

RICHTERZEITUNG

Organ des Deutschen Richterbundes, Bund der Richterinnen und Richter,
Staatsanwältinnen und Staatsanwälte



Sonderdruck

Carl
Heymanns
Verlag



terdam: die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS).

1. Die Europäische Gemeinschaft/ OLAF

Die bisher das Europarecht dominierende, erste und älteste Säule der Europäischen Union, die Europäische Gemeinschaft, besitzt nach herrschender Meinung⁷ (auch nach In-Kraft-Treten des Art. 280 EUV Amsterdamer Fassung) noch keine eigene Kompetenz zur Strafverfolgung⁸. Die Europäische Gemeinschaft ermittelt zwar – durch ihr Amt zur Betrugsbekämpfung, genannt »OLAF«⁹ – wegen »Unregelmäßigkeiten«¹⁰ zu Lasten des finanziellen Budgets der EG. Sie tut dies jedoch nach offizieller Lesart lediglich in einem *administrativen* Verfahren¹¹.

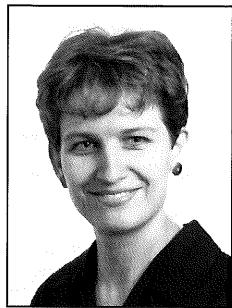
2. Schengen-Zusammenarbeit

Auch im Rahmen des – mittlerweile in der dritten Säule der Europäischen Union integrierten – Schengen-Verbundes gibt es keine *europäischen* Strafverfolgungsorgane: Die in der Schengen-Zusammenarbeit mögliche grenzüberschreitende

»... dass überall dem Gesetz ein Genüge geschehe«

– Justizielle Einbindung und Kontrolle des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens¹ –

Von
Dr. Sabine Gleß,
Freiburg/Br.



I. Einleitung

Die justizielle Einbindung und Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungen der Polizei ist bekanntlich eine Errungenschaft der reformierten Strafprozessordnungen des 19. Jahrhunderts. Sie findet ihr Pendant in der Justizierbarkeit von Maß-

des Rechtsstaates³. Entsprechend harsche Kritik hat die (aus deutscher Perspektive) fehlende justizielle Einbindung und Kontrolle des europäischen Polizeiamtes, Europol, erfahren, die bis zu dem Vergleich mit dem Zustand in Europa »unter Fouché und nach den Karlsbader Beschlüssen von 1819«⁴ reichte. Im Gegensatz zu diesen kritischen Äußerungen scheint die vorrangig gegenüber einer nicht-gerichtlichen Instanz bestehende Verantwortlichkeit von Europol in anderen Mitgliedstaaten eher akzeptiert zu sein. Das gibt Anlass, Funktion und Bedeutung justizieller Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungstätigkeit an dem Beispiel der Verantwortlichkeit einer europäischen Strafverfolgungsbehörde näher zu beleuchten.

Harsche Kritik hat die (aus deutscher Perspektive) fehlende justizielle Einbindung und Kontrolle des europäischen Polizeiamtes, Europol, erfahren

nahmen zur Gefahrenabwehr durch die Polizei, welche durch die verwaltungsinterne Kammerjustiz und schließlich durch eine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährleistet wurde². Beide Formen justizieller Kontrolle zählen wir in Deutschland heute zu den Grundfesten

II. »Europäische Strafverfolgung«

Dass eine europäische, von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten abgelöste Strafverfolgung überhaupt existiert, ist Folge der jüngsten Bemühungen um eine engere Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei der Bekämpfung bestimmter Formen von Kriminalität; den rechtlichen Rahmen für die Polizeikooperationen gibt dabei die sog. dritte Säule⁵ der Union⁶, die frühere Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBII), seit In-Kraft-Treten des EU-Vertrages von Ams-

1 Überarbeitete Fassung des Vortrages »Wer kontrolliert die Kontrollure? Justizielle Kontrolle europäischer Strafverfolgungsbehörden« anlässlich des 17. Deutschen Richtertages, 3.-5. 10. 1999.

2 Vgl. dazu BK-Schenke, Art. 19 Abs. 4 Rdrrn. 7 ff. (Loseblattsammlung, Stand: Dezember 1982) m. w. N.

3 Vgl. beispielsweise BVerfGE 88, 118 (123); Jarass/Pieroth, Art. 20 GG Rdrr. 66 b.

4 Voss, DRIZ 1997, A 105.

5 Zum dritten Pfeiler aufz. Pechstein/König, Die Europäische Union, Tübingen 1998, S. 179 ff.; Thun/Hohenstein, Der Vertrag von Amsterdam, Wien 1997, S. 40 ff.

6 Ausführlich zur Zusammenarbeit der EU-Staaten bei grenzüberschreitender Strafverfolgung: Gleß/Lüke, Jura 1998, 76 ff.

7 Dannecker, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 4.3: Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, Freiburg 1995, 2004; Grobenn/Thiesing/Ehlermann/Prieß, Art. 209 a EGV, Rdrr. 4 m. w. N.; Ligeti, in: 39 Acta Juicula Hungarica 1998, 58 f. Vgl. demgegenüber aber beispielsweise: Böse, Sankten und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln u. a. 1996, S. 94; Müller-Graff, in: Gullen/Gilmore, Crime sans frontières, 6 Hume Papers on public policy, no. 1 & 2, S. 108.

8 Zur Kompetenz der EG »administrative« Sanktionen zu verhängen, vgl. beispielsweise Dannecker, aaO (Fußn. 7), 2004; Böse aaO (Fussn. 7); S. 94.

9 Office de la Lutte Antifraude, VO 1073/99, Abl. L 136 vom 31. 5. 1999. Vgl. zu der Arbeit der Vorgängereinrichtung UCLAF: Kuhl/Spitzer, EuZW 1998, 43 ff.; Prieß/Spitzer, EuZW 1994, 302 ff.

10 Vgl. zu dieser Terminologie Art. 7 der VO (EG) 2185/96, Abl. L 292 vom 15. 11. 1996, 2.

11 Vgl. Art. 2 VO 1073/99, Abl. L 136 vom 31. 5. 1996, 1; Art. 1 VO 2185/96, Abl. L 292 vom 15. 11. 1996, 2. Kritisch dazu: Nelles, 109 ZStW (1997), 473 f.

Strafverfolgung obliegt den *zuständigen nationalen* Behörden, die auch keinen »europäischen Strafanpruch« geltend machen, sondern einen nationalen Strafanpruch durch die Wahrnehmung besonderer grenzüberschreitender Befugnisse sichern¹².

3. Europol

Es gibt deshalb derzeit nur eine unbestritten echte europäische Strafverfolgungsbehörde: die europäische Polizeibehörde Europol, welche ebenfalls in der intergouvernemental ausgestalteten dritten Säule der Europäischen Union angesiedelt und mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit versehen ist.

Die rechtliche Grundlage für die Arbeit von Europol wurde durch ein völkerrechtliches Übereinkommen geschaffen, das Europol-Übereinkommen vom

26. 7. 1995¹³. In Kraft getreten ist das Übereinkommen erst im Oktober 1998. Seine Arbeit hat Europol schließlich im Juli 1999 im niederländischen Den Haag in vollem Umfang aufgenommen¹⁴. Nach dem Europol-Übereinkommen von 1995 soll die europäische Polizeibehörde die Behörden der Mitgliedstaaten (und unter bestimmten Voraussetzungen auch Behörden von Drittstaaten¹⁵) bei der *Verhütung und Bekämpfung* bestimmter

Delikte durch die *Sammlung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten* unterstützen¹⁶. Die dafür notwendigen Eingangsdaten werden nicht von Europol selbst gesammelt, sondern von den mitgliedstaatlichen Behörden (bzw. auch von Drittstaaten oder -stellen¹⁷) angeliefert. Von Europol-Bediensteten werden sie in Informationsdateien gespeichert, in Arbeitsdateien analysiert und ferner durch eine Indexdatei aufgeschlüsselt. Europol wird also nach deutscher Terme-

nologie sowohl im *präventiven* als auch im *repressiven* Bereich tätig¹⁸. Es übt aber keine klassischen Zwangsbefugnisse aus, sondern nimmt lediglich sog. *Informationseingriffe* vor. Jedoch haben die Mitgliedstaaten, noch bevor das Übereinkommen von 1995 in Kraft getreten

Die Mitgliedstaaten haben vorgesehen, dass Europol künftig auch Kompetenzen in Zusammenhang mit operativen Aktionen eingeräumt werden sollen

ist, im EU-Vertrag von Amsterdam vorgesehen, dass Europol künftig auch Kompetenzen in Zusammenhang mit *operativen Aktionen* eingeräumt werden sollen¹⁹. Was darunter zu verstehen ist, definiert der Vertrag von Amsterdam nicht. Ein eindeutiger Inhalt lässt sich auch nicht aus anderen – sei es nationalen, sei es europäischen – Rechtsquellen herleiten.

III.

Kontrolle von Europol

»EUROPOL – außer Kontrolle«²⁰ titelte einer der ersten Artikel, der in dieser Zeitschrift der Kritik insbesondere über die fehlende justizielle²¹ Kontrolle von Europol Ausdruck gab.

1. »Justizielle Einbindung und Kontrolle«

Ist Europol tatsächlich außer Kontrolle? Diese Frage kann nur beantwortet werden, wenn zunächst die Vorfrage geklärt ist: Was bedeutet justizielle Kontrolle bzw. was soll justizielle Kontrolle nach den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten bzw. nach europäischem Recht gewährleisten²²?

Dass sich die *Anforderungen an eine »justizielle Kontrolle«* nicht nur zwischen verschiedenen Rechtsordnungen unterscheiden, sondern dass auch innerhalb

derselben Rechtsordnung ganz unterschiedliche Ansprüche an eine »justizielle Kontrolle« gelten können²³, wird zum einen beispielhaft deutlich an den Anforderungen, welche die deutsche Rechtsordnung an die justizielle Kontrolle einer quasi supra-nationalen Strafverfolgungsbehörde stellt: Denn gegenüber einer zwischenstaatlichen Einrichtung muss nicht derselbe Rechtsschutz gewährt werden, wie er durch Art. 19 Abs. 4 GG in Bezug auf polizeiliches Handeln gewährleistet wird²⁴, das auf deutsche Hoheitsgewalt zurückzuführen ist. Gefordert wird lediglich ein *vergleichbarer*

12 Ausf. zu den verschiedenen Aspekten der strafrechtlichen Schengen-Zusammenarbeit: Bäumler, CR 1994, 487; Grotz, StraFo 1995, 102; Harings, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, Berlin 1998, S. 63 ff.; Kattau, Strafverfolgung nach Wegfall der europäischen Grenzkontrollen, Pfaffenweiler 1993; Oberleitner, Schengen und Europol, Wien 1998; Scheller, JZ 1992, 905 ff.; Schomburg, StV 1997, 383; Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, Stuttgart u. a. 1997.

13 ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

14 Allerdings hat die Behörde in Den Haag bereits davor – in Form der sog. »EDU« (European Drug Unit) – in einem begrenzten Rahmen für den grenzüberschreitenden Austausch von Daten gesorgt. Vgl. dazu: Gleß/Lüke, Jura 1998, 75 ff.

15 Art. 18 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1 i. V. mit dem Rechtsakt des Rates vom 12. 3. 1999, ABl. C 88 vom 30. 3. 1999, 1.

16 Art. 1 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

17 Vgl. dazu den Rechtsakt des Rates vom 3. 11. 1998, ABl. Nr. C 26 vom 30. 1. 1999, 17.

18 Gleichwohl soll die Inanspruchnahme der europäischen Polizeibehörde den im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren tätig werdenden Justizbehörden vorbehalten bleiben, Tolmein, Europol, StV 1999, 109.

19 Zu möglichen Szenarien vgl. beispielsweise: Hölscheidt/Schotten, NJW 1999, 2851; Tolmein, Europol, StV 1999, 115. Jedoch regt sich gegen eine Erweiterung der Kompetenzen bereits Widerstand, vgl. beispielsweise Schneider, DPoBl. 1999, 6.

20 Prantl, DRIZ 1997, 234 ff.

21 Zur fehlenden parlamentarischen Kontrolle vgl. Waechter, ZRP 1996, 167 ff.; Baldus, ZRP 1997, 286 ff.; vgl. aber auch: Bull, DRIZ 1998, 36 f.

22 Diese Frage ist auch Gegenstand einer durch das Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen rechtsvergleichenden Studie, welche durch das Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, und das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg/Br., durchgeführt wird. Soweit im folgenden auf Regelungen ausländischer Strafprozessordnungen Bezug genommen wird, wurden die für die rechtsvergleichende Studie angefertigten vorläufigen Landesberichte zugrunde gelegt. Ich danke an dieser Stelle den LandesberichterstatterInnen: Holger Barth, Michele Cianello, Dr. Karin Cornils, Dr. Barbara Huber, Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Prof. Dr. Renzo Orlandi, Christiane Rabenstein, Bas van Riel, Ulrike Verch, Thomas Voss, Judith Wielens, Helge Elisabeth Zeitler und Dr. Ingeborg Zerbes.

23 Vgl. dazu: Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 1996, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 60.

24 Vgl. dazu Frowein/Krisch, JZ 1998, 592.

Rechtsschutz²⁵. Unser »deutscher Begriff« der justiziellen Kontrolle ist also in diesem Zusammenhang nicht nur deshalb nicht ausreichend, weil er nicht *allein* maßgeblich ist, sondern weil das Grundgesetz an den Rechtsschutz gegen supra-nationale Maßnahmen nicht dieselben Anforderungen stellt wie an den gegenüber Akten deutscher Organe. Dass dies grundsätzlich auch für Maßnahmen in der dritten Säule der Europäischen Union gilt, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil klar gestellt²⁶. Die Abhängigkeit des Begriffes der justiziellen Kontrolle von seinem Bezugsgegenstand wird zum anderen deutlich an den Anforderungen, welche die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten an die Verantwortlichkeit einer Strafverfolgungsbehörde stellen, deren einzige Kompetenz in der Sammlung und dem Abgleich von Daten liegt. Solange Europol »lediglich« Befugnisse zur Informationssammlung, -verarbeitung und -weitergabe, und keine »echten« Zwangsbefugnisse ausübt, bleibt fraglich, ob die überwiegende Zahl der EU-Mitgliedstaaten eine justizielle Kontrolle verlangen würde, die den Anforderungen entspricht, die sie üblicherweise an die Überprüfung strafprozessualer Eingriffe stellen; das gilt regelmäßig selbst dann, wenn sie ein dem deutschen Recht auf informationelle Selbstbestimmung entsprechendes Rechtsinstitut kennen²⁷.

a) Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten

aa) Deutschland

In Deutschland unterliegt die strafrechtliche Ermittlungstätigkeit der Polizei, soweit sie in die Rechte des Einzelnen eingreift, prinzipiell einer doppelten justiziellen Überprüfung: *erstens*, der Sachleitungsbefugnis der mit der Strafverfolgung primär betrauten Justizbehörde, *zweitens* einer (vorherigen oder nachfolgenden) richterlichen Überprüfung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen²⁸.

Dieses Konzept der »justiziellen Einbindung« und »justiziellen Kontrolle« ist bekanntlich historisch bedingt: Durch die Reform der Strafprozessordnungen im 19. Jahrhundert²⁹ sollte das strafrechtliche Ermittlungsverfahren³⁰ insbesondere dadurch in die Hände der Justiz gelegt werden, dass die Staatsanwaltschaft als Justizbehörde die Herrschaft über die Voruntersuchung und damit auch die Weisungskompetenz über die Polizei in diesem Bereich erhielt³¹. Dadurch sollte sie unter anderem auch in die Lage versetzt werden, von Anfang an die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Strafverfol-

- einen gesetzlichen³⁵, unabhängigen³⁶, »neutralen«³⁷ und qualifizierten³⁸ Richter;
- die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs³⁹;
- bestimmte Anforderungen an das Prozedere bzw. die Verfahrensgarantien⁴⁰.

Durch diese verfassungsrechtlichen Anforderungen finden wir in Deutschland insgesamt ein hohes Niveau gerichtlicher Kontrolle der Polizei bei der Strafverfolgung. In Kombination mit dem deutschen Verständnis eines »Rechts auf informationelle Selbstbestimmung«, nach dem der Einzelne grundsätzlich selbst bestimmen darf, wann und innerhalb welcher Grenzen ein persönlicher Lebenssachverhalt offenbart wird⁴¹, erschien die derzeitige justizielle Kontrolle über Europol als unzureichend, wenn man den strengen Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG zugrunde legen müßte, der ja aber nur den Rechtsschutz gegen Akte deutscher Hoheitsgewalt regelt. Welche Einschränkungen diesbezüglich unter den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG bei der Einrichtung einer supra-nationalen Polizei hingenommen

In Deutschland unterliegt die strafrechtliche Ermittlungstätigkeit der Polizei, soweit sie in die Rechte des Einzelnen eingreift, prinzipiell einer doppelten justiziellen Überprüfung

gung zu überwachen. Bekanntlich sah und sieht die Praxis in weiten Bereichen – auch heute – anders aus³².

Die *gerichtliche* Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungstätigkeit ist seit der Geltung des Grundgesetzes insbesondere durch die Justizgewährungspflicht und das Rechtsstaatsprinzip geprägt, die grundsätzlich in Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich abgesichert sind³³: Dieses Grundrecht eröffnet nicht nur formell den Weg zum Gericht, sondern garantiert auch eine bestimmte Ausgestaltung dieses Rechtsweges³⁴. Zu den dabei garantierten Erfordernissen gehört unter anderem die Wahrnehmung der Rechtsprechungsfunktion durch

25 BVerfGE 58, 1 (41 ff.); 73, 339 (376); ferner: Frowein/Krisch, JZ 1998, 592; Hailbronner, JZ 1998, 287 f.; M/D/H-Schmidt-Abmann, Art. 19 IV GG Rdnrr. 47 f.

26 BVerfGE 89, 155 (174 ff.).

27 Vgl. dazu: Frowein/Krisch, JZ 1998, 589 m. w. N.

28 Dazu auf: Schmidt-Abmann, HdBstR I, § 24 Rdnrr. 72.

29 Vgl. dazu ausführlich: Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, § 287 f. (S. 322 ff.), 3. Aufl., Göttingen 1965; Görgen, ZRP 1976, 59 ff.; Wagner, JZ 1974, 212 ff.

30 Nach dem *Vorbild der «police judiciaire» des französischen code d'instruction criminelle*.

31 Eb. Schmidt, aaO (s. o. Fußn. 29), § 289 (S. 330); Görgen, ZRP 1976, 60; Wagner, JZ 1974, 212 f.

32 Anschaulich zur Situation in der Mitte des 19. Jahrhunderts: Rüping, GA 1992, 155 f.

33 Zur Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Justizgewährungspflicht: Schmidt-Abmann, HdBstR I, § 24 Rdnrr. 71.

34 BVerfGE 11, 232 (233); 49, 329 (340); Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rdnrr. 174; BK-Schenke, Art. 19 Abs. 4 Rdnrr. 39 f.

35 Schmidt-Abmann, HdBstR I, § 24 Rdnrr. 74.

36 Schmidt-Abmann, HdBstR I, § 24 Rdnrr. 74, und Barbey, HdBstR III, § 74 Rdnrr. 30.

37 Barbey, HdBstR III, § 74 Rdnrr. 40 f.; Lorenz, der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973, S. 185 f.; BVerfGE 3, 377 (381), 4, 331 (346); 18, 241 (255); 21, 139 (146); 26, 141 (154); 67, 65 (68).

38 Barbey, HdBstR III, § 74 Rdnrr. 42; Lorenz, aaO (s. o. Fußn. 37), S. 220 f.

39 Schmidt-Abmann, HdBstR I, § 24 Rdnrr. 74.

40 Barbey, HdBstR III, § 74 Rdnrr. 50 ff.; Bauer, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie*, Berlin 1973, S. 87 ff.

41 BVerfGE 65, 1 (42); 78, 77 (84).

werden könnten, musste bisher nicht positiv formuliert werden⁴². In einschlägigen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht aber immer wieder die überragende Bedeutung, welche Art. 19 Abs. 4 GG für die gesamte deutsche Rechtsordnung zukommt, betont. Daraus hat es auch gefolgt, dass dies bei der organisatorischen und rechtlichen Ausgestaltung einer zwischenstaatlichen Einrichtung beachtet und deshalb der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt hinreichend Rechnung getragen werden müsse, damit ein *im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz* gewährleistet ist⁴³.

bb) Andere Mitgliedstaaten

Befragt man die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten danach, welche Anforderungen sie an die »justizielle Kontrolle« einer Strafverfolgungsbehörde stellen, so ist zunächst ganz grob zu unterscheiden zwischen den Staaten des Common Law, also Großbritannien (bzw. England, Wales und Schottland) sowie Irland einerseits, und den Rechtsordnungen kontinentaler Prägung andererseits.

(1) Kontinental geprägte Rechtsordnungen

In den kontinentalen Rechtsordnungen sind strafrechtliche Ermittlungen traditionell nicht Sache der Polizei, sondern einer Justizbehörde. Sie ist durch das Gesetz zur Erforschung belastender und entlastender Umstände gleichermaßen verpflichtet.

Die Justizbehörde kann grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens der er-

mittelnden Polizei Weisungen erteilen. Dieses System hat sich aber – bekanntermaßen – in der Praxis immer mehr dahin entwickelt, dass die Polizei eine Vielzahl von Verfahren zunächst ganz selbstständig ermittelt und sie erst dann den justiziellen Strafverfolgungsbehörden übergibt, sodass das Weisungsverhältnis in der Praxis meist nicht zum Tragen kommt. Aus diesem Grund hat Dänemark im Laufe der letzten beiden Jahrzehnte schrittweise das strafrechtliche Ermittlungsverfahren für weite Bereiche der Kriminalität grundsätzlich allein in die Hände der Polizei gelegt. Der jeweils zuständige Polizeipräsident hat die Sachleitung und Aufsicht inne; allerdings kann die Staatsanwaltschaft im Ausnahmefall weiterhin Weisungen erteilen. Ferner bedürfen in den kontinentalen Rechtsordnungen – und das gilt auch und gerade für Dänemark – Ermittlungsmaßnahmen, die einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Einzelnen darstel-

strafrechtliche Ermittlungen traditionell bei der Polizei. Dieser steht bei der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens ein weites Ermessen zu. Die Polizei ist – wie an anderer Stelle anschaulich

In den Rechtsordnungen des Common Law, beispielsweise in England und Wales, liegt die originäre Zuständigkeit für strafrechtliche Ermittlungen traditionell bei der Polizei

formuliert wurde⁴⁴ – »answerable to the law, and to the law alone«, also dem Gesetz, und nur dem Gesetz verantwortlich. Diese Weisungsfreiheit der Polizei setzt sich (nach dem Verständnis des Common Law) konsequent dadurch fort, dass auch Ermittlungsmaßnahmen, die einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Einzelnen darstellen, nicht prinzipiell der Legitimation eines justiziellen Organs bedürfen, sondern dass die Sanktionierung durch eine externe Behörde ausreichen kann. Allerdings darf trotz der Kürze diese Übersicht nicht vergessen werden zu erwähnen, dass (a) in diesen Rechtsordnungen andere Systeme zur Sicherung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungshandlungen vorgesehen sind, die regelmäßig erst nach Abschluss des Vorverfahrens eingreifen, und dass sich (b) in den letzten Jahren die Stimmen in Großbritannien gemehrt haben, die eine justizielle Kontrolle der polizeilichen Strafverfolgung fordern. Hintergrund dafür ist die Aufdeckung einer Reihe von Fehlurteilen, deren Hauptursache in der

In den kontinentalen Rechtsordnungen sind strafrechtliche Ermittlungen traditionell nicht Sache der Polizei, sondern einer Justizbehörde

len, regelmäßig der Legitimation eines justiziellen Organs. Solche Ermittlungseingriffe können grundsätzlich isoliert durch eine gerichtliche Instanz überprüft werden, wenngleich mit ganz unterschiedlicher Ausgestaltung im Detail. Inwieweit diese Regel aber auch für sog. bloße Informationseingriffe gilt, ist in den meisten Mitgliedstaaten noch nicht hinreichend geklärt.

(2) Rechtsordnungen des Common Law

In den Rechtsordnungen des Common Law, beispielsweise in England und Wales, liegt die originäre Zuständigkeit für

⁴² Vgl. dazu BVerfGE 58, 1 (40 ff.); 59, 63 (86); 73, 339 (376).

⁴³ BVerfGE 58, (40 f.); 59, 63 (86).

⁴⁴ Lord Denning in *R. v. The Commissioner of the Police of the Metropolis, ex parte Blackburn* (1968) 2 QB 118, 136.

zweifelhaften Qualität polizeilich ermittelter Beweise gesehen wird, und die Erkenntnis, dass diese Gefahrenquellen nicht allein durch nachträgliche Überprüfung durch den Crown Prosecution Service vor Aufnahme der Anklage bzw. durch richterliche Prüfung im Rahmen der Beweiszulassung und -präsentation in den Griff zu bekommen sind. Konkrete Ansätze der Einführung einer solchen Kontrolle fehlen allerdings bisher.

c) Kontrolle sog. Informations-eingriffe – neue Lösungsmodelle

Interessanterweise hat sich in den – traditionell ganz unterschiedlichen – Rechtsordnungen in den letzten Jahren ein ähnliches Modell einer neuen besonderen Form der »justiziellen« Kontrolle entwickelt: im Bereich der Überwachung des Einsatzes von neuen technischen Ermittlungsmaßnahmen.

So haben beispielsweise Frankreich, Österreich und Großbritannien unabhängige (Datenschutz-)Organe eingerichtet, welche in unterschiedlicher Form und institutioneller Anbindung die Rechtmäßigkeit insbesondere des automatisierten Datenabgleichs durch die Polizei überprüfen sollen. Eine parallele gerichtliche Kontrolle wird dadurch als überflüssig angesehen. Solche Modelle haben offensichtlich für die Gemeinsame Kontrollinstanz des Europol-Übereinkommens Pate gestanden.

Dieser Umriss lässt befürchten, dass sich ein einheitlicher Standard für eine justizielle Kontrolle über eine europäische Strafverfolgungsbehörde nicht festlegen lässt

d) Europäische Rechtsquellen

Dieser holzschnittartige Umriss des unterschiedlichen Verständnisses in den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten darüber, was justizielle Kontrolle soll

oder ist, lässt zunächst befürchten, dass sich ein einheitlicher Standard für eine justizielle Kontrolle über eine europäische Strafverfolgungsbehörde überhaupt nicht festlegen lässt. Jedoch gibt es neben bzw. über den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einheitliche europäische (Mindest-)Vorgaben für eine justizielle Kontrolle polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen:

aa) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Als europäische Rechts- bzw. Rechtserkenntnisquelle, welche Auskunft über die Anforderungen an eine justizielle Kontrolle über Europol geben kann, bietet sich zuvörderst die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 (EMRK)⁴⁵ an. Denn diese Konvention bindet, wenngleich nicht Europol⁴⁶ selbst, so doch die in Europol kooperierenden Staaten, und zwar auch dann, wenn diese durch eine Einrichtung im intergouvernementalen Bereich agieren⁴⁷: Eine solche Zusammenarbeit steht nur dann mit den Garantien der EMRK in Einklang, wenn diese innerhalb der Kooperation einen äquivalenten Schutz finden⁴⁸.

Für die Anforderungen an eine justizielle Kontrolle über Europol kommen Art. 13 und Art. 6 EMRK zentrale Bedeutung zu⁴⁹: Nach Art. 13 EMRK hat jede Person, die in »vertretbarer Weise« behauptet, dass eines ihrer durch die EMRK verbrieften Rechte verletzt wurde, den Anspruch, *wirksame* Beschwerde bei einer unabhängigen nationalen Instanz einzulegen. Durch das Tätigwerden von Europol könnten sowohl das durch Art. 8 EMRK

garantierte Recht auf Achtung der Privatsphäre sowie das durch Art. 6 EMRK garantierte Recht auf einen »fair trial« (und den vielen daraus folgenden Einzelrechten) verletzt werden.

Ob in einem Land eine Beschwerde *wirksam* im Sinne der EMRK eingelegt werden kann, lässt sich nicht anhand einer abstrakten Formel bestimmen, sondern nur nach Maßgabe von Kriterien, welche durch die Rechtsprechung des EuMRG bzw. die EuMRKommission in Straßburg entwickelt wurden: Wirksam ist eine Beschwerde zwar auch dann, wenn über sie durch eine *nicht-gerichtliche* Instanz entschieden wird⁵⁰, so sind selbst Kontrollorgane nicht ausgeschlossen, die in die Verwaltung eingegliedert sind⁵¹. Nicht ausreichend ist aber, wenn ein Organ als Richter über die eigene Sache erscheint⁵². Das ist beispielsweise nicht nur dann der Fall, wenn dieselbe Behörde, die den Ausgangsakt erlassen hat, über die Beschwerde entscheidet, sondern auch schon dann, wenn die Prüfungsinstanz gegenüber der für die Maßnahme verantwortlichen Behörde nicht eine gewisse Distanz besitzt⁵³ und ihre Mitglieder deshalb keine ausreichende Gewähr für eine unparteiische Entscheidung bieten⁵⁴.

Das Recht auf einen fair trial gebietet es ferner, dass der Rechtsuchende nicht

45 BGBI. 1952 II S. 686, 953; 1968 II S. 1116, 1120; 1970 II S. 1315; 1972 II S. 105; 1989 II S. 546, 991; 1995 II S. 578.

46 Die EMRK kann schon deshalb nicht unmittelbar für Europol gelten, weil das Polizeiamt nicht Mitglied der Konvention ist. Jedoch verweist der EUV ausdrücklich auf die EMRK als Rechtserkenntnisquelle (Art. F und Art. K.2 EUV-Maastrichter Fassung und Art. 46 EUV – Amsterdamer Fassung).

47 EuGMR; NJW 1999, 1173, Rdnr. 67; Frowein, DÖV 1998, 806 (810); Pechstein, EuR 1999, 17].

48 EuGMR, NJW 1999, 1173, Rdnr. 67; EMRK, Entsch. vom 9. 2. 1990, DR 64, 138; Entsch. vom 10. 1. 1994, DR 76, 125; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl u. a. 1996, Einführung Rdnrs. 13 ff., Art. 1 Rdnr. 14.

49 Zur Bedeutung von Art. 6 EMRK für die Errichtung und Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Europol: Harings (s. o. Fußn. 12), 176 ff.

50 EGMR, EuGRZ 1984, 147 (153 – Silver); Schmidt-Abmann, in: Beyerlin u. a., FS für Bernhardt, S. 1293.

51 EGMR, Urteil vom 26. 3. 1987, Serie A Nr. 116, S. 22 ff. – Leander; Frowein/Peukert (s. o. Fußn. 36), Art. 13 f. Rdnrs. 3 ff.

52 EGMR, EuGRZ 1984, 147 (153 – Silver).

53 Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg, Strafprozeßordnung, 31. Lieferung, 1992, Art. 13 Rdnr. 15; Schmidt-Abmann, in: Beyerlin u. a., FS für Bernhardt, S. 1293.

54 EGMR, Urteil vom 28. 9. 1995, Serie A Nr. 326, S. 16 – Procola.

schon durch die formale Ausgestaltung des Verfahrens eine schwächere Stellung inne hat als die für den Hoheitsakt verantwortliche Verwaltung⁵⁵.

bb) Corpus Juris

Kein bindendes Recht, aber ein interessantes Indiz für einen allgemein akzeptierten Standard justizieller Kontrolle der Strafverfolgung gibt das sog. »Corpus Juris«: Unter diesem Titel haben einige nationale Strafrechtsexperten im Auftrag der Europäischen Kommission einen Entwurf für ein gesamteuropäisches Straf- und Strafverfahrensrecht vorgelegt, mit Hilfe dessen ein europaweit einheitlicher Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet werden soll⁵⁶.

Nach den Vorschlägen des Corpus Juris soll (in der ersten Säule der EU) eine zentrale und weisungsunabhängige Europäische Staatsanwaltschaft für die Ermittlungen wegen Beträgereien zu Lasten des EG-Haushalts zuständig sein⁵⁷. Für die Ermittlungshandlungen vor Ort soll sie sich der nationalen Polizei bedienen können, der gegenüber sie zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens weisungsbefugt ist.

Die Anordnung von Ermittlungseingriffen einer bestimmten Erheblichkeit bedürfte nach den im Corpus Juris vorgesehenen Regelungen zudem der vorherigen Genehmigung des »Richters im Ermittlungsverfahren« (juge des libertés)⁵⁸.

e) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis der Übersicht über den Begriff der justiziellen Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungstätigkeit in

»Europa« muss demnach festgehalten werden, dass – aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kein *einheitlicher* Begriff der justiziellen Kontrolle über strafrechtliche Ermittlungen gewonnen werden kann. Differenzen ergeben sich vor allem zwischen den kontinentalen Rechtsordnungen und dem Common Law, da erstere seit den Reformen des 19. Jahrhunderts strafrechtliche Ermittlungen der Polizei regelmäßig sowohl einer Justizbehörde als auch punktuell einer richterlichen Kontrolle unterstellen. Das Common Law kennt demgegenüber die weisungsfrei ermittelnde Polizei und will die Rechtmäßigkeit polizeilicher Strafverfolgung durch andere Sicherungen gewährleisten. Allerdings

Aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kann kein einheitlicher Begriff der justiziellen Kontrolle über strafrechtliche Ermittlungen gewonnen werden

deutet schon der »Corpus Juris«-Entwurf darauf hin, dass – selbst im Bereich des Strafverfahrensrechts – ein europäischer Konsens hergestellt werden kann. Diese Konsensfähigkeit gründet letztlich auf die EMRK, mit der die EU-Mitgliedstaaten verbindlich einen (Mindest-)Standard festgelegt haben, der als Untergrenze für einen Rechtsschutz angesehen werden kann, unterhalb dessen die EU-Staaten nicht operieren dürfen.

2. Kontrolle von Europol – de lege lata

Welcher Kontrolle untersteht Europol?

a) Ebene der PJZS / Gemeinsame Kontrollinstanz

Nach den Vorgaben des Europol-Übereinkommens von 1995 findet zum einen eine *interne Kontrolle* innerhalb der hierarchisch gegliederten Verwaltung

statt. Sie liegt vorrangig in den Händen des *Direktors von Europol*. Er unterliegt seinerseits der Aufsicht durch einen mit Vertretern der Mitgliedstaaten besetzten Verwaltungsrat⁵⁹.

Zum anderen sieht das Europol-Übereinkommen als primäre Einrichtung zur Sicherstellung einer *externen Kontrolle* der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung⁶⁰ eine weisungsunabhängige Datenschutz-Kommission vor, die sog. *Gemeinsame Kontrollinstanz*⁶¹. Sie ist besetzt mit je zwei Vertretern der sog. nationalen Kontrollinstanzen der Mitgliedstaaten⁶². Es muss sich dabei nicht um Juristen handeln.

Die Kontrollinstanz hat das Recht, von Europol Auskünfte zu verlangen, Einsicht in alle Unterlagen und Akten sowie Zugriff auf alle dort gespeicherten Daten zu nehmen, alle Diensträume zu betreten⁶³ und gegebenenfalls die Löschung unrechtmäßig gespeicherter Daten zu verlangen⁶⁴. Jede Privatperson kann die Gemeinsame Kontrollinstanz anrufen⁶⁵, um die Rechtmäßigkeit der Speicherung, Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sie betreffender Daten oder die Ablehnung

55 Frowein/Krisch, JZ 1998, 596 m. w. N.

56 Delmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* (mit einer Einführung von Ulrich Sieber), Köln u. a. 1998.

57 Art. 18 Corpus Juris.

58 Art. 25 Abs. 2 Corpus Juris.

59 Art. 28 Abs. 1 Nr. 12 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1; vgl. dazu: Kalk, DuD 1999, 443.

60 Sie kann dabei sowohl aus eigenem Entschluss wie auch auf Antrag tätig werden, vgl. Art. 1 der Geschäftsordnung der Gemeinsamen Kontrollinstanz, ABl. C 149 vom 28. 5. 1999, 1.

61 Ausf. dazu: Kalk, DuD 1999, 443.

62 In Deutschland handelt es sich dabei regelmäßig um Vertreter des Bundes- und eines Landesdatenschutzbeauftragten.

63 Art. 24 Abs. 2 Nr. 3 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

64 Art. 24 Abs. 2 Nr. 3 i. V. mit Art. 20 Abs. 4 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

65 Art. 19 Abs. 6 und 7 Europol-Übereinkommen und Art. 24 Abs. 4 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1. Auf dieses Beschwerderecht ist er im Antwortschreiben auf sein Auskunftsbegehren hinzuweisen (Art. 19 Abs. 6 Satz 1 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1).

eines Auskunftsersuchens über sie be treffende Daten überprüfen zu lassen. Über solche Individualbeschwerden entscheidet ein eigens dafür eingerichteter Beschwerdeausschuss. Kommt dieser Ausschuss zu dem Ergebnis, dass beispielsweise in einem bestimmten Fall einem Auskunftsersuchen stattzugeben ist, und verweigert Europol (oder ein Mitgliedstaat) trotzdem die Zulassung der Auskunftserteilung, so kann sich die Gemeinsame Kontrollinstanz darüber nur hinwegsetzen, wenn sich zwei Drittel ihrer Mitglieder dafür aussprechen⁶⁶. Eine durch den Beschwerdeausschuss der gemeinsamen Kontrollinstanz getroffene Entscheidung ist rechtskräftig⁶⁷, was nach allgemeiner Meinung bedeutet, dass ein gerichtliches Verfahren nicht mehr zulässig ist⁶⁸.

Die Kontrollinstanz nimmt ferner – neben ihrer Aufgabe als Beschwerdeinstanz für betroffene Bürger – auch Beratungsaufgaben zur Problemlösung innerhalb von Europol wahr, beispielsweise auch bei der Anlegung neuer Arbeitsdateien⁶⁹.

b) Nationale Ebene / Sachleitungsbe fungte Justizbehörden und Gerichte

In Bezug auf Europol kann eine justizielle Sachleitungsbefugnis der zuständigen nationalen Justizbehörden schon deshalb nicht mehr gegeben sein, weil die Europol-Bediensteten nach dem derzeit geltenden Übereinkommen »von keiner Regierung, Behörde, Organisation oder nicht Europol angehörenden Personen Weisungen entgegennehmen oder anfordern ...« dürfen⁷⁰. (Von dieser nicht umstrittenen Konzession an die europäische Ansiedlung abgesehen, steht ferner zu erwarten, dass auch die Stellung der nationalen Polizei[zentralen] gegenüber dem nationalen Justizapparat erneut dadurch gestärkt wird, dass Europol seine Daten und Erkenntnisse nicht direkt an die Justizbehörden, sondern über zentrale polizeiliche Stellen übermittelt⁷¹.)

Eine richterliche Kontrolle sieht das Europol-Übereinkommen nicht vor. Die nationalen Gerichte sind (jedenfalls zum derzeitigen Zeitpunkt⁷²) durch das – be-

Eine richterliche Kontrolle sieht das Europol-Übereinkommen nicht vor

reits in Art. 41 Europol-Übereinkommen vorgesehene – *Protokoll über die Vorrechte und Immunitäten für Europol, die Mitglieder der Organe, die stellvertretenden Direktoren und die Bediensteten von Europol vom 19. 6. 1997* (im folgenden: Immunitäts-Protokoll)⁷³ ausgeschlossen, was in Deutschland heftige Kritik hervorgerufen hat^{74, 75}:

Nach dem Immunitäts-Protokoll genießt das Personal von Europol Immunität gegenüber jeglicher Gerichtsbarkeit hinsichtlich der von ihnen zur Ausübung ihres Amtes erforderlichen Handlungen, »unbeschadet des Art. 32 [Europol-Übereinkommen]«⁷⁶ und mit »Ausnahmen« zivilrechtlicher Haftung⁷⁷. Welche Reich-

Nach dem Immunitäts-Protokoll genießt das Personal von Europol Immunität gegenüber jeglicher Gerichtsbarkeit hinsichtlich der von ihnen zur Ausübung ihres Amtes erforderlichen Handlungen

weite diese Immunität in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Europol-Agenten hat, wird derzeit in Deutschland kontrovers diskutiert⁷⁸:

Während die überwiegende Ansicht vertritt, dass jedenfalls eine Verletzung der »Verpflichtung zur Verschwiegenheit oder Geheimhaltung« ohne weiteres möglich ist, soll es nach einer anderen Ansicht vor einer strafrechtlichen Ahndung stets einer Immunitätsaufhebung bedürfen. Der deutsche Gesetzgeber jedenfalls hat der – nach überwiegender Meinung existierenden – Bresche in die Immunität durch Art. 2 § 8 Europol-Gesetz⁷⁹ Rechnung getragen: Danach kann grundsätzlich eine deutsche Strafverfolgung wegen Geheimnisverletzung erfolgen, allerdings nur wenn ein Strafantrag des Direktors von Europol vorliegt. Faktisch endet damit die Möglichkeit zur Strafverfolgung also sowohl in dem Falle, in dem eine gesonderte Immunitätsaufhebung (nach ganz überwiegender Meinung⁸⁰) nicht notwendig ist, als auch in dem Falle, in dem die Immunität aufgehoben werden müsste, bei dem Direktor von Europol, dessen Entscheidung – und auch insoweit herrscht Einigkeit⁸¹ – derzeit nicht justizierbar ist.

66 Art. 19 Abs. 7 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

67 Art. 24 Abs. 7 Satz 5 Europol-Übereinkommen, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

68 Frowein/Krisch, JZ 1998, 589, 591; Harings (s. o. Fussn. 12), S. 272.

69 Vgl. dazu: Art. 24 Abs. 3 Europol-Übereinkommen, ABl. C. 316 vom 27. 11. 1995, 1.

70 Art. 30 des Europol-Übereinkommens, ABl. C 316 vom 27. 11. 1995, 1.

71 In Deutschland fungiert das Bundeskriminalamt als zentrale polizeiliche Stelle.

72 Für den Fall einer Änderung der Ergänzung der Aufgaben von Europol sieht Art. 17 Abs. 2 Satz 2 des Immunitätsprotokolls vor, dass auch die Notwendigkeit einer Änderung des Immunitätsprotokolls überprüft, aber nicht notwendigerweise geändert wird, vgl. dazu: Voss, DRiZ 1998, 142.

73 Zur unterschiedlichen Beurteilung der Reichweite dieses Protokolls vgl. beispielsweise: Böse, NJW 1999, 2416; Frowein/Krisch, JZ 1998, 591; Hailbronner, JZ 1998, 283 ff.; Hölscheidt/Schotten, NJW 1999, 2852 f.; Nachbaur, KJ 1998, 234 ff.; Ostendorf, NJW 1997, 3420.

74 Bull, DRiZ 1998, 40; Frowein/Krisch, JZ 1998, 591; Gleß, Europarecht 1998, 749 ff.; Hölscheidt/Schotten, NJW 1999, 2852; Lisken, DRiZ 1998, 75; Nachbaur, KJ 1998, 231 (234 ff.); Ostendorf, NJW 1997, 3418 (3420); Voss, DRiZ 1997, 389.

75 Vgl. dagegen aber: Hailbronner, JZ 1998, 289.

76 Art. 8 Abs. 1 lit. a/Immunitäts-Protokoll, ABl. Nr. C 221 vom 19. 7. 1997, 1.

77 Art. 9 Immunitäts-Protokoll, ABl. Nr. C 221 vom 19. 7. 1997, 1.

78 Vgl. dazu: Böse, NJW 1999, 2416 m. w. N. in Fußn. 6 und Fußn. 17.

79 BGBl. 1997, II, 2150.

80 Vgl. bspw. Gleß, Europarecht 1998, 752 f.; 763; Hailbronner, JZ 1998, 285; Martínez Soria, VerwArch. 1998, 436.

81 Gleß, Europarecht 1998, 753; Hölscheidt/Schotten, NJW 1999, 2852 m. w. N.

gung⁸⁴, nicht etwa dem Individualrechts-schutz dienen. Ferner liegt dem Vorabentscheidungsprotokoll das sog. opt-in-Modell zugrunde, das heißt die Mitgliedstaaten können, müssen es aber nicht ratifizieren. Je nach dem ist in diesem Staat ein Rechtsweg zum EuGH eröffnet oder nicht⁸⁵. An der Gültigkeit des Europol-Übereinkommens in diesem Land ändert das nichts.

Eine andere Frage ist es, ob bzw. inwie-weit eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Tätigkeit von Europol durch die nationalen Strafgerichte im Rahmen der Vorbereitung bzw. Durchführung der Hauptverhandlung ausgeübt werden könnte, beispielsweise durch die Nicht-verwertung von Beweisen⁸². Diese Frage ist derzeit noch (a) ungeklärt und dürfte sich (b) in der Praxis regelmäßig nur in den wenigen Fällen stellen, in denen durch Europol gewonnene Erkenntnisse als »echte Beweise« und nicht nur als Er-mittlungsansätze genutzt werden.

c) Europäische Ebene / EuGH

Schon wegen der Reichweite des Immunitätsprotokolls kommt auch dem – das Europol-Übereinkommen ergänzenden – Protokoll betreffend die Auslegung des Europol-Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemein-schaften im Wege der Vorabentschei-dung⁸³, durch das die EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich einen Rechtsweg zum EuGH eröffnet haben, nur vergleichs-weise geringe Bedeutung zu: Der EuGH kann im Wege der Vorabentscheidung bekanntlich ja nur dann entscheiden, wenn ihm ein nationales Gericht eine entsprechende Auslegungsfrage zur Vor-abentscheidung vorlegt. Voraussetzung ist also, dass der nationale Rechtsweg eröffnet ist. Gerade dieses ist eben nur ausnahmsweise der Fall. Das Protokoll soll nach dem Willen der Vertragsstaaten vorrangig der Sicherung einer einheit-lichen Rechtsanwendung und -ausle-

3. Existiert eine ausreichende justizielle Kontrolle über Europol?

Ruft man noch einmal die mitgliedstaat-lichen und europäischen Vorgaben einer justiziellen Verantwortlichkeit für straf-rechtliche Ermittlungen in Erinnerung, so stellt sich die Frage: Ist die eben geschilderte Kontrolle über Europol ausrei-chend?

Aus Sicht des Common Law erscheint das Fehlen einer durch eine Justizbehörde bzw. ein Gericht ausgeübten Kontrolle gegenüber Europol zunächst unbedenklich, da die überwiegende Zahl der Ver-fahrenssicherungen dieses Strafprozes-

automatisierter Ermittlungsmethoden durch die Polizei gewählt.

Aus Sicht der EMRK sowie aus deutscher Sicht erscheint eine alleinige Prüfungs-kompetenz der Gemeinsamen Kontrollinstanz jedoch bedenklich, und zwar ins-besondere⁸⁶ aus drei Gründen:

a) Gemeinsame Kontrollinstanz und die Unparteilichkeit/Neutralität des Richters

Zweifelhaft ist zum Ersten die richter-liche Neutralität der Mitglieder der Gemeinsamen Kontrollinstanz⁸⁷, da sie durch die Beratung von Europol (beispielsweise bei der Einrichtung von Analysedateien⁸⁸) an wesentlichen Vorentscheidungen über die Rechtmäßigkeit von Datenspeicherungen etc. beteiligt sein können. (Dasselbe gilt im Übrigen auch im Hinblick auf ihre mögliche Ein-bindung in Entscheidungsprozesse in ihren heimatlichen Verwaltungen⁸⁹.)

Aus deutscher Sicht erscheint die alleinige Prüfungskompetenz der Gemeinsamen Kontrollinstanz bedenklich

ses erst nach Abschluss des Vorverfah-rens, mit der formalen Beschuldigung des Verdächtigen einsetzen.

Auch aus dem Blickwinkel anderer – wenngleich nicht aller – Mitgliedstaaten kann die derzeitige Ausgestaltung der Kontrolle über Europol noch mit einiger Gelassenheit betrachtet werden, obwohl sie selbst im Allgemeinen ein anderes Konzept der justiziellen Kontrolle straf-rechtlicher Ermittlungstätigkeit kennen; haben sie doch selbst die Überprüfung durch sog. unabhängige Datenschutz-kommissionen als Lösung des Dilemmas einer Kontrolle des Einsatzes *heimlicher*

82 Zum Zusammenhang zwischen dem Richtervorbehalt im straf-rechtlichen Ermittlungsverfahren und Beweisverwertungsverboten vgl. bspw.: Hilger, JR 1990, 488.

83 ABl. Nr. C 299 vom 9. 10. 1996, 1.

84 Art. 35 EUV Amsterdamer Fassung.

85 Lediglich Großbritannien hat das Protokoll nicht unterzeichnet. 86 Zweifelhaft ist ferner, ob die persönliche Unabhängigkeit der von den Mitgliedstaaten für fünf Jahre ernannten Mitglieder der Gemeinsamen Kontrollinstanz gewährleistet ist. Bisher wird diese nur durch eine gemeinsame Erklärung des Rates zu der Geschäftsordnung abgesichert, vgl. ABl. C 149 vom 28. 5. 1999, 15. Von einer Unabsetzbarkeit ging schon zuvor Harings aus (aaO, Fußn. 12), S. 324. Die funktionale Unabhängigkeit der Mitglieder der Gemeinsamen Kontrollinstanz wird durch Art. 24 Abs. 1 Satz 7 Europol-Übereinkommen gewährleistet. Danach dürfen sie »[b]ei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ... von keiner Behörde Weisungen entgegen nehmen.«

87 Zur sachbezogenen Unvereinbarkeit aus deutscher Sicht: Barbey, HdBSR III § 74 Rdnrn. 40 f.; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973, S. 185 f.; BVerfGE 3, 377 (381); 4, 331 (346); 18, 241 (255); 21, 139 (146); 26, 141 (154); 67, 65 (68).

88 Vgl. dazu: Art. 12 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 3 Europol-Übereinkommen. In der Geschäftsordnung der gemeinsamen Kontrollinstanz taucht diese Aufgabe allerdings nicht mehr auf (vgl. ABl. C 149 vom 28. 5. 1999, 1).

89 Frowein/Krisch, JZ 1998, 592; Petri, KritV 1998, 457; anders: Harings (s. o. Fußn. 12), S. 324 ff.

b) Gemeinsame Kontrollinstanz und das Prinzip der einfachen Mehrheitsentscheidung

Bedenklich ist zum Zweiten, dass sich die Gemeinsame Kontrollinstanz nach der im Europol-Übereinkommen niedergelegten Regelung über eine Ablehnung eines Auskunftsanspruches durch Europol oder einen Mitgliedstaat nicht mit einfacher Mehrheit, sondern nur mit einer Zwei-Dritt-Mehrheit hinwegsetzen kann⁹⁰.

Dadurch steht der Beschwerdeführer schon durch die formale Ausgestaltung des Verfahrens der Verwaltung nicht als gleiche Partei gegenüber. Denn ihm wird die Last aufgebürdet, die Richter erheblich mehr überzeugen zu müssen, um eine für ihn positive Entscheidung herbeizuführen, als dies von dem Hoheitsträger verlangt wird⁹¹.

Im deutschen Recht findet sich demgegenüber das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit nur für den Fall, dass *zum Schutz des Individuums* eine besondere Gewissheit des Richterkollegiums verlangt wird⁹².

c) Gemeinsame Kontrollinstanz und »der qualifizierte Richter«

Zweifelhaft ist ferner, ob das Erfordernis des »qualifizierten Richters« gewährleistet ist⁹³, da die Mitglieder der Gemeinsamen Kontrollinstanz keine juristische Ausbildung haben müssen, obwohl sie *rechtskräftig* über Individualbeschwerden entscheiden.

d) Zwischenergebnis

Selbst unter den eingeschränkten Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG ist deshalb zweifelhaft, ob ein ausreichender, also im Wesentlichen vergleichbarer (Grund-)Rechtsschutz gewährleistet ist, wenn – wie bei Europol – gegen einen grundrechtserheblichen Eingriff ein Rechtsweg gar nicht offensteht⁹⁴. Das gilt umso mehr mit Blick darauf, dass Europol personenbezogene Daten an einen

Staat außerhalb der Union übermitteln und sich dadurch faktisch einer Kontrolle durch den Betroffenen endgültig entziehen kann⁹⁵.

IV. Modelle für eine justizielle Kontrolle von Europol

Derzeit werden im Wesentlichen drei Grundmodelle vertreten, durch welche in Zukunft eine bessere justizielle Verantwortlichkeit von Europol gewährleistet werden könnte: *zum Ersten*, durch die

Derzeit werden im Wesentlichen drei Grundmodelle vertreten, durch welche in Zukunft eine bessere justizielle Verantwortlichkeit von Europol gewährleistet werden könnte

Gewährleistung einer justiziellen Kontrolle durch *nationale* (Clearing-)Stellen, beispielsweise Strafgerichte, also eine auf der Ebene der Mitgliedstaaten angesiedelte Kontrolle, die gleichzeitig ein europäisches Netz der zuständigen Stellen schafft⁹⁶, gegebenenfalls ergänzt mit einer zentralen Service-Stelle (»Euro-Just«⁹⁷); *zum Zweiten*, die Gewährleistung einer entsprechenden Kontrolle durch eine modifizierte, als justizielle Instanz ausgebauten »Gemeinsame Kontrollinstanz« als neues gerichtsähnliches Organ der dritten Säule der Europäischen Union; *zum Dritten*, die Gewährleistung einer justiziellen Kontrolle mittels einer neu einzurichtenden Europäischen Staatsanwaltschaft und einer Rechtswegeröffnung zum EuGH; damit würden Instanzen der Europäischen Gemeinschaft (also der ersten Säule der Union)

für die intergouvernementale »Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit« erschlossen. Welches dieser Modelle für eine Kontrolle von Europol am ehesten sachgerecht erscheint, hängt davon ab, welche Bedeutung man den entsprechenden Bedenken und Vorzügen beimisst:

1. Justizielle Kontrolle durch nationale Clearing-Stellen

Für den Vorschlag, die Kontrolle über Europol durch ein Netz nationaler Justizinstanzen zu gewährleisten, sprechen vor allem drei Erwägungen⁹⁸: *Erstens* würde dadurch endlich dem ständig fortschreitenden Ausbau der transnationalen polizeilichen Zusammenarbeit eine engere Vernetzung der Justiz der Mitgliedstaaten folgen⁹⁹; *zweitens* könnte durch ein solches Modell den Besonderheiten und Bedürfnissen der verschiedenen nationalen Strafverfahrensordnungen Rechnung getragen werden, und *drittens* bliebe die Kontrolle über die europäische Polizei in den Händen der Mitgliedstaaten.

Gegen den Vorschlag, die Kontrolle von Europol auf nationaler Ebene anzusiedeln, wird aber vor allem das Argument der größeren Effektivität eines grenzüberschreitend arbeitenden europäischen Strafverfolgungsorgans angeführt: Ein solches kann praktisch nicht mehr (jedenfalls nicht mehr ausschließlich) durch nationale Stellen kontrolliert werden, schon deshalb nicht, weil diese

90 Art. 19 Abs. 7 Unterabs. 3 Europol-Übereinkommen.

91 Eingehend dazu: Frowein/Krisch, JZ 1998, 593.

92 Wie beispielsweise für die Schuldfrage im Strafprozess, § 263 Abs. 1 StPO; vgl. ausf. dazu: Barbey, HdBStR III, § 74 Rdnr. 57 mit Beispielen.

93 Barbey, HdBStR III § 74 Rdnr. 42; Lorenz, aaO (Fußn. 37), S. 220 f.; vgl. auch Voss, DRiZ 1998, 141.

94 Vgl. dazu BVerfGE 58, 1 (41 ff.); 59, 63 (64); 73, 339 (376).

95 Vgl. Lisken, DRiZ 1998, 78; Weichert, DuD 1995, 453; ausf. zur Problematik der Datenübermittlung an Drittstaaten: Kalk, DuD 1999, 444 f.

96 Zum Aufbau eines »justiziellen Netzes« vgl. ABl. EG Nr. L 191 vom 7. 7. 1998, 4.

97 Schomburg, ZRP 1999, 237.

98 Schomburg, ZRP 1999, 237; Schmidt-Jortzig, ZEuS 1998, 14; vgl. auch die Bundesratsinitiative vor der Ratifikation des Europol-Übereinkommens, BT-Drucks. 13/7931, 54 ff.; Voss, DRiZ 1998, 141.

99 Vgl. oben Fußn. 96.

Form der Kontrolle langwierige Verfahrenswege erfordert, welche zu einer gänzlichen Blockade der Arbeit führen könnte. Ferner wäre zu befürchten, dass ein auf nationaler Ebene angesiedeltes Kontrollsyste m angesichts der vielfältigen Unterschiede der Rechtsordnungen einer so komplexen Regelung bedürfte, die in der Praxis zu einer faktischen Unkontrollierbarkeit von Europol führen könnte.

2. Justizielle Kontrolle durch eine modifizierte Gemeinsame Kontrollinstanz

Für einen »justiziellen Umbau« der bereits als Organ der dritten Säule installierten Gemeinsamen Kontrollinstanz spricht zum einen, dass damit eine harmonische Weiterentwicklung der bereits bestehenden Kontrollstruktur erreicht werden könnte. Zum anderen wäre eine Akzeptanz einer solchen Prüfungsinstanz jedenfalls in den Mitgliedstaaten

Von vielen wird die Idee favorisiert, eine Europäische Staatsanwaltschaft zur Sicherstellung der justiziellen Einbindung von Europol einzurichten und gleichzeitig den Rechtsweg zum EuGH zu eröffnen

gewährleistet, die diesen Weg selbst in ihren Rechtsordnungen für die Kontrolle heimlicher automatisierter Ermittlungen gewählt haben.

Allerdings fehlen bisher konkrete Pläne für eine entsprechende Umgestaltung der Kontrollinstanz; eine solche würde wohl auch schnell an ihre Grenzen geran-

ten, wenn die Befugnisse von Europol im exekutiven Bereich ausgebaut würden. Derzeit jedenfalls fehlt auch der notwendige politische Wille der Mitgliedstaaten für eine solche Reform.

3. Justizielle Kontrolle durch eine Europäische Staatsanwaltschaft bzw. den EuGH

Von vielen wird die Idee favorisiert (auch¹⁰⁰) in der dritten Säule der EU eine *Europäische Staatsanwaltschaft* zur Sicherstellung der justiziellen Einbindung von Europol einzurichten¹⁰¹ und gleichzeitig den Rechtsweg zum EuGH¹⁰² zu eröffnen¹⁰³.

Die Popularität dieser Idee hat ihren Grund wohl darin, dass sie an eine traditionelle Struktur der justiziellen Kontrolle polizeilicher Strafverfolgung in der Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten anknüpft¹⁰⁴, nämlich jenen mit einer Rechtsordnung kontinentaler Prägung. Die Einrichtung einer solchen Behörde erscheint damit als ein konsequenter Schritt nach der Errichtung von Europol. Denn durch eine europäische Staatsanwaltschaft wäre (wieder) gewährleistet, dass über den Einsatz von Strafverfolgungsressourcen durch eine Justizbehörde entschieden wird. Problematisch an diesem Lösungsmodell ist aber, dass sowohl für eine Europäische Staatsanwaltschaft als auch für den EuGH eine einheitliche gesamteuropäische Strafverfahrensordnung geschaffen werden müsste, die – in welcher Form auch immer – mit dem nationalen Strafprozess konkurrieren müsste. Ferner wäre mit dieser Lösung (erneut) ein Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten verbunden, gegen den sie sich bisher in Bezug auf solche Bestrebungen in der ersten Säule vehement gewehrt haben.

4. Jüngste Entwicklung

Insoweit konsequent haben die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten mit dem EU-Gipfel in Tampere am 15. und

16. 10. 1999 beschlossen, eine »EUROJUST-Stelle« einzurichten, in der von den einzelnen Mitgliedstaaten entsandte »Staatsanwälte, Richter oder Polizeibeamte mit gleichwertigen Befugnissen« zusammengeschlossen sind¹⁰⁵.

EUROJUST soll einerseits eine sachgerechte Koordinierung der nationalen Staatsanwaltschaften erleichtern und »strafrechtliche Ermittlungen in Fällen

Damit bleibt abzuwarten, ob EUROJUST in die Lage versetzt wird, einen Teil der notwendigen justiziellen Kontrolle von Europol zu gewährleisten

mit OK-Bezug – insbesondere auf der Grundlage von Europol-Analysen – unterstützen¹⁰⁶. Andererseits soll EUROJUST, insbesondere mit dem Ziel Rechts hilfeersuchen zu vereinfachen, mit dem bereits errichteten Justiziellen Netz¹⁰⁷ zusammenarbeiten¹⁰⁸. Über die konkrete Ausgestaltung der Verfahrensweise von EUROJUST, über die Rechte und Pflichten

¹⁰⁰ Vgl. dazu oben den »Corpus Juris«-Entwurf, der eine Europäische Staatsanwaltschaft für die erste Säule der EU vorsieht. Ob eine solche Behörde beide Funktionen wahrnehmen kann und soll, erscheint bisher ungeklärt.

¹⁰¹ Bull, DRiZ 1998, 41.

¹⁰² Die Möglichkeit, auch in der dritten Säule der EU dem Gemeinschaftsgericht in bestimmtem Umfang ein Prüfungsrecht einzuräumen, war bereits im Maastrichter Vertrag (Art. K. 3 lit. c) vorgesehen und ist im Amsterdamer Vertrag in Art. 35 geregelt.

¹⁰³ Böse, NJW 1999, 2417; Frowein/Krisch, JZ 1998, 589 f.

¹⁰⁴ Vgl. dazu auch: Ostendorf, NJW 1997, 3418; Prantl, DRiZ 1987, 235; Bull, DRiZ 1998, 3231 f.; Tolmein, Europol, StV 1999, 112; Gleß/Lüke, Jura 1998, 76 ff.

¹⁰⁵ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tampere, 15. und 16. 10. 1999, no. 46.

¹⁰⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tampere, 15. und 16. 10. 1999, no. 46.

¹⁰⁷ Vgl. dazu oben Fußn. 96.

¹⁰⁸ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tampere, 15. und 16. 10. 1999, no. 46.

der nationalen Staatsanwaltschaften bzw. Europol, etc. haben die Regierungen der Mitgliedstaaten noch nicht entschieden.

Damit bleibt abzuwarten, ob EUROJUST in die Lage versetzt wird, nicht nur durch verschiedene Funktionen eine effektivere Abwicklung grenzüberschreitender Strafverfolgung in Europa zu gewährleisten, sondern auch kriminalpolitische Entscheidungen der Mitgliedstaaten auf die EU-Ebene zu transponieren, und eben auch einen Teil der notwendigen justizielles Kontrolle von Europol zu gewährleisten. Gelänge dies, so würde das Amsterdamer Ziel eines europäischen »Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«¹⁰⁹ um einiges näher rücken.

V. Fazit

Denn – soweit ist man sich jedenfalls im kontinentalen Europa einig – nach Fouché und nach Außerkrafttreten der Karlsbader Beschlüsse zählt man die justizielles Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungen und insbesondere das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Exekutive zu den Grundprinzipien des Rechtsstaates¹¹⁰. Nach dem »Sündenfall Europol«¹¹¹ sollte die Forderung, welche die preußischen Minister v. Savigny und Uhden in ihrer Denkschrift zur Reform des Strafprozesses bereits 1846 formuliert haben, heute wieder als Wegweisung dienen, dass nämlich die Justiz »als Wächter[in] des Gesetzes befugt sein [muss], bei dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, dass überall dem Gesetz ein Genüge geschehe«¹¹².

Fortsetzung von S. 329

Vor dem Hintergrund der Überlegungen, das Rechtsmittelsystem insgesamt zu ändern, hat sich die Konferenz auch mit den Rechtsmitteln in Strafsachen befasst und einstimmig beschlossen:

Das geltende Rechtsmittelsystem in Strafsachen ist zwar auf den ersten Blick unausgewogen, weil es für die Fälle leichter und mittlerer Kriminalität mit Berufung und Revision zwei Rechtsmittel zur Verfügung stellt, für die schwere Kriminalität mit der Revision nur eines. In der Praxis erweist sich das geltende Rechtsmittelsystem jedoch als sehr effizient.

a) Es führt dazu, dass die Amtsgerichte zwischen 85 und 95 % ihrer Strafverfahren in kurzer Zeit rechtskräftig abschließen. In einem bürgernahen, auf das Wesentliche konzentrierte Verfahren kommen sie in diesen Fällen zu einem von allen Beteiligten akzeptierten Ergebnis. Eine Rechtsmittelreform, die Gefahr läuft, an diesem befriedigenden Ergebnis etwas zu ändern, ist abzulehnen. Es erscheint bedenklich, an die Stelle der Berufung ein Rechtsmittel neuer Art zu setzen, in dem die tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichts nur noch eingeschränkt überprüft werden können. Da-

von würden unerwünschte Rückwirkungen auf das Verfahren erster Instanz ausgehen. Dort müsste dann ähnlich aufwendig verhandelt werden wie derzeit vor den Strafkammern. Das würde die gerichtliche Ahndung der Tat verzögern, der Akzeptanz und Bürgernähe der Strafrechtspflege schaden und die Justiz unnötig belasten.

Berungsgericht sollte aus Gründen der Orts- und Bürgernähe das Landgericht bleiben. Damit kann dort, wo die Straftat begangen wurde, der Rechtsfrieden wiederhergestellt werden.

Grundsätzlich sollten die Berufungsurteile der Landgerichte auch zukünftig einer revisionsgerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können.

b) Für die Fälle schwerer Kriminalität, die zu den Landgerichten angeklagt werden, muss es dabei bleiben, dass als Rechtsmittel nur die Revision eröffnet ist. Die Revision hat sich in ihrer Handhabung durch den Bundesgerichtshof zu einem hocheffizienten Rechtsmittel entwickelt. Überlegungen, anstelle der Revision in diesen Fällen ein Rechtsmittel neuer Art (erweiterte Revision u. ä.) zu setzen, ist wie bei den entsprechenden Diskussionen der Vergangenheit eine Absage zu erteilen.

Eine ausgereifte Alternative zum gegenwärtigen Rechtsmittelsystem in Strafsachen ist nicht in Sicht. Die Vereinheitlichung der Rechtsmittelzüge darf kein Selbstzweck sein. Vielmehr müssen auch weiterhin die Anforderungen und Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes maßgeblich sein.

¹⁰⁹ Präambel des (Amsterdamer) Vertrages über die Europäische Union vom 2. 10. 1997, Hervorhebung durch Verf.

¹¹⁰ Vgl. dazu: EuGH, Sgl. 1986, 1651 (1681); 1987, 4097 (4117); EGMR, Urteil vom 16. 12. 1992, Serie A, Vol. 253, 30 ff. (Geouffre de la Pradelle); Schmidt-Assmann, in: Beyerlin u. a., FS für Bernhardt, S. 1283.

¹¹¹ Hölscheidt/Schotten, NJW 1999, 2854; Nachbaur, KJ 1998, 231.

¹¹² Zitiert nach Eb. Schmidt, aaO (s. o. Fußn. 29), § 289 (S. 330).