzungsverfahren betreffend die Richtlinie zum Recht auf Rechtsbeistand im Strafverfahren.<sup>1</sup> Bedeutet die »europäische Strafverfolgung« einen Abschied von der Waffengleichheit – sogar wenn, oder gerade weil eine Europäische Richtlinie zum Rechtsbeistand verabschiedet wird? Diese Frage war unter anderem Gegenstand des 5. EU-Strafrechttages am 15.09.2012 in Bonn. Mit »europäischer Strafverfolgung« assoziieren StrafverteidigerInnen allgemeinhin eine gut geölte Maschinerie nationaler Staatsanwaltschaften und von Eurojust, nationaler Polizeibehörden und von Europol und OLAF – kurzum: mächtige Behörden im Hintergrund, die ein Strafverfahren mit Überlegung dort platzieren, wo das Verurteilungsrisiko hoch und das Beweisrisiko gering ist. Strafverteidiger gelten demgegenüber als Einzelkämpfer, die sich nicht nur in Hollywoodproduktionen oder im Vormabendfernsehen, sondern auch im realen Leben der Übermacht von Staatsanwaltschaft, Polizei, FBI, Europol heroisch entgegenstellen und durch persönlichen Einsatz gegen die Ungleichheit ankämpfen. Das ist die Dramaturgie, die unser Gerechtigkeitsgefühl anspricht. Der Kampf erscheint als unfair. Dem stellen wir unser Ideal eines Fair Trial gegenüber, zu dessen Kern wir die »Waffengleichheit« zählen. Selten fragen wir uns aufrichtig, was das Wesen dieses Ideals ist, das im Grunde immer nur Fiktion sein kann, weil die Parteien ja nicht mit gleichen Waffen kämpfen (können), sondern allenfalls für beide Seiten Bedingungen gelten können, die jeweils eine realistische Chance auf einen Erfolg geben. Mit Blick auf die europäische Strafverfolgung stellen sich damit folgende Fragen:

- Was bedeutet Waffengleichheit in Europa?
- Was hat sich durch die europäische Strafverfolgung geändert?

■ Welcher Maßnahmen, welches Ansatzes bedarf es angeichts einer europäischen Strafverfolgung, damit Waffengleichheit weiter fingiert werden kann?

### **B. Fair Trial und Fiktion von der Waffengleichheit – das gewohnte Bild ...**

Die Verpflichtung auf den Fair Trial geistert – wie eine Art Zauberformel – seit über 50 Jahren durch Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft; seit sich Straßburg als Autorität eines »Gerichtes der Menschenrechte« im Strafprozess etabliert hat.<sup>2</sup> *Was ist aber eigentlich ein Fair Trial?* Es gibt bis heute keine umfassende abstrakte Definition des Fair Trial. Sicher scheint nur der Konsens, dass Fairness das Ideal, und »Waffengleichheit« ein Kernelement davon ist.<sup>3</sup>

#### **I. Waffengleichheit – was heißt das?**

In den letzten 50 Jahren hat sich das Recht auf Waffengleichheit in Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft omnipräsent etabliert, nachdem die Europäische Kommission für Menschenrechte<sup>4</sup> es »quasi freihändig« in einer genialen Vision für eine europäische Weiterentwicklung strafprozessualer Institute im Lichte der Menschenrechte erfunden hat.<sup>5</sup> In der EMRK steht davon nichts; insbesondere handelt es sich nicht um eines der in Art. 6 Abs. 3 EMRK ausdrücklich ausgewiesenen Beschuldigtenrechte. Zu Be-

1 Abrufbar unter [www.forum-strafverteidigung.ch/8101.html](http://www.forum-strafverteidigung.ch/8101.html).

2 *Esser*, in: *Ahlbrecht et al. (Hrsg.)*, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, S. 5; *LR/Esser*, StPO, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 179 f.; *Demko*, FS Riklin, 2007, S. 351 (357).

3 *Peters/Altwicker*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 20 Rn. 10; *LR/Esser* (Fn. 2), Art. 6 EMRK Rn. 197.

4 Die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) war ein Organ des Europarats und sollte die Einhaltung und Durchsetzung der EMRK in erster Instanz sichern; sie wurde 1954 in Straßburg errichtet, hatte dort ihren Sitz und wurde 1998 durch das 11. ZP EMRK abgeschafft, das den EGMR als ständigen Gerichtshof etablierte, der seither ausschließlich für Beschwerden zuständig ist.

5 Vgl. die ersten Entscheide: *Ofner und Hopfinger v. Österreich*, Nr. 524/59 und 617/59; *Pathak und Dunsbirn v. Österreich*, Nr. 569/59 und 789/60; die Kommission fungierte damals noch als eine Art institutioneller Filter für den Straßburger Gerichtshof.

ginn stand hinter der Idee der Waffengleichheit vielmehr zunächst eine Art formales Gleichbehandlungsrecht, welches das Straßburger Gericht in seine Rechtsprechung übernommen hat, ohne damit ein inhaltliches Recht (wie etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht) zu verbinden.<sup>6</sup> Garantiert war, dass die Verteidigung im Grundsatz prozedural gleich wie die Anklage behandelt wird. Erst im Laufe der Zeit hat der *Gerichtshof* dann aus dem Recht der Waffengleichheit inhaltliche Rechte abgeleitet, etwa das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Beweispräsentation etc. Dabei hat der *EGMR* – in Übereinstimmung mit seinem generellen Ansatz einer »margin of appreciation« – den EMRK-Staaten grundsätzlich Ellbogenfreiheit gelassen.<sup>7</sup>

Heute ist nach allgemeiner Meinung Voraussetzung für eine Waffengleichheit eben nicht Gleichheit, sondern dass jede Seite eine vernünftige oder realistische Chance hat (»reasonable opportunity«), den eigenen Fall dem Entscheidungskörper darzulegen, ohne substantielle Nachteile (»substantial disadvantage«) im Vergleich zum Opponenten (»vis-à-vis the opponent«).<sup>8</sup> Was bedeutet das *in concreto*? Nach dem Ansatz des *EGMR* bedarf es für eine Waffengleichheit heute grundsätzlich zweier Elemente: erstens einer *formalen prozeduralen Gleichheit im jeweiligen Strafverfahren*, das heißt: Anklage und Verteidigung müssen grundsätzlich gleichen Zugang zum relevanten Beweismaterial<sup>9</sup> und eine vergleichbare Ausgangssituation in der Beweispräsentation haben.<sup>10</sup> Es gibt ein Recht auf Information,<sup>11</sup> auf rechtliches Gehör,<sup>12</sup> auf rechtliche Überprüfung, etc. Zweitens ist eine Art *Einzelfall-Screening* gefordert: Der *Straßburger Gerichtshof* verlangt, dass Einschränkungen der Verteidigung im Einzelfall im Gesamtverfahren (durch Maßnahmen der zuständigen Behörden) ausgeglichen werden.<sup>13</sup> Die zuständigen Behörden müssen bei ihrer konkreten Entscheidungsfindung so gut wie irgend möglich ein adversarisch ausgeglichenes Verfahren gewährleisten.<sup>14</sup> Wird beides berücksichtigt, dann gehen wir von einem Fair Trial aus; wir fingen ihn.

## II. Waffengleichheit im europäischen Kontext

Bekanntlich hat sich die Idee der Waffengleichheit in Europa – ausgehend von der Straßburger Rechtsprechung – allmählich, aber nachhaltig in den Mitgliedsstaaten durchgesetzt. Seit dem Ende der 70er Jahre ist sie als Element des Fair Trial fest im strafprozessualen Vokabular der Europaratstaaten verankert.<sup>15</sup> Aber nicht nur die europäischen Staaten, auch der *EuGH* in Luxemburg griff und greift auf diesen Geniestreich, das Straßburger Konzept eines Fair Trial, zu. Zunächst geschah dies ungefragt – letztlich aus purer Not: Als in den 70er Jahren die Verfassungsgerichte der EU-Mitgliedstaaten vom *Gericht* in Luxemburg einen ausreichenden Menschenrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene verlangten, fehlten im EU-Recht dafür die Vorgaben.<sup>16</sup> Der *EuGH* verwies deshalb – an die europäische Tradition anknüpfend – auf die EMRK und auf die Rechtsprechung des *EGMR*, obwohl diese nicht formal mit dem EU-Recht verbunden waren. Diese »Luxemburger Anleihe« funktioniert seither einfach, durch einen pauschalen Verweis auf den »... aus den Grundrechten der EMRK entwickelte[n] allgemeine[n] gemeinschaftsrechtliche[n] Rechtsgrundsatz, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess ... hat«.<sup>17</sup> Eine solche »Luxemburger Anleihe« findet sich in der Zwischenzeit in vielen *EuGH*-Urteilen.<sup>18</sup> Unser Verständnis vom Fair Trial und von Waffengleichheit ist

heute also praktisch auf jeder Ebene vorgeformt durch die besondere Perspektive der Straßburger Organe für eine europäische Vision. Man darf dabei aber heute nicht vergessen: Der Blickwinkel des *EGMR* war und ist ein spezieller. Er wird bestimmt durch die von den Vertragsstaaten übertragene Aufgabe: Menschenrechtsschutz in den einzelnen Strafverfahren der EMRK-Staaten. Diese Aufgabe hat Straßburg gemeistert zunächst durch eine rechtsvergleichende Annäherung an einen gemeinsamen Mindeststandard bestimmter Rechte<sup>19</sup> – etwa Verteidigungsrechte – in Strafverfahren.<sup>20</sup> Dann durch eine Weiterentwicklung mit Blick auf den »effet utile«, durch eine teleologische Auslegung der Charta mit Ziel eines effektiven Menschenrechtsschutzes in jedem Strafverfahren.<sup>21</sup> So richtig dieser Ansatz für das *Straßburger Gericht* ist, so fatal kann er für die EU sein. Die Straßburger Sichtweise stimmt im EMRK-Kontext. Sie ist aber ungeeignet für eine *unmodifizierte* Übernahme in den EU-Kontext: Denn das *Luxemburger Gericht* hat eine andere Aufgabe als das *Straßburger Gericht*, weil die EU einen *neuen* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schafft, *einen* Raum europäischer Strafverfolgung. Wenn hier von Fair Trial und Waffengleichheit gesprochen wird, geht es

6 S. z.B. EGMR v. 27.06.1968, *Neumeister v. Österreich*, Nr. 1936/63; *S. Summers*, Fair Trials. The European Criminal Procedural Traditions and the European Court of Human Rights, 2007, S. 103 ff.

7 Vgl. dazu etwa EGMR v. 10.03.2009, *Bykov v. Russland*, Nr. 4378/02, § 89; EGMR v. 09.10.2012, *R.P. und Andere v. U.K.*, Nr. 38245/08.

8 S. EGMR v. 18.02.1997, *Nideröst-Huber v. Schweiz*, Nr. 18990/91, § 23; *LR/Esser* (Fn. 2), Art. 6 EMRK Rn. 197.

9 Vgl. mit Blick auf den Prozess der Offenlegung von Beweisen EGMR v. 16.12.1992, *Edwards v. The United Kingdom*, Nr. 13071/87, § 36; EGMR v. 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*, Final 306.2009, Nr. 21022/04, § 39; im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht: EGMR v. 16.02.2000, *Jasper v. U.K.*, Nr. 27052/95, § 51.

10 EGMR v. 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*: Art. 6 § 3 (b) ECHR guarantees the accused »adequate time and facilities for the preparation of his defense«. In the view of the Strasbourg Court it »therefore implies that the substantive defense activity on his behalf may comprise everything which is »necessary» to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organize his defense in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defense arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings«. *Natunen v. Finnland*, Urteil v. 31.03.2009, Final 306.2009, Nr. 21022/04, § 42 mit Verweis auf den Kommissionsbericht v. 12.07.1984, *Can v. Austria*, Nr. 9300/81, Series A Nr. 96, § 53, und EGMR v. 09.10.2008, *Moiseyev v. Russland*, Nr. 62936/00, § 220; EGMR v. 12.05.2005, *Öcalan v. Türkei*, Nr. 46221/99, § 140; EU-Grundrechte: *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union: System und allgemeine Grundrechtslehren, 2006, S. 497 f.

11 S. auch für EU-Grundrechte: *Winkler* (Fn. 10), S. 489.

12 S. auch für EU-Grundrechte: *Winkler* (Fn. 10), S. 482.

13 EGMR v. 16.02.2000, *Jasper v. U.K.*, Nr. 27052/95, § 52 mit Verweisen auf EGMR v. 26.03.1996, *Doorsen v. Niederlande*, Nr. 20524/92, § 72 und EGMR v. 23.04.1997, *Van Mechelen and Others v. Niederlande*, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 54.

14 EGMR v. 16.02.2000, *Jasper v. U.K.*, Nr. 27052/95, § 53.

15 Vgl. dazu etwa *Heubel*, Der »fair trial« – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1981, S. 18; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 11 Rn. 7.

16 Vgl. insbesondere die juristischen Auseinandersetzungen um EuGH Rs. v. 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.

17 EuGH Rs. C-185/95, Baustahlgewerbe, Rn. 21.

18 Vgl. etwa: EuGH Rs. C-450/06, *Varec*, Rn. 45; s. a. EuGH Rs. C-7/96, *Krombach*, Rn. 26.

19 EGMR v. 09.06.2009, *Opuz v. Türkei*, § 87 ff.; vgl. auch *Dialogue between Judges*, What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?, 2011, S. 9; *Brems*, Human Rights: Universality and Diversity, 2001, S. 360 f.; *Ambrus*, Erasmus Law Review, Vol. 02, Issue 03, 2009, S. 356.

20 Akteneinsicht, vgl. aber auch EGMR v. 11.07.2006, *Jalloh v. Deutschland*, Nr. 54810/00.

21 Vgl. dazu *Peters/Altwicker* (Fn. 3), § 20 Rn. 42.

nicht mehr ausschliesslich um Menschenrechtsschutz in einzelnen nationalen Strafverfahren, sondern um Waffengleichheit angesichts einer europäisch-arbeitsteiligen Strafverfolgung.<sup>22</sup> Warum?

### C. Europäische Strafverfolgung und Fair Trial, insbes. Waffengleichheit

Was hat die Strafverteidigervereinigungen im Juni 2012 zu den doch recht deutlichen Worten in ihrer eingangs zitierten Gemeinsamen Erklärung bewogen?<sup>23</sup> Was hat sich geändert, dass die Strafverteidiger den Konsens der Formel von Fair Trial und Waffengleichheit aufkündigen wollen? Denn mit gleichen Waffen waren die beiden Seiten – wie bereits erläutert – auch im rein nationalen Kontext nicht ausgestattet. Was sich in Europa geändert hat, verdeutlicht vielleicht am besten das folgende (etwas überzeichnete) Beispiel:

G, ein Pharmavertreter, reist kreuz und quer durch Europa. Weil er einmal Produkte vertrieben hat, die als »Dopingmittel« eingestuft wurden, ist sein Name (auf Wegen, die sich später nicht nachvollziehen lassen) in eine »Analysedatei« von Europol geraten und er ist zur »verdeckten Registrierung« im Schengener Informationsystem ausgeschrieben. Als er eines Tages mit dem Zug von Köln nach Brüssel mit Endziel Bxl./Flughafen und Flug nach Madrid unterwegs ist, finden Zollbeamte im Zug einen Koffer mit Amphetaminen und »Doping-Präparaten«. Die belgischen Beamten verhaften ihn; angeblich hatten sie einen »Tip« der spanischen Polizei – vermittelt über Europol – erhalten. G leugnet, dass die Medikamente ihm gehören, wird aber gleichwohl auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls nach Spanien ausgeliefert, wegen Verdachts auf Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in Zusammenhang mit einem großen Dopingskandal. In Spanien wird zentral für ganz Europa gegen einen mutmaßlichen Ring von Amphetamin-Händlern ermittelt. Dass G die im Zug gefundenen Präparate nach deutschem Recht bei sich führen durfte oder dass sein Verhalten in Deutschland nicht als Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung gewertet würde, interessiert die spanischen Behörden wenig. Im Ermittlungsverfahren werden – durch Vermittlung von Eurojust – Zeugen in verschiedenen Ländern unter unterschiedlichen Bedingungen vernommen. Da sich viele der Zeugen weigern nach Spanien zu reisen, sollen die Protokolle aus den Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung verlesen werden. Gs Verteidiger arbeitet – wie die meisten seiner Kollegen – alleine und fragt sich nach dem Anruf von G aus spanischer Untersuchungshaft, wie er vorgehen muss, damit Gs Version der Geschehnisse vor Gericht Berücksichtigung findet, damit er seinen Fall mit einer realistischen Chance auf einen Sieg präsentieren kann.

Europäische Strafverfolgung bedeutet:

- Zentrale Strafverfolgungseinrichtungen (Europol, Eurojust) und vernetzte nationale Behörden, die gemeinsam ermitteln (auf der Grundlage der speziellen Kenntnisse ihrer jeweiligen Rechtsordnung);
- neue Informationsinfrastruktur mit mehr – und überlegenerem? – Wissen;
- Handlungsspielräume, mit Hilfe derer ein Strafverfahren gezielt in einem Land platziert werden könnte (forum shopping);
- Instrumente gegenseitiger Anerkennung wie den EuHB oder und künftig vielleicht Europäische Ermittlungsanordnungen, so dass mit einer Anklage oder Beweissammlung in jedem EU-Land zu rechnen und eine wechselseitige Verantwortungsverlagerung für Grundrechtseingriffe zu befürchten ist...

Betroffen die europäische Strafverfolgung den Fair Trial respektive die Waffengleichheit? Oder haben Strafverteidiger weiterhin eine realistische Chance (»reasonable opportunity«), ihren Fall dem Entscheidungskörper ohne substantielle Nachteile (»substantial disadvantages«) im Vergleich zu den Opponenten (»vis-à-vis the opponents«) darzulegen?<sup>24</sup>

### I. Europäische Zentralen und Vernetzung der europäischen Strafverfolgungsbehörden

Die »europäische Strafverfolgung« bringt europäische Zentralinstitutionen – wie Europol und Eurojust – und vernetzte nationale Behörden. Erstere führen an einem Ort die Kenntnis über Rechtsvorgaben und Rechtspraxis der Heimatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten zusammen. Letztere haben Zugang zu Informationsnetzen, aber auch zu anderen formellen Strukturen, wie etwa dem Europäischen Justiziellen Netz, oder zu informeller Vernetzung in den unzähligen Arbeitsgruppen, Fortbildungsgruppen, ad hoc-Netzen etc. Dadurch wird die Strafverfolgungsseite grundsätzlich gestärkt, denn ein(e) StrafverteidigerIn alleine hat regelmässig weder effizient Zugriff auf ausländische Rechtsordnungen noch auf einen grenzüberschreitenden Informationsverbund. Es darf jedoch bezweifelt werden, ob das bestehende Kräfteverhältnis zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung – das man bisher als im adäquaten Gleichgewicht angesehen hat – in einem Maße gestört wird, von dem man sagen müsste: G und sein Strafverteidiger hätten keine realistische Chance mehr, ihren Fall dem Entscheidungskörper ohne substantielle Nachteile im Vergleich zu den Opponenten darzulegen. Oder anders formuliert: Die europäischen Strafverfolgungsbehörden werden durch Zentralisierung und Vernetzung grundsätzlich<sup>25</sup> stärker, aber sie werden nicht übermächtig. Ausserdem können es die europäischen StrafverteidigerInnen den Strafverfolgungsbehörden ja gleichzeitig und sich ebenso vernetzen, um so die formelle Gleichstellung – erste Voraussetzung der Waffengleichheit – wiederherzustellen.<sup>26</sup> Es ist den Strafverteidigern nicht verboten, sich zusammenzuschliessen und europäische Verteidigungsnetzwerke zu bilden. Im letzteren Argument offenbart sich jedoch bereits die Schwäche der Argumentation mit der Waffengleichheit: Strafverfolgung und Strafverteidigung sind – auch jenseits des Rechts – ganz unterschiedliche Institutionen. Aufgrund ihres unterschiedlichen Wesens können sie sich nur unter ungleichen Voraussetzungen vernetzen: Es treffen Hoheitsapparate besetzt durch Beamte auf als selbständige Anwälte organisierte Strafverteidiger. Die Vernetzung kann bei den »einzelgängerischen StrafverteidigerInnen« nicht so funktionieren wie bei Behörden.<sup>27</sup> Darüber hinaus wird es wohl auch nie ein europäisches Zentralverteidigungsinstitut (wie etwa den vorgeschlagenen »Eurodefensor«<sup>28</sup> o.ä.) geben, ebenso wenig unkontrollierten

22 Grundlegend zur Strafverteidigung im international-arbeitsteiligen Strafverfahren: Schomburg/Lagodny NJW 2012, 348.

23 S. auch Ahlbrecht StV 2012, 491.

24 Siehe EGMR v. 18.02.1997, Nideröst-Huber v. Schweiz, Nr. 18990/91, § 23.

25 Angesichts der Komplexität des politischen und rechtlichen Geschäfts auf EU-Ebene könnte man durchaus auch die Frage stellen, ob nicht in bestimmten Bereichen die Zentralisierung und Vernetzung nationale Ressourcen über Gebühr bindet und eine effiziente Strafverfolgung letztlich wieder hindert.

26 Zu den einzelnen Vorschlägen: Ahlbrecht StV 2012, 491 (494).

27 Ahlbrecht StV 2012, 491 (494).

28 Vgl. im Einzelnen Beukelman FS Mehle, 2009, S. 58 ff.; C. Nestler, in: Schünemann (Hrsg.), A Programme for European Criminal Justice, 2006, S. 172 f.; Schünemann StV 2006, 367 f.; Vogel ZStW 116 (2004), 400.

Zugang der Strafverteidiger zu dem zusammengefassten Wissen von Zentralen und Netzwerken.

Aus Sicht des bis dato tradierten Verständnisses vom Fair Trial bliebe im Ergebnis gleichwohl festzuhalten: Nach dem bisherigen Ansatz wäre auch im Fall des G noch die tradierte Fiktion der Waffengleichheit gewährleistet, denn G hat auch in dem spanischen Strafverfahren unter den geschilderten Umständen eine realistische Chance seinen Fall zu repräsentieren. Wie passt dieser Befund mit den harten Wörtern der Strafverteidigervereinigungen zusammen?

Er stützt meine im Vorangegangenen geäußerte These: Der Straßburger Blickwinkel versperrt im EU-Kontext das Wesentliche. Denn er berücksichtigt nicht die strukturelle Verschiebung der Gleichgewichte, in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, sondern fokussiert immer auf das einzelne Strafverfahren – und kann unter diesen Umständen eine Kräfteverschiebung auf europäischer Ebene erst berücksichtigen, wenn der Einzelne im Strafverfahren überhaupt keine realistische Chance mehr hat.

## II. Forum Shopping

Die strukturelle Kräfteverschiebung auf europäischer Ebene lässt sich auch noch an anderen Beispielen zeigen, die teilweise eine Art »Folgerisiko« der bereits genannten Netzwerkstruktur sind: So hat ein Netzwerk immer das Potential des Vergleichs der Bedingungen an verschiedenen Orten – und damit auch ein (schlafendes) Potential für Forum Shopping in dem Sinne, dass eine Seite in Kenntnis und unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall die Bedingungen bestimmen kann, unter denen ein Strafverfahren stattfindet. Das erscheint dann »unfair«, wenn man es am Ideal des gesetzlich vorbestimmten Richters misst.<sup>29</sup> Auch wenn die auf europäischer Ebene angesiedelten Institutionen mit gutem Grund und mit gutem Gewissen ein Forum Shopping in der Praxis zurückweisen,<sup>30</sup> erschiene es theoretisch nur natürlich, wenn die Strafverfolgungsbehörde dort angeklagte, wo gesammelte Beweise verwertbar sind und keine Verfolgungshindernisse entgegenstehen etc. Das gilt übrigens auch für die Verteidigung, die allenfalls mit einem Verfahren möglichst schnell dort an die Behörden (etwa mit Selbstanzeige) gelangen könnte, wo eine Verfahrenseinstellung o.ä. zu erwarten ist.<sup>31</sup> Insofern haben beide – theoretisch – die gleichen Waffen, mit dem Unterschied eben, dass Strafverfolgungsbehörden praktisch besser vernetzt und damit besser in der Lage eines Vergleichs der Bedingungen an unterschiedlichen Orten sein dürften. Problematisch erscheint derzeit vor allem der Umstand, dass die Jurisdiktionsfrage auf europäischer Ebene nicht durch eine verbindliche rechtliche Regelung geklärt ist.<sup>32</sup> Damit können (und müssen) die nationalen Strafverfolgungsbehörden nach den Vorgaben ihres Rechts vorgehen. Die Strafverteidigung hat dem nichts entgegenzusetzen. Angesichts dieser Umstände stellt sich durchaus die Frage, wie lange man noch in jedem Einzelfall Waffengleichheit fingieren darf, wenn im tatsächlich durchgeföhrten Prozess zwar eine prozedurale Gleichbehandlung gegeben ist,<sup>33</sup> aber eben nur eine Seite bestimmten kann, wo angeklagt wird.

## III. Grenzüberschreitende Beweissammlung

Ein weiteres »Risiko« europäischer Strafverfolgung für eine waffengleiche Strafverteidigung liegt in der Beweissammlung jenseits der Staatsgrenze, insbesondere im *informellen*

Informationsaustausch. Bereits die traditionelle Beweisrechtshilfe bringt verschiedene Probleme: Die Waffengleichheit im Strafverfahren kann etwa dadurch beeinträchtigt werden, dass bei einer Beweisaufnahme, die im Ausland durchgeführt wird, nicht alle Verfahrensrechte – etwa Anwesenheitsrechte – wie bei einer Beweisaufnahme im Inland gewährt werden (können), der Beweis aber gleichwohl verwertet wird.<sup>34</sup> So kann es G in unserem Beispiel durchaus passieren, dass er Zeugen aus dem Zug nie konfrontieren können wird, obwohl sie ihn belasten. Die EMRK hat dafür zwar das in Art. 6 Abs. 3 EMRK niedergelegte Konfrontationsrecht parat, dessen praktische Ausübung aber durch die Margin-of-appreciation-Lösung des EGMR nur schwer fassbar ist und nie mit einem strikten Beweisverwertungsverbot abgesichert wurde.<sup>35</sup> Noch größere Probleme bereitet der informelle Informationsaustausch in Europa. Der Telefonanruf beim Kollegen über der Grenze ist nicht mit den Förmlichkeiten und Verfahrenssicherungen der justizförmigen Rechtshilfe verbunden, führt praktisch aber auch zu Beweismitteln. Die Frage, unter welchen Umständen der informelle Vorspann die Verwertbarkeit beeinflusst, wird bisher kaum diskutiert. Welchen Einfluss auf die »Waffengleichheit« ein solcher Informationsfluss hat, hängt stark vom Einzelfall, insbesondere Transparenz in den Verfahrensakten und später eingreifenden Verfahrenssicherungen ab.

## IV. Gegenseitige Anerkennung

Auch die Instrumente gegenseitiger Anerkennung – wie der Europäische Haftbefehl (EU-HB) oder die Europäische Sicherungsanordnung<sup>36</sup> beeinträchtigen das Gleichgewicht. Sie gefährden eine effektive Strafverteidigung.<sup>37</sup> Grund dafür ist unter anderem, dass alle Betroffenen für möglichen Rechtsschutz auf die Gerichte im sog. Anordnungsstaat verwiesen sind – unabhängig davon, ob die betroffene Person am Ausgangsverfahren beteiligt ist oder nicht,<sup>38</sup> oder dass Forum Shopping im Rahmen gegenseitiger Anerkennung ohne eine allgemein gültige Regelung der Jurisdiktion ermöglicht wird; aber auch, dass der Gefahr einer wechselseitigen Verantwortungsverlagerung für mögliche Menschen-

29 Vgl. Art. 6 EMRK sowie beispielhaft Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; LR/Esser (Fn. 2), Art. 6 Rn. 134; Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, S. 210.

30 Oder aber wie Brüner/Hetzer NStZ 2003, 113 (116) offen darauf verweisen, dass gerade die fehlende Beweisanerkennung einen künftigen Europäischen Staatsanwalt geradezu zum Forum Shopping zwingen könnte.

31 Schomburg, in: ders./Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Hauptteil III E 1 Rn. 6 Vorb. Art. 54-58 SDÜ. Diese Grundsatzfrage hat auch im Völkerstrafrecht eine kontroverse Diskussion ausgelöst, dazu etwa: Bassiouni, International Criminal Law, Volume III, 2008, S. 88.

32 Schomburg (Fn. 31), Hauptteil III E 1 Rn. 7; vgl. auch Hackner/Schierholz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2012, Rn. 261 ff.

33 Vgl. EGMR v. 18.02.1997, Niderost-Huber v. Switzerland, Nr. 18990/91, § 23.

34 Vgl. Gless JR 2008, 317 (319 f.); Ahlbrecht/Böhm/Rosenthal, Das Rechtshilfeverfahren, in: Ahlbrecht et al. (Hrsg.) (Fn. 2), S. 380; EGMR v. 27.10.2011, Stojkovic v. Frankreich und Belgien, Nr. 25303/08, § 55 f.

35 LR/Esser (Fn. 2), Art. 6 Rn. 270 m.w.N.; Gless, in: Cavallo, Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum Donatsch, 2012, S. 303.

36 Satzger (Fn. 29), S. 521 ff. und 540.

37 Zur Sicht der Praxis vgl. assessment of interviews with professionals by Wahl, in: Vernimmen-Van Tiggelen/Surano/Weyembergh (Hrsg.), The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union, 2009, S. 115 f.

38 Gless, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 38 Rn. 69 ff.

rechtsverletzungen nicht vorgebeugt wird.<sup>39</sup> Sowohl die Grundsatzfragen als auch Detailverwerfungen des Kräfteverhältnisses wurden bereits an anderer Stelle diskutiert.<sup>40</sup>

## V. Sprache

Die neuen EU-Instrumente auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung können vermehrt dazu führen, dass Beschuldigte einem Straf- oder Vollstreckungsverfahren in einem anderen Land, in einer anderen Sprache ausgesetzt werden.<sup>41</sup> In besonderer Weise gilt das in Zusammenhang mit der Überstellung von Personen nach Erlass eines EU-HB. Zwar hat die Gefahr eines Strafverfahrens in einer fremden Sprache auch vor der EU-Zusammenarbeit bestanden, immer wenn ein fremder Staat die Strafverfolgung aufgenommen hat. Durch den EU-HB wird es aber sehr viel wahrscheinlicher, dass sich eine Person tatsächlich in fremden Staaten, in fremden Sprachen verteidigen muss. Die EMRK gibt zwar durch die Normierung von Minimalrechten in Art. 6 para 3 ECHR (a) jeder angeklagten Person das Recht, »innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden.« Diese Rechte hat der EGMR auch in verschiedensten Urteilen konkretisiert.<sup>42</sup> Im Ergebnis läuft es aber darauf hinaus: Nach der Straßburger Rechtsprechung ist die Waffengleichheit im Strafverfahren grundsätzlich auch dann gewährleistet, wenn der Angeklagte der Verfahrenssprache nicht mächtig ist, solange für ausreichende Übersetzung gesorgt ist, weil jeder eine vernünftige Chance hat, seinen Fall zu präsentieren.<sup>43</sup> Das Recht auf den Dolmetscher ist aber unbestritten eine Art Notlösung. Es ist ein Minimalrecht, das verhindert, dass die Verteidigung gar keine Chance hat. Es ist nicht wirklich ein Ausgleich, sondern ein notwendiges Korrektiv auf der Grundlage eines Minimalkonsenses.<sup>44</sup>

## VI. Recht auf eine effektive Verteidigung

Angesichts dieser Einzelfeststellungen stellt sich insgesamt die Frage: Kann das durch den EGMR in vielen Entscheidungen herausgearbeitete Recht auf eine effektive Verteidigung<sup>45</sup> nicht auch im neuen EU-Rahmen gewährleistet werden, so dass die Fiktion einer Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung gerechtfertigt bleibt? Solche summarischen Erwägungen treffen auf europäischer Ebene auf eine Gesamtbewertung der Fairness im Verfahren. Das Bestreben, die Souveränität der Vertragsstaaten zu wahren<sup>46</sup> und heikle Entscheidungen möglichst weitgehend dem demokratisch gewählten Gesetzgeber zu überlassen<sup>47</sup> haben das Straßburger Gericht zur margin of appreciation-doctrine geführt. Danach genießen die Vertragsstaaten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Umsetzung von EMRK-Rechten,<sup>48</sup> wobei der EGMR untersucht, ob es unter den Vertragsstaaten einen gemeinsamen Standard gibt, wie ein Recht in den nationalen Rechtsordnungen umgesetzt werden soll. Als Regel gilt dabei: Je weniger sich ein gemeinsamer Standard herauskristallisiert, desto größeren Ermessensspielraum gewährt der EGMR den Vertragsstaaten.<sup>49</sup> Das hat aber auch zur Folge, dass es kaum praktisch handhabbare, gemeinsame Vorgaben gibt,<sup>50</sup> wie das Recht auf eine effektive Verteidigung auszusehen hat. Kombiniert mit der Zurückhaltung des EGMR gegenüber einer Beurteilung von menschenrechtsrelevanten Sachverhalten aus dem EU-Raum<sup>51</sup> wundert es nicht, dass aus der Straßburger Rechtsprechung heute keine Anforderungen an eine effektive Ver-

teidigung unter den neuen Rahmenbedingungen des EU-Raumes abzuleiten sind. Bedeutet etwa Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK:

»[Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:] (c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist«,

dass man in einem Strafverfahren in Europa Recht auf *einen* Verteidiger – im Ermittlungsverfahren und/oder der Hauptverhandlung – hat? Oder aber hat man in einem (faktisch) über Europa verteilten arbeitsteiligen Strafverfahren Recht auf mehrere Strafverteidiger – ab den ersten Ermittlungen?<sup>52</sup> Dürfte G im Beispielsfall nur einen Verteidiger in Spanien verlangen? Oder auch einen in Deutschland? Und werden diese Verteidiger so organisiert, dass sie genug Zeit und Know-How haben, damit die grenzüberschreitende Mehrfachverteidigung nicht zum Bumerang für den Verteidigten wird?

## VII. Fazit

Bliebe man bei der (im Kontext des Europarates richtigen und wertvollen) Fiktion des *Straßburger Gerichts*: Waffengleichheit ist gegeben, solange jede Seite in einem konkreten Strafverfahren eine vernünftige Chance hat, den eigenen Fall dem Entscheidungskörper darzulegen, ohne substantielle Nachteile im Vergleich zum Opponenten,<sup>53</sup> dann dürfte heute auch angesichts europäischer Strafverfolgung – bis auf wenige Ausnahmefälle – Waffengleichheit gegeben sein. Denn vernünftige Chancen hat eine deutsche Verteidigung auch im spanischen Strafverfahren. Das ist die Fiktion der EU und des *Luxemburger Gerichts* für den gemeinsamen Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts.

Und genau an dieser Fiktion ist *meines Erachtens* anzusetzen, weil – wie der Beispieldfall zeigt – die Zusammenarbeit in der EU eine Strukturänderung bewirkt hat, auf die der tradierte EMRK-Ansatz nicht adäquat reagieren kann. Die

39 Schomburg/Lagodny NJW 2012, 350 (351, 353).

40 Zur Kritik etwa Schlinemann StV 2006, 365.

41 Vgl. auch Ahlbrecht StV 2012, 491.

42 EGMR v. 28.11.1978, *Luedicke, Belkacem und Koç v. Deutschland*, Nr. 6210/73; 6877/75; 7132/75, § 42; EGMR v. 18.10.2006, *Hermi v. Italien*, Nr. 18114/02, § 68 mit Verweisen auf EGMR v. 01.03.2006, *Sejdic v. Italien*, Nr. 56581/00, § 89; EGMR v. 19.12.1989, *Kamarsinski v. Österreich*, Nr. 9783/82, § 79; EGMR v. 17.02.2004, *Tabai v. Frankreich* (dec.), Nr. 73805/01.

43 EGMR v. 18.10.2006, *Hermi v. Italien*, Nr. 18114/02, § 69; EGMR v. 24.02.2009, *Protapapa v. Türkei*, Nr. 16084/90, § 80; EGMR v. 05.04.2011, *Saman v. Türkei*, Nr. 35292/05, § 35-36.

44 Vgl. dazu auch: *Ambrus* (Fn. 19), S. 356 Rn. 3; *Dialogue between Judges* (Fn. 19), S. 9; *Brems* (Fn. 19), S. 360–361.

45 LR/Esser (Fn. 2), Art. 6 Rn. 719.

46 *Ambrus* (Fn. 19), S. 356 Rn. 3.

47 *Dialogue between Judges* (Fn. 19), S. 17 und 26.

48 LR/Esser (Fn. 2), Art. 6 Rn. 179.

49 EGMR v. 26.04.1979, *Sunday Times v. U.K.*, Nr. 6538/74, § 59.

50 Vgl. dazu etwa EGMR v. 22.10.2009, *Raykov v. Bulgarien*, Nr. 35185/03, § 65; EGMR v. 27.04.2006, *Sannino v. Italien*, Nr. 30961/03, § 48; EGMR v. 13.01.2009, *Rybicki v. Polen*, Nr. 52479/99, § 54; EGMR v. 12.02.2009, *Samokhvalov v. Russland*, Nr. 3891/03, § 56; EGMR v. 31.03.2009, *Plonka v. Polen*, Nr. 20310/02, § 33; EGMR v. 08.12.2009, *Caka v. Albanien*, Nr. 44023/02, § 85; EGMR v. 02.11.2010, *Sakhnovski v. Russland*, Nr. 21272/03, § 95.

51 Nachweis zu post-Bosphorus Resp in: Peters/Altwicker (Fn. 3), S. 42 ff.

52 Dazu auch: *Salldit* StV 2003, 136 ff.

53 Vgl. EGMR v. 18.02.1997, *Niderost-Huber v. Schweiz* (1997) ECHR 18990/91, § 23.

Rechtsprechung des *EGMR* ist durch die Aufgabenstellung geprägt durch einen nationalstaatlich orientierten Ansatz,<sup>54</sup> der – etwa mit Blick auf das Ziel einer Gewährung eines Fair Trial – nur mit Hilfe der Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness und einer margin of appreciation-doctrine operabel wird. Dadurch ist es jedoch praktisch unmöglich, handhabbare abstrakt-generelle Rechte für eine grenzüberschreitende Verteidigung abzuleiten.<sup>55</sup>

### D. Wiederherstellung der Fiktion der Waffengleichheit angesichts Europäischer Strafverfolgung – »defense mainstreaming«?

Zu ihren harten Worten in Richtung EU sahen sich die StrafverteidigerInnen veranlasst, weil sich aus ihrer Sicht langsam, aber sicher die Kräfte zwischen Strafverfolgung und Verteidigung in einem Maße verschieben, das jenseits von Einzelfallprüfung und Einzelfallkorrektur liegt. Ein Ausgleich, der die Fiktion einer Waffengleichheit in *einem* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wiederherstellt, muss bei dem neuen europäischen Vollstreckungsraum ansetzen und strukturell der Strafverteidigung die Chance geben, in grenzüberschreitend verfolgten Fällen ihre Sicht mit gleichen Mitteln wie die Strafverfolgung vor Gericht zu präsentieren. Eine repetitive pauschale Bezugnahme auf das Straßburger Konzept von Waffengleichheit in EU-Dokumenten ist dafür ungeeignet. Der ständige Bezug auf die *EGMR*-Rechtsprechung, die ja vor allem um Korrektur auf vertragsstaatlicher Ebene bemüht ist, versperrt vielmehr das Potential für ein neues Konzept der Waffengleichheit im EU-Kontext. Denn angesichts einer europäischen Strafverfolgung erscheint ein Kontrollmechanismus auf der Basis punktueller Prüfung einzelner Strafverfahren unzureichend. Vielmehr wäre ein System angebracht, das im Gesamtzusammenhang »europäischer Strafverfolgung« für die Strafverteidigung die vernünftige Chance des Sieges eröffnet – und damit die Fiktion der Waffengleichheit herstellt.

### I. Bisherige Initiativen zur Verankerung des Fair Trial

Ein solches System haben weder der EU-Rat resp. die Regierungen der Mitgliedstaaten noch die EU-Kommission in ihren verschiedenen Initiativen für adäquate Verteidigungsrechte in der EU bisher lanciert, auch wenn die Agenda der neuen Justizkommissarin deutlich von dem Bestreben nach einem Ausbau und einer besseren Gewährleistung der Justizgrundrechte geprägt ist.<sup>56</sup> Die vorgelegten und im Gesetzgebungsverfahren derzeit behandelten Initiativen verweisen alle in den Erwägungsgründen pauschal auf die Einhaltung der EMRK, ohne zu erläutern, was das im Einzelfall bedeuten soll.<sup>57</sup> Lediglich in Berichten des Europäischen Parlaments findet der spezifische EU-Kontext europäischer Strafverfolgung in dem Sinne Beachtung, dass die mit dem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verbundenen Maßnahmen im Lichte widerstreitender Interessen als Konflikt gespiegelt werden, der sich nicht alleine durch eine Referenz auf die EMRK lösen lässt.<sup>58</sup> Die bisher vorgelegten EU-Rechtsakte und Vorschläge sind jedoch durch den spezifischen EMRK-Blick der Straßburger Organe auf das einzelne faire Verfahren geprägt. So beginnt etwa der »Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren« vom November 2009 mit einem Bekenntnis zu den in der

EMRK verbürgten Rechten.<sup>59</sup> Welche Bedeutung diese Rechte aber konkret angesichts der »europäischen Strafverfolgung« haben müssen, führt das Dokument nicht aus.<sup>60</sup> Vielmehr dreht es den Spieß fast um: Es erläutert nicht, welche funktionale Bedeutung der Rechtsschutz über die EMRK in der Post-Lissabon-Zusammenarbeit in Strafsachen angesichts der neuen Dimension des gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erlangen muss. Es scheint fast so, als ob die EMRK vor allem als ein wichtiger Faktor zur Bildung des notwendigen gegenseitigen Vertrauens zwischen den *Strafverfolgungsbehörden* der EU-Staaten wahrgenommen wird,<sup>61</sup> und nicht als strikte Messlatte, die eine klar definierte Rechtsposition verleiht.

In der Zwischenzeit haben EU und Mitgliedstaaten einzelne Punkte aus dem Fahrplan, wie etwa das Recht auf Dolmetscher sowie auf Belehrung und Information<sup>62</sup> umgesetzt und Entwürfe vorgelegt, wie etwa den Vorschlag für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand im Strafverfahren.<sup>63</sup> Auch deren Inhalt bestätigt die Vermutung: Die EU versteht ihre Aufgabe bis jetzt in einer Vereinheitlichung eines Minimalstandards (dessen Einhaltung wiederum das gegenseitige Vertrauen stärken soll), nicht aber in der Ausarbeitung einer Vision für eine Strafverteidigung in Europa. Eine solche Vision bräuchte Europa aber, nicht einen Minimalkonsens.<sup>64</sup>

### II. EU-Grundrechtecharta

Ein erster Keim für eine EU-Vision des Fair Trial findet sich in den *EuGH*-Urteilen zum Einfrieren von Geldern mutmaßlicher Terroristen: Hier verweist der *EuGH* – aus gutem Grund – nicht einfach auf die EMRK, sondern alleine auf die Grundrechtecharta.<sup>65</sup> Insgesamt bietet die EU-Grundrechtecharta einen Ansatzpunkt für ein EU-Konzept des Fair Trial und gibt dem europäischen Gesetzgeber den Auftrag zum Grundrechtsschutz (Art. 51 EU-Grundrechte-

54 Dazu etwa: *Weigend* StV 2001, 68.

55 Vgl. statt vieler *Wohlers* FS Eisenberg, 2009, S. 807 (810); *Schünemann* StV 2006, 362; *Gless* StV 2010, 402 f.; ebenso für das Beweisrecht: *LR/Esser* (Fn. 2), Art. 6 EMRK/14 IPPR Rn. 270 m.w.N.; *Jahn*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. C 120.

56 Vgl. Schlussfolgerungen von *Tampere*, Rn. 37; Haager Program v. 2004, Nr. III 3.3.1; Fahrplan, Rn. 8 f. (AbI. C 295 v. 04.12.2009, S. 1).

57 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.07.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (RB-Sicherstellung), Präambel (6), AbI. L 196 v. 02.08.2003, S. 45; Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung im Strafverfahren (RB-Beweisanordnung), Präambel (27), AbI. L 350 v. 30.12.2008, S. 72).

58 Bericht über einen EU-Ansatz zum Strafrecht (2010/2319 [INI]), A7-0144/2012 v. 24.04.2012 (BE *Cornils de Jong*).

59 AbI. C 295 v. 04.12.2009, S. 1, Erwägungsgrund 1.

60 Stellvertretend für die kritischen Stimmen *Schünemann* StV 2006, 363; *Peers*, Rights for Criminal Suspects and EU law ([www.statewatch.org/news/2007/apr/statewatch-analysis-crim-proced.pdf](http://www.statewatch.org/news/2007/apr/statewatch-analysis-crim-proced.pdf)).

61 Vgl. AbI. C 295 v. 04.12.2009, S. 1, Erwägungsgrund 8 und 9.

62 Richtlinie über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, AbI. L 280 v. 26.10.2010, S. 1. Sowie Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, AbI. L 142 vom 01.06.2012, 1.

63 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme, KOM(2011)326 v. 08.06.2011.

64 Vgl. a. *Vogel/Matt* StV 2007, 206; *Weigend* StV 2001, 68.

65 C-79/09; in Verfahren gegen EU-Entscheidungen nennt der *EuGH* regelmäßig beide Rechtsgaranten: Art. 6 EMRK und Art. 47 EU-Grundrechtecharta, vgl. EuG v. 27.06.2012, T-372/10, Rn. 57.

charta) – auch über die EMRK hinaus (Art. 52 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta).<sup>66</sup> Dieser Auftrag für eine grundrechts-schützende Gesetzgebung im Sinne einer »EMRK plus« kann auch als Auftrag zu einer gewagten Umsetzung interpretiert werden. Das bedeutet: Auch wenn die Kommentatoren des Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta für die dort verbürgte Fair Trial-Garantie pauschal auf das im Rahmen von Art. 6 EMRK entwickelte Konzept verweisen, kann der EuGH davon abweichen und ein Mehr geben.<sup>67</sup> Wie sich dies angesichts des anvisierten gemeinsamen Weges des Luxemburger und Straßburger Gerichts im Lissabon Vertrag (Art. 6 Abs. 2 EUV) auswirken würde, bliebe abzuwarten.

### III. »Defense rights mainstreaming«

Ein – zugegebenermaßen gewagter – Schritt auf diesem Weg ist die Forderung nach einem »defense rightsmainstreaming«, also einem System, das jede EU-Maßnahme darauf kontrolliert, wie sie sich auf die Strafverteidigung und auf die Waffengleichheit<sup>68</sup> im Strafverfahren auswirkt.

#### 1. Methodische Verankerung

Ein solches Instrument interpretiert das Recht auf ein faires Verfahren neu – als ein Recht, das die Waffengleichheit im Strafverfahren zu einer Schutzpflicht der EU macht, die weit über eine Einzelfallkorrektur hinausgeht. Ein solches Recht würde nicht nur Abhilfe bei einer Menschenrechtsverletzung in einem einzelnen Strafverfahren gewähren, sondern eine positive Verpflichtung des europäischen Gesetzgebers zur strukturierten Herstellung von Waffengleichheit im Rechtsetzungsverfahren begründen. Die EU und ihre Mitgliedstaaten würden dadurch zur Beobachtung und allenfalls zur Rechtsetzung verpflichtet, damit der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht nur als Strafverfolgungs-, sondern auch als Strafverteidigungsraum ausgebaut wird.<sup>69</sup> Die Idee der Schutzpflicht ist ebenso wenig neu, wie die der Folgenabschätzung im Grundrechtsbereich oder die Forderung nach mainstreaming in bestimmten Bereichen revolutionär ist:<sup>70</sup> »Positive Pflichten«<sup>71</sup> als Konsequenz von EU-Grundrechten werden im Grundsatz seit über zehn Jahren diskutiert,<sup>72</sup> jedoch nicht für den Bereich der Justizgrundrechte im Strafverfahren. Die EU-Organe sind bereits seit 2001 angehalten in neuem EU-Recht die Grundrechte zu beachten.<sup>73</sup> 2005 verdeutlichte eine Mitteilung der Kommission die Berücksichtigung der EU-Grundrechtecharta in Rechtsetzungsvorschlägen im Sinne eines bestimmten methodisches Vorgehens,<sup>74</sup> 2010 schließlich betonte die neue Justizkommissarin, dass es einer Grundrechtsfolgeabschätzung nicht nur bei einem ersten Gesetzgebungsentwurf, sondern während des ganzen Rechtsetzungsverfahrens bedürfe.<sup>75</sup> Allerdings fehlt dieser Verpflichtung sowohl der Fokus auf das Strafverfahren als auch das strikte Follow-up. Ein künftiges »defense rights mainstreaming« müsste die Besonderheiten der Strafverfolgung in den Mittelpunkt stellen und durch ein adäquates Maßnahmenprogramm flankiert werden. Gewagt ist die Forderung nach »defense rights mainstreaming« deshalb, weil sie bisher nur im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter als umfängliche Beobachtungs- und allenfalls Handlungspflicht für jede EU-Maßnahme etabliert und dort durch eine andere Rechtsgrundlage verankert ist.<sup>76</sup> Art. 8 EUV verpflichtet ausdrücklich:

»Bei allen ihren Tätigkeiten wirkt die Union darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Mann und Frau zu fördern.«<sup>77</sup>

Das hier geforderte »defense mainstreaming« müsste auf die klassische Grundrechtsnorm des Art. 47 Grundrechtecharta gestützt werden und stünde insofern rechtsmethodisch alleine da. Rechtspolitisch ist es aber letztlich die Fortführung der bereits praktizierten Grundrechtsfolgeabschätzung im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit.

#### 2. Mögliche Konsequenzen aus einem »defence rights mainstreaming«

Die kritischen Bereiche europäischer Strafverfolgung für die Strafverteidigung wurden bereits vorab angesprochen und an anderer Stelle durch dazu Berufenere identifiziert.<sup>78</sup> Von aus einem »defence rights mainstreaming« möglichen folgenden Konsequenzen seien die folgenden beispielhaft genannt: Bei einem weiteren Ausbau europäischer Institutionen oder Netzwerke ist zu überlegen, wie ein daraus allenfalls entstehender Nachteil bei den Strafverteidigern ausgeglichen werden kann; etwa durch Zugangsregelung für das »zentral gespeicherte Wissen« (v.a. Daten); spezielle Auskunftsrechte vor allem gegenüber ausländischen Behörden o.ä.; allenfalls spezielle Beweisverwertungsverbote; Transparenzregelungen, etwa eine Art von disclosure proceedings im Vorverfahren o.ä. sowie klare Mandats- und Kostenregelungen. Bei allen Massnahmen, die grenzüberschreitende Anklage und Vollstreckung ermöglichen, ist zu überlegen, wie bei möglichen Jurisdiktionskonflikten ausdrücklich die Interessen der Strafverteidigung berücksichtigt werden könnten (gegebenenfalls bis hin zur Priorisierung des Gerichtsstandes, der den Freispruch verspricht – was einem funktionalen Strafklageverbrauch gleichkommt...) oder einem Prozesshindernis bei missbräuchlichem Forum Shopping.

#### E. Ergebnis

Mein Plädoyer ist ein Plädoyer für den *Abschied von der im EMRK-Kontext tradierten Fiktion einer Waffengleichheit auf der EU-Ebene*. Die Straßburger Fiktion orientiert sich – in ihrem historischen Zusammenhang folgerichtig – oft nur am Minimalkonsens und ist naturgemäß darauf ausgerichtet, beiden Seiten in einem nationalen Strafverfahren im je-

<sup>66</sup> Art. 52 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta: »Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.«

<sup>67</sup> Vgl. dazu etwa Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 47 Rn. 34; Winkler (Fn. 10), S. 478 f.

<sup>68</sup> Braun StV 2003, 580; Schünemann GA 2004, 193.

<sup>69</sup> Klip, European Criminal Law, 2012; Gless, ZStW 116 (2004), 353. Vgl. etwa die kritische Diskussion in Martti Koskeniemi, Humanity, 2010, S. 47 ff.

<sup>71</sup> Jarass, Charta der EU-Grundrechte, 2010, Art. 51 Rn. 49 ff.; Suerbaum EuR 2003, 390.

<sup>72</sup> Vgl. zu dieser Diskussion aus EMRK-Sicht: Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2009, § 2 Rn. 24; Grabenwarter Pabel, EMRK, 5. Aufl. 2012, § 19 sowie mit Blick auf die EU Szczekall, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 549 ff.

<sup>73</sup> SEK(2001) 380/3.

<sup>74</sup> KOM/2005/0172 endg.

<sup>75</sup> Mitteilung der Kommission Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, KOM/2010/0573 endg.

<sup>76</sup> Aufz. zum Gender mainstreaming: Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 46. Lfg. 2011, Art. 8 EUV Rn. 11 ff.

<sup>77</sup> Zum Gender mainstreaming über die EU hinaus vgl. Büchler/Cottier, Legal Gender Studies, 2012, S. 231 ff.

<sup>78</sup> Vgl. etwa: Ahlbrecht StV 2012, 491 (494 f.).

weiligen Einzelfall grundsätzlich eine reelle Chance einzuräumen. Das genügt im EU-Kontext nicht, denn die staatliche Strafverfolgung findet – als Folge einer immer engeren Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten – heute unter anderen Bedingungen statt als zu jener Zeit, als die EMRK unterzeichnet wurde. Deshalb bedarf es eines neuen EU-Ansatzes von Waffengleichheit, der parallel zum Ausbau eines europäischen Strafvollstreckungsraumes, immer den

adäquaten Ausbau einer europäischen Strafverteidigung verfolgt.<sup>79</sup> »Waffengleichheit« bedeutet dabei auch hier keineswegs, dass die Gegner gleich schwer beschuldert, bewaffnet, begüttert werden müssen. Entscheidend ist, dass sie unter den gegebenen Bedingungen beide eine realistische Chance haben, zu gewinnen.

<sup>79</sup> Vgl. auch Ahlbrecht StV 2012, 491; Gless StV 2010, 402 f.

## Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse

Rechtsanwalt und Notar Axel Nagler, Essen<sup>1</sup>

### A. Einleitung

Sowohl die Globalisierung als auch die Internationalisierung des »Krieges gegen den Terror«, aber auch die Implementierung einer internationalen Strafjustiz und der Ausbau der justiziellen Zusammenarbeit in Europa sind einige der wesentlichen Ursachen dafür, dass vor den Gerichten der Bundesrepublik Deutschland immer häufiger und immer intensiver Sachverhalte verhandelt werden, die sich ganz, überwiegend, zumindest aber teilweise im Ausland abgespielt haben (sollen). Regelmäßig sind diese Sachverhalte nur aufzuklären mit Hilfe von im Ausland gewonnenen Ermittlungsergebnissen, seien es Vernehmungen von Zeugen, Erkenntnissen aus ausländischen verdeckten Ermittlungsmethoden, Dokumenten, Gutachten ausländischer Sachverständiger oder deutscher Sachverständiger über ausländische Sachverhalte u.v.a.m. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit einigen der Probleme, die in derartigen Verfahren regelmäßig auftreten; wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit können nur grundsätzliche Fragen der Verwertbarkeit von im Ausland gewonnenen Beweisen, Fragen der (Un-)Verwertbarkeit von Aussagen im Ausland vernommenen Zeugen gem. § 136a StPO sowie Fragen des Beweisantragsrechts im Hinblick auf Zeugen erörtert werden, die ihren Wohnsitz im Ausland haben. Die Aktualität der Probleme und ihre tägliche praktische Relevanz zwingen aber dazu, sich mit der Thematik fortlaufend weiter- und tiefergehend auseinanderzusetzen.

### B. Beispielhafte Fälle

Zu Beginn seien beispielhaft ein paar Strafverfahren willkürlich herausgegriffen, die in den letzten Jahren in der Bundesrepublik Deutschland geführt wurden oder noch werden und in denen die genannten Verfahrensprobleme eine entscheidende Rolle spielen oder spielen:

I. In den Jahren 2006 und 2007 wurde vor dem OLG Düsseldorf unter anderem gegen einen arabischstämmigen Mann verhandelt, dem Mitgliedschaft in Al Qaida vorgeworfen wurde.<sup>2</sup> Die Erkenntnisse dazu stammten aus einer Wohnraumüberwachung, mit der Erzählungen des Angeklagten aufgezeichnet worden waren, in denen er Freunden und Glaubensbrüdern berichtet hatte, er sei zu früherer Zeit in einem Ausbildungslager von Al Qaida zum Mujahid ausgebildet worden und habe sich im Oktober/November 2001 in Afghanistan und Pakistan aufgehalten, wo er mit *Bin Laden* unter anderem in Tora Bora gekämpft habe. Dass dieser

Angeklagte auch von Engeln berichtet, die vom Himmel herunter gestiegen und in die Kämpfe eingegriffen hätten, dass er mit *Bin Laden* im Bombenhagel der US-Luftwaffe gebrillt und gelacht habe und von Spinnen erzählte, die so groß seien wie Schafe und die von den Mujahedin in die amerikanischen Panzer geworfen würden, wo sie die US-amerikanischen Soldaten auffressen, irritierte das *Gericht* bei der Beurteilung dieser Erzählungen als wahr ebenso wenig wie die Tatsache, dass das psychiatrisch/psychologische Gutachten dem Angeklagten erhebliche Persönlichkeitsdefizite, insbesondere ein gesteigertes Geltungsbedürfnis attestierte, das ihn dazu treibe, sich selbst als bedeutender darzustellen, als er sei und dass die Gutachter das *Gericht* darauf hinwiesen, dass alles, was dieser Angeklagte seinen Freunden in seiner Wohnung oder sonst wo erzählt hatte, mit ganz besonderer Sorgfalt auf den Wahrheitsgehalt überprüft werden müsse. Beweisanträge der Verteidigung, die dahin gingen, mit Hilfe zahlreicher Zeugen zu beweisen, dass der Angeklagte sich im September bis November 2001 – und darüber hinaus bis April 2002 – keineswegs in Afghanistan, Pakistan oder sonst wo zusammen kämpfend mit *Bin Laden* aufgehalten habe, sondern vielmehr in seinem Heimatort in Syrien war und dort versucht hatte, seine Jugendliebe für sich zurückzugewinnen und die Familie besucht hatte, wurden vom *Gericht* unter Zuhilfenahme der Beweisantizipation zurückgewiesen, da der Angeklagte selbst in der Wohnraumüberwachung von seinem Aufenthalt in Afghanistan/Pakistan berichtet habe und im Übrigen die benannten Zeugen allesamt Verwandte seien (was nicht bei allen Zeugen zutraf), denen man entsprechende Angaben ohnehin nicht glauben werde. Da der Angeklagte auch davon berichtet hatte, er habe *Ramzi Binalshibh* so einfach mal zum Spaß öfter die Bastonade verabreicht und sei im Übrigen auch mit *Abu Zubaida* zusammengetroffen, wurden diese beiden hochrangigen Al Qaida-Mitglieder, die sich zum fraglichen Zeitpunkt in Guantanamo aufhielten und wohl noch immer aufzuhalten, gegenbeweislich benannt. Auch diese Beweisanträge wurden vom *Gericht* abgelehnt mit der Begründung, man werde solchen Zeugen, die wie der Angeklagte Mitglie-

<sup>1</sup> Überarbeitete Fassung des Vortrages, den Verf. am 14.09.2012 auf dem 5. EU-Strafrechtstag in Bonn gehalten hat.

<sup>2</sup> 2 BJs 57/04-8 GBA; das Verfahren ist nach einer Revisionsentscheidung BGHSt 54, 12 = StV 2009, 675, einer Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 130, 1 = StV 2012, 641) und einer erneuten Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH v. 12.04.2012, 3 StR 552/08 = JurionRS 2012, 14562 noch nicht abgeschlossen.