

# Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im Strafverfahren unter europäischem Einfluss

*Michael Kubiciel\**

## A. Einleitung

Nationales Strafverfahren unter europäischem Einfluss oder europäisches Strafverfahrensrecht – das sind zwar keine unerhörten Sätze und Begriffe mehr, wohl aber vergleichsweise junge. Denn noch vor rund einem Jahrzehnt bildete allein die „klassische“ zwischenstaatliche Rechtshilfe die europäische Dimension des Strafverfahrensrechts ab.<sup>1</sup> Im Übrigen galt die Durchführung des Strafverfahrens als Kehrseite des *staatlichen* Gewaltmonopols. Das Strafverfahrensrecht entprivatisiert soziale Konflikte, indem es ein Verfahren bereitstellt, mittels dessen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines *staatlichen* Strafanspruchs entschieden werden kann. *Thomas Hobbes* fand für diesen klassischen Zusammenhang zwischen der Friedenspflicht der Bürger und der Rechtsschutzgewährleistung des Staates die berühmten Worte: „Der Zweck des Gehorsams ist Schutz.“<sup>2</sup>

Indes beginnt sich die historisch gewachsene, begrifflich überformte Verbindung zwischen Staat und Strafverfahren aufzulösen. Zwar wird ein „echtes“ europäisches Strafverfahrensrecht frühestens mit der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA) entstehen, deren politische Realisierungschance jedoch ungewiss ist.<sup>3</sup> Unabhängig davon sind aber die nationalen Strafverfahrensrechtsordnungen schon heute einem erheblichen Veränderungs- und Anpassungsdruck ausgesetzt. Diesen bewirken sowohl die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und deren Implementierung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als auch die Rechtsset-

---

\* Prof. Dr. Michael Kubiciel, Universität zu Köln.

<sup>1</sup> So *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 3 Rn. 13.

<sup>2</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, 1970, 21. Kap., S. 197. S. *Kersting*, *Thomas Hobbes zur Einführung*, 2. Aufl. 2002, S. 156 f., S. 201 f.; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 118. Zur Wendung „Relation von Gehorsam und Schutz“ C. *Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre von Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag*, 1983, S. 113.

<sup>3</sup> *Esser*, *StV* 2014, 494 ff.; *Rheinbay*, *Die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, 2014; *Schramm*, *JZ* 2014, 749 ff.; *Zöller*, in: Böse (Hrsg.) *Europäisches Strafrecht*, *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 9, 2013, § 21 Rn. 102.

zungsaktivitäten der Europäischen Union (EU). Die von beiden europäischen Einflussphären ausgelösten Veränderungen des nationalen Strafverfahrensrechts sind bislang bloß punktueller Natur. Gleichwohl sollte man die Durchschlagskraft dieser „Punktierungen“ nicht unterschätzen. Hinter ihnen ist eine Dynamik am Werk, die auf eine weitgehende Annäherung von Standards und Grundsätzen der nationalen Strafverfahrensordnungen in Europa hinauslaufen könnte. Eine solche Annäherung ist – so lautet die erste These – aus tatsächlichen und normativen Gründen notwendig. Bei dieser Harmonisierung handelt es sich nicht nur um ein legitimes, sondern auch um ein erreichbares Ziel europäischer Rechtspolitik, da über die Angleichung des Strafverfahrensrechts unabhängig von der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Strafrechts zu entscheiden ist. Orientierung bei der Ausgestaltung des europäischen Verfahrensrechtes kann – dies ist die zweite These – auch ein Vergleich von Verfahrensstandards leisten. Dieser vermag gemeinsame Verfahrensprinzipien zu offenbaren, die wiederum die Grundlage für einen Set von Mindestregeln bilden können.

## B. Strafverfahrensrecht im europäischen Mehrebenensystem

### *I. Fehleinschätzungen und Wandlungen*

Am Beginn der Entwicklung eines europäisierten Strafverfahrensrechts standen Fehleinschätzungen. So waren sich Wissenschaft und Politik darin einig, dass die praktischen Wirkungen der EMRK gering bleiben werden. Anlässlich ihrer Ratifizierung hieß es gleichsam beruhigend: „In der täglichen Strafrechtspflege wird man sie kaum spüren.“<sup>4</sup> Nur „in wenigen und nicht sehr bedeutsamen Punkten“ ergebe sich die Notwendigkeit einer „gewissen Korrektur.“<sup>5</sup> Kein geringerer als *Hans-Heinrich Jescheck* meinte, die Konvention solle bestehendes nationales Recht nicht umgestalten, sondern festigen.<sup>5</sup> Auch in den Jahren danach ging man davon aus, dass die Strafprozessordnung (StPO) dem Beschuldigten mehr Rechte garantiere als die EMRK.<sup>6</sup> Die Richter in Straßburg, glaubte man in Deutschland, könnten im Zweifel mehr von der StPO und den Entscheidungen ihrer Karlsruher Kollegen lernen als diese von der EMRK. Diese kühne Annahme hat sich nicht bestätigt.

Denn die EMRK ist, wie *Vogler* bereits im Jahr 1970 erkannte, keine „bloße Programmklärung“, sondern stattet die Bürger mit unmittelbar wirksamen Rechten gegenüber ihren Staaten aus und weist daher ein erhebliches Potenzial

<sup>4</sup> v. *Weber*, ZStW 65 (1953), 334, 346; ähnlich BT-Drs. 1/3338, S. 5.

<sup>5</sup> *Jescheck*, NJW 1954, 783, 784.

<sup>6</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 3 Rn. 13.

zur Beeinflussung nationaler Strafverfahrensrechte auf.<sup>7</sup> Zunächst reagierte der deutsche Gesetzgeber auf die Inkraftsetzung der Konvention jedoch zurückhaltend. Bis zum Ende der 1980er Jahre passte er das Strafverfahrensrecht nur in wenigen Fällen unmittelbar an ihre Vorgaben an. So änderte er mit Verweis auf die in der EMRK garantierte Unschuldsvermutung eine Vorschrift der StPO, die eine Haftentschädigung davon abhängig machte, ob der Beschuldigte wegen erwiesener Unschuld oder „nur“ aus Mangel an Beweisen freigesprochen worden war.<sup>8</sup> In anderen Fällen prüfte der Gesetzgeber seine Reformvorhaben wenigstens auf ihre Konventionskonformität oder verwendete die Vorschriften der Konvention als Topoi in umfangreicheren kriminalpolitischen Abwägungen.<sup>9</sup> So wurden die Regeln zur Freiheitsentziehung in Art. 5 EMRK durchgängig als (zusätzliche) Erwägungsgesichtspunkte bei der Umgestaltung der Vorschriften über die Untersuchungshaft herangezogen; ferner hat der deutsche Gesetzgeber die getrennte Unterbringung von Straftätern und Untersuchungshäftlingen (auch) mit der von Art. 6 Abs. 2 EMRK gewährleisteten Unschuldsvermutung begründet.<sup>10</sup>

Seit den 1980er Jahren hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) seinen Druck auf die nationalen Strafverfahrensrechtsordnungen erhöht, seine Rücksichtnahme auf nationale Vorbehalte schrittweise zurückgenommen und sich damit emanzipiert.<sup>11</sup> Gerade auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechtes billigte er den Staaten – im Unterschied zum materiellen Strafrecht<sup>12</sup> – immer seltener den sogenannten „margin of appreciation“ zu.<sup>13</sup> Besonders sichtbar wird dies in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahr 2009. Einen Sicherungsverwahrten im Anschluss an eine Gesetzesänderung über die zunächst gesetzlich bestimmte Höchstgrenze von zehn Jahren hinaus zu inhaftieren, erachtete der EGMR als Verstoß gegen Art. 7 EMRK.<sup>14</sup> Dieser bestimmt u.a., dass keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte „Strafe“ verhängt werden dürfe. Den Einwand, das deutsche Strafrecht unterscheide streng zwischen einer Strafe und einer Sicherungsmaßregel,<sup>15</sup> ließ der Gerichtshof nicht gelten. Dabei ist diese Unterscheidung nicht lediglich terminologischer Natur, sondern trennt die auf die Tatschuld bezogene, d.h. primär retrospektive Strafe von einem an der gegenwärtigen und

<sup>7</sup> Vogler, ZStW 82 (1970), 743 ff. (Zitat auf S. 744).

<sup>8</sup> Dazu und zum Folgenden Kühbl, ZStW 100 (1988), 601, 614 f.

<sup>9</sup> Kühbl, ZStW 100 (1988), 601, 631 f.

<sup>10</sup> S. dazu Kühbl, ZStW 100 (1988), 601, 610 ff.

<sup>11</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 818.

<sup>12</sup> Am Beispiel der Inzest-Entscheidung *Kubicziel*, ZIS 2012, 282, 283 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Gaede, in: Böse (Fn. 3), § 3 Rn. 44; Hauck, in: Böse (Fn. 3), § 11 Rn. 3; Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 3 Rn. 17.

<sup>14</sup> EGMR NJW 2010, 2495, mit Anm. Eschelbach, NJW 2010, 2499 und Dörr, JuS 2010, 1121.

<sup>15</sup> BVerfG 109, 133, 173 ff.; Kinzig, NStZ 2010, 233, 237; Müller, StV 2010, 207, 208.

künftigen Gefährlichkeit ansetzenden Präventionsinstrument.<sup>16</sup> Dessen ungeachtet billigte der EGMR der Bundesrepublik keinen Gestaltungsspielraum für eine Verschärfung der Sicherungsmaßregel nach Begehung der Tat und erfolgter Verurteilung zu.<sup>17</sup>

Die Entscheidung ist nur ein Beispiel unter vielen für den Druck, den die EMRK inzwischen auf das deutsche Strafverfahrensrecht ausübt. Eine 2002 erschienene Dissertation korrigierte denn auch die Einschätzung, dass die EMRK für die Strafrechtspflege keine bedeutende Rolle spiele. Stattdessen betonte der Autor, *Robert Esser*, die „Katalysatorfunktion“ der EMRK<sup>18</sup> und bezeichnete darüber hinaus den Europarat als geeignete Institution, um die Harmonisierung der nationalen Strafverfahrensrechte voranzutreiben.<sup>19</sup> Das Potenzial der EU zur Harmonisierung des Strafverfahrensrechts in Europa hielt er hingegen für gering. Allenfalls die Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft könnte zur Entwicklung eines echten europäischen Strafverfahrensrechtes führen;<sup>20</sup> jenseits dessen bestünde auf der Ebene der EU kein Bedürfnis nach Angleichung des Strafverfahrensrechts.<sup>21</sup> Auch diese Einschätzung ist inzwischen überholt, weil das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und der Grundrechte-Charta (GrCh) die „Staatsverfassung“ der Bundesrepublik grundlegend verändert haben.

## II. Strafverfahrensrecht als „Seismograph der Staatsverfassung“

Nach einem berühmten, zunächst von *Hans-Joachim Rudolphi* geprägten und später von *Claus Roxin* übernommenen Wort ist das Strafverfahrensrecht ein Seismograph der Staatsverfassung.<sup>22</sup> Weil im Strafverfahren kollektive Sicherheitsinteressen mit individuellen Freiheitsinteressen „in nirgendwo sonst anzutreffender Schärfe“ kollidierten, spiegelte die Gestalt und Anwendung des Strafverfahrensrechts das allgemein gültige Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern: „Verschiebungen in der politischen Struktur (namentlich eine Veränderung des Staatsgefüges)“ führten daher auch zu Veränderungen des Strafverfahrensrechts.<sup>23</sup> Entscheidend ist danach nicht der Verfassungstext, sondern das politische Gefüge, die Staatsstruktur, kurz: die Verfassungswirk-

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 109, 133, 173 ff.; BVerfGE 105, 135, 153; BVerfG StV 2006, 574, 575; BVerfG NJW 2005, 2140, 2141. Dass das Wesen der Strafe in der „Vergeltung durch Zufügung eines Strafübels“ liege, wird betont in BVerfGE 22, 125, 132; 27, 36, 42.

<sup>17</sup> EGMR NJW 2010, 2495, 2499.

<sup>18</sup> *Esser* (Fn. 11), S. 45.

<sup>19</sup> Ebd., S. 43.

<sup>20</sup> Ebd., S. 37 f.

<sup>21</sup> Ebd., S. 40; deutlicher noch auf S. 35.

<sup>22</sup> *Rudolphi*, ZRP 1976, 165, 166; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 2 Rn. 1. Mit Bezug auf die Europäische Integration *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604 ff.

<sup>23</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 2 Rn. 1.

lichkeit.<sup>24</sup> Letztere hat sich mit dem Vertrag von Maastricht, spätestens aber mit dem Vertrag von Lissabon grundlegend verändert. Die Neukonfigurierung des Staatsgefüges durch diese Verträge besteht (mit *Habermas*) gesprochen darin, dass „sich die Mitgliedsstaaten, die ihr Gewaltmonopol behalten, dem supranationalen Recht (...) unterordnen (...)“<sup>25</sup> und sich die Einzelnen in der Rolle von Bürgern sowohl der Union wie ihres Mitgliedstaates wiederfinden.<sup>26</sup> Auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht übertragen heißt das: Mit der Gründung der Europäischen Union kommt den Bürgern über ihre Staatsbürgerschaft auch eine Unionsbürgerschaft zu; sie sind, anders gewendet, in ein hybrid staatlich-überstaatliches Mehrebenensystem eingebunden.<sup>27</sup> In diesem System haben die Mitgliedstaaten zwar ihr Recht zur Strafrechtsdurchsetzung nicht an die Europäische Union abgetreten, erkennen aber im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), insbesondere den Artt. 82, 83 AEUV, Rechtsetzungskompetenzen der EU auf diesen Feldern an. Das Strafverfahren, dem sich der Einzelne ausgesetzt sehen kann, wird also von zwei Institutionen, dem Staat und der EU, rechtlich ausgestaltet. Bis zu dieser Änderung waren europäische Harmonisierungsschritte nur im Wege der intergouvernementalen Zusammenarbeit möglich,<sup>28</sup> und das heißt: Der Staat blieb Herr über sein Strafverfahren.

Dieser Paradigmenwechsel im Straf- und Strafverfahrensrecht ist heftig umstritten. Kritiker monieren, hinter der Europäischen Union stünde kein Staatsvolk, das sich eine Verfassung geben und sich – von wem auch immer – demokratisch repräsentieren lassen könne.<sup>29</sup> Dass der Vertrag von Lissabon die Bedeutung des Europäischen Parlaments aufgewertet hat und die Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat als zusätzliche Legitimationsvermittler wirken,<sup>30</sup> lassen sie ebenso wenig gelten, wie sie die vom BVerfG in seiner Lissabon-Ent-

---

<sup>24</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 2 Rn. 7. Wenn das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das Strafverfahrensrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“ (BVerfGE 32, 373, 383) bezeichnet, trifft dies mithin in des Wortes doppelter Bedeutung zu.

<sup>25</sup> *Habermas*, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 39, S. 49.

<sup>26</sup> Ebd., S. 68.

<sup>27</sup> Dazu zuletzt *Meyer*, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen, 2012, S. 291 ff.; *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, 2014, S. 54 ff. (allgemeine Begriffsbestimmung), S. 486 ff., S. 499 ff. (Übertragung auf die Strafverfolgung).

<sup>28</sup> Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 11; *Esser*, Europäisches Strafrecht, 2014, § 1 Rn. 13 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 7 Rn. 6.

<sup>29</sup> BVerfGE 123, 267, 371 f.; *Braum*, ZIS 2009, 418, 421; *Lüderssen*, GA 2003, 71, 83 f.; *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 625; *Schünemann*, GA 2004, 193, 200.

<sup>30</sup> Dazu *Geiger*, in: ders., Khan, Kotzur (Hrsg.), EUV AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 14 EUV Rn. 1 f.; *Kluth*, in: Calliess, Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 14 EUV Rn. 43 f.; *Meyer* (Fn. 27), S. 653 ff.; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 57 f.; *Vogel*, in: Grabitz, Hilf, Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. Ergänzungslieferung 2014, Art. 83 AEUV Rn. 19 f.

scheidung festgeschriebenen Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages als Kompensation für das „demokratische Defizit“ der Europäischen Ebene anerkennen.<sup>31</sup> Die demokratische Legitimationskette, an der das Straf- und Strafverfahrensrecht hängt, darf nach ihrer Auffassung nicht dadurch ausgedünnt werden, dass man sie gleichsam bis zur supranationalen Ebene strecke. Denn im Strafverfahren, heißt es, werde der Einzelne der hoheitlichen Macht in einer Weise ausgesetzt, die nach einem Höchstmaß an demokratischer Teilhabe verlange. Weil die EU hinter diesem zurückbleibe, „müssen Strafverfahrensrecht und materielles Strafrecht die absolute Grenze hinsichtlich der Übertragung von Hoheitsrechten bilden.“<sup>32</sup> Konsequenterweise wird in der Etablierung eines Europäischen Strafrechts und der gegenwärtig diskutierten Implementierung einer Europäischen Staatsanwaltschaft ein „fundamentaler Legitimationsbruch“ gesehen.<sup>33</sup>

Diese Kritik an der Europäisierung des Strafrechts durch die EU lässt sich – was freilich selten geschieht<sup>34</sup> – auch auf die Rechtsprechung des EGMR übertragen: Zwar haben die Konventionsstaaten seiner Einrichtung und Arbeitsgrundlage – der EMRK – durch die Ratifizierung zugestimmt. Doch lässt sich bezweifeln, dass die parlamentarische Zustimmung zum Ratifizierungsgesetz durch den 1. Deutschen Bundestag auch mehr als ein halbes Jahrhundert später der Anwendung des „living instruments“<sup>35</sup> noch *demokratische* Legitimation zu verleihen vermag. Wohlgemerkt: Damit ist nicht gesagt, dass die Rechtsprechung des EGMR bloß formell rechtmäßig, nicht aber materiell legitim ist. Es soll aber angedeutet werden, dass die Legitimation der EMRK und ihrer Anwendung sich aus (anderen) Quellen als der parlamentarischen Ratifizierung der EMRK speisen kann und muss.

Tatsächlich befinden sich jene, die eine Europäisierung des Strafverfahrensrechts mit Verweis auf das demokratische Defizit der Rechtssetzungsverfahren in der EU ablehnen, inzwischen in einer Minderheitenposition. Dies zu Recht: Denn auch die Kritiker eines europäisierten Strafverfahrensrechts erkennen an, dass völkerrechtliche Übereinkommen mit strafrechtlichem oder strafprozessualen Inhalt Verbindlichkeit erlangen können, indem Staatenvertreter diese unterzeichnen und das Parlament ihnen zustimmt.<sup>36</sup> Wenn aber eine intergouvernementale Rechtsetzung auf dem Gebiet des Straf(verfahrens)rechts zulässig

<sup>31</sup> BVerfGE 123, 267, 407.

<sup>32</sup> *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 611 u. 626.

<sup>33</sup> *Noltenius*, in: Jakl, Brunhöber et al. (Hrsg.), *Recht und Frieden – Wozu Recht?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 140, 2014, S. 148, 158.

<sup>34</sup> BVerfGE 111, 307, 323; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15, 17 f.

<sup>35</sup> EGMR NJW 1979, 1089, 1090; *Gaede*, in: Gaede et al. (Hrsg.), *HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, 2008, S. 21, 27 ff.; *Vogler*, ZStW 89 (1977), 761; *Kühl*, ZStW 100 (1988), 601 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 625: „Nicht ausgeschlossen ist demgegenüber eine internationale (intergouvernementale) Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Staaten.“

ist, fragt sich, weshalb eine europäische Gesetzgebung *per se* illegitim sein soll, obgleich diese mit dem Europäischen Parlament, dem Staatenvertreter im Rat und dem nationalen Parlament gleich drei Legitimationsvermittler einbindet. Unabhängig davon gibt es auch nicht *die* parlamentarische Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten, sondern unterschiedliche historisch gewachsene Varianten derselben, so dass nicht klar ist, welchem nationalen Vorbild die europäische Rechtsetzung zu entsprechen hätte. Selbst wenn sich aber ein solches Vorbild fände, könnte es der Komplexität hybrid staatlich-überstaatlicher Mehrebenensysteme wie der EU, die eben kein Bundesstaat, sondern ein Staatenverbund ist, nicht gerecht werden. Vielmehr bedarf diese politische Realität einer eigenen Form der Rechtsetzung, die dem Prinzip demokratischer Selbstbestimmung Genüge tut.<sup>37</sup> Mit dem Lissabon-Vertrag ist dafür eine in den Mitgliedstaaten konsensfähige Form gefunden. Die Rede vom demokratischen Defizit ist mithin zu pauschal, als dass sie ein überzeugendes Argument gegen die Europäisierung des Strafverfahrensrechtes abgeben könnte.

### III. Europäischer Verfassungs- und Strafverfahrensverbund

Nicht nur die Regeln der Rechtsetzung innerhalb der EU haben sich verändert, auch das System der Grundrechtsgewährleistungen ist umgestaltet worden. In Art. 6 EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Zugleich gelten die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts. Das Verhältnis dieser drei Systeme mit Grundrechtsverbürgungen ist vielschichtig. Nach Auffassung des BVerfG sind die Urteile des EGMR lediglich im Rahmen einer „methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung“ zu berücksichtigen, was auf einen „weichen“ Anwendungsvorrang hinausläuft.<sup>38</sup> Gleichzeitig aber ordnet der für die Bundesrepublik verbindliche Art. 52 Abs. 3 GrCh an, dass die Rechte der Charta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, prinzipiell die Bedeutung und Tragweite haben sollen, die ihnen die Konvention und der EGMR verliehen haben.<sup>39</sup> Die europäischen Grundrechte gelten also mit konventionsgemäßigem Inhalt<sup>40</sup> und die Rechtsprechung des EGMR hat im Anwendungsbereich der GrCh eine mittelbare, aber „harte“ Bindungswirkung.

<sup>37</sup> S. auch *Kubiciel*, NStZ 2007, 136, 141; *ders.*, GA 2015, 61, 63; *Meyer* (Fn. 27), S. 709.

<sup>38</sup> BVerfGE 111, 307, 323 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 3 Rn. 16.

<sup>39</sup> Dazu *Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 29 ff.; *von Danwitz*, in: *Tettinger, Stern* (Hrsg.), Kölner Gemeinschafts-Kommentar Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 57; *Gaede* (Fn. 13), § 3 Rn. 28.

<sup>40</sup> Treffend *Eckstein*, ZIS 2013, 220, 222.

Der Konventionsinhalt bildet jedoch nur die Untergrenze für die Auslegung der GrCh. Daher ist es dem EuGH unbenommen, den Rechten der Charta einen über die EMKR hinausgehenden Aussagegehalt beizulegen,<sup>41</sup> der im weiten – siehe die „Fransson“-Entscheidung<sup>42</sup> – Anwendungsbereich der GrCh für die Mitgliedstaaten verbindlich ist. Solange eine inhaltliche Annäherung von GG, EMRK und GrCh ein Fernziel bleibt,<sup>43</sup> wird die Bestimmung der innerhalb des europäischen Verfassungsverbundes geltenden grundrechtlichen Vorgaben für Gesetzgeber und Rechtsanwender mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden bleiben.<sup>44</sup>

Für das Strafverfahrensrecht, das wegen seiner vielfältigen und teils intensiven Eingriffe in die Grundrechte als „angewandtes Verfassungsrecht“ bezeichnet wird,<sup>45</sup> ist diese Vielschichtigkeit von besonderer Bedeutung. Diese Bedeutung wird noch weiter zunehmen, je mehr sich die klassische (strafrechtliche) Rechtshilfe innerhalb der EU zu einem echten supranationalen „Verfahrensverbund“ auswächst.

## C. Europäischer Einfluss und Fragmentierung nationaler Mindeststandards im Strafverfahren

### I. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

Ein *door opener* zu diesem Verfahrensverbund ist der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV, der den „Eckstein“ für ein künftig aufzubauendes Europäisches Strafverfahrensrecht bildet,<sup>46</sup> beruht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen. Eine in einem Mitgliedstaat rechtmäßig ergangene justizielle Entscheidung ist in jedem anderen Mitgliedstaat als wirksam anzuerkennen,<sup>47</sup> ihrer Richtigkeit ist zu vertrauen.<sup>48</sup> Dies soll zu einem Abbau der im traditionellen System der Rechtshilfe vorgesehenen, zeitaufwändigen Prüfungsschritte führen.<sup>49</sup> Dieses Prinzip lag

<sup>41</sup> *Ambos* (Fn. 28), § 10 Rn. 107; *von Danwitz*, in: Tettinger, Stern (Fn. 39), Art. 52 Rn. 62.

<sup>42</sup> EuGH NJW 2013, 1415; mit Anm. *Eckstein*, ZIS 2013, 220; *Dannecker*, JZ 2013, 616; *Gooren*, NVwZ 2013, 564 und *Kingreen*, EuR 2013, 446. S. ferner *Safferling*, NStZ 2014, 545.

<sup>43</sup> Dazu *Thym*, JZ 2015, 53 ff.

<sup>44</sup> Dazu auch *Gaede* (Fn. 13), § 3 Rn. 10. Näher *Masing*, JZ 2015, 477 ff.; *Kingreen*, JZ 2013, 801 ff.

<sup>45</sup> BVerfGE 32, 373, 383.

<sup>46</sup> Treffend *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 82 AEUV Rn. 1.

<sup>47</sup> *Satzger* (Fn. 46), Art. 82 AEUV Rn. 9.

<sup>48</sup> *Kotzur*, in: Geiger, Khan, ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 82 AEUV Rn. 4.

<sup>49</sup> *Gleß*, in: Böse (Fn. 3), § 38 Rn. 1; *Satzger* (Fn. 46), Art. 82 AEUV Rn. 9.



bereits den Rahmenbeschlüssen über den Europäischen Haftbefehl<sup>50</sup> und der Europäischen Beweisordnung (RB-EBA) zugrunde und führt dazu, dass der Vollstreckungsstaat grundsätzlich zur Umsetzung des Haftbefehls- bzw. der Beweisordnung verpflichtet ist, ohne deren Voraussetzungen inhaltlich vollständig prüfen zu können.<sup>51</sup> Abgebaut werden damit jedoch nicht nur Verfahrenshindernisse in der Rechtshilfe. Reduziert wird nach Auffassung der Kritiker auch das Schutzniveau, da die Beschuldigtenrechte im Anordnungsstaat niedriger sein können als im Vollstreckungsstaat.<sup>52</sup> Weiter heißt es, Beweise ließen sich nicht wie Waren in „maximaler Verkehrsfähigkeit“ über Grenzen transportieren, solange das Beweisrechtsregime der Mitgliedstaaten divergiere.<sup>53</sup> Tatsächlich setzt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung das nationale Strafverfahrensrecht und deren Anwender unter Druck: Auf Anordnung eines anderen Staates sind auch dann Wohnungen zu durchsuchen und Gegenstände zu beschlagnahmen, wenn das eigene Verfahrensrecht derartige Grundrechtseingriffe in dem konkreten Fall nicht zugelassen hätte.

Die EU hat inzwischen auf die Kritik reagiert. An die Stelle des RB-EBA, der mangels Umsetzung in einer hinreichenden Zahl von Staaten keine praktische Wirkung entfaltet hat,<sup>54</sup> ist die 2014 verabschiedete Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL-EEA) getreten.<sup>55</sup> Für diese ist der RB-EBA zwar in gewisser Weise stilbildend gewesen,<sup>56</sup> doch enthält sie deutliche Einschränkungen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. So wird nicht nur allgemein auf die Achtung der Grundrechte hingewiesen (Art. 1 Abs. 4 RL-EEA), sondern auch ein neuartiger Ablehnungsgrund des Verstoßes gegen die Verpflichtungen nach Art. 6 EUV und der GrCh geschaffen (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL-EEA). Auf diese Weise wird die Einhaltung eines europäischen *ordre public* als Mindeststandard im europäisierten Strafverfahrensrecht verbürgt.<sup>57</sup>

Damit erscheint die Vereinheitlichung des den Beschuldigten schützenden Verfahrensrechts in den Staaten der EU nicht mehr nur rechtspolitisch wün-

<sup>50</sup> Umfassend dazu v. *Heintschel-Heinegg*, in: Sieber, Satzger, ders. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, § 37 Rn. 1, insbes. Rn. 50 ff. Zur Kritik vgl. *Allegrezza*, ZIS 2010, 569, 572 ff.; *Ambos*, ZIS 2010, 557, 559; *Heydenreich*, StV 2012, 439, 440 f.; *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 f.

<sup>51</sup> *Roger*, GA 2010, 27, 29.

<sup>52</sup> S. nur *Gleiß*, ZStW 115 (2003), 131, 146 ff.; *Leutheusser-Schnarrenberger*, StraFo 2007, 267, 269; *Satzger*, in: Schöch et al. (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 551, 557 f.

<sup>53</sup> *Gaede* (Fn. 13), § 3 Rn. 52.

<sup>54</sup> *Kubiciel*, in: *Ambos, König, Rackow* (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, 2014, 4. Hauptteil Rn. 375.

<sup>55</sup> Umfassend dazu *Böse*, ZIS 2014, 152 ff.; *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 ff.

<sup>56</sup> *Ambos* (Fn. 28), § 12 Rn. 69; *Esser* (Fn. 27), § 5 Rn. 20; *Gleiß*, in: Sieber, Satzger, v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 50), § 38 Rn. 8 ff., 84a ff.

<sup>57</sup> So *Böse*, ZIS 2014, 152, 154; *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143, 157 f.

schenswert.<sup>58</sup> Es ist vielmehr aus rechtspraktischen Gründen notwendig, den für die Nutzer einer europäischen Ermittlungsanordnung gültigen europäischen Mindeststandard zu bestimmen. Folglich stellt sich die Frage, wo dieser zu finden bzw. wie dieser zu ermitteln ist.

## *II. EGMR und das Recht auf ein faires Verfahren als normativer Weichmacher*

Der Blick richtet sich zunächst auf den EGMR, dem attestiert worden ist, ein Motor für die Entwicklung hin zu einem einheitlichen europäischen Grundrechtstandard mit Geltung auch und gerade für das Strafverfahrensrecht zu sein.<sup>59</sup> Er übe nicht nur repressive Kontrolle aus, aus seiner Entscheidungspraxis ließen sich auch zukunftsgerichtete Maßstäbe für die Fortentwicklung des nationalen Verfahrensrechtes ablesen.<sup>60</sup>

Bei allen Verdiensten des EGMR ist jedoch zu berücksichtigen, dass er stets einen konkreten Fall und eine einzelne Norm bzw. einzelne Normen eines einzelnen Staates prüft. Dieser Umstand schließt die Entwicklung eines kohärenten Systems übergreifend gültiger Standards für sämtliche oder zumindest die wichtigsten Grundrechtseingriffe im Strafverfahren aus. Deutlicher formuliert: Case law lässt bestenfalls eine Kasuistik zu, nicht aber die Bildung eines axiologisch einigermaßen geschlossenen Systems von Verfahrensstandards. Damit nicht genug: Nicht selten wird die Prüfung eines Einzelfalls von Billigkeitserwägungen geleitet, so dass nicht nur kein neues System entsteht, sondern auch bestehende Systeme aufgesprengt und fragmentiert werden. Dafür mag die bereits oben erwähnte Entscheidung zur Sicherungsverwahrung Pate stehen, jedenfalls aber der folgende Fall. Entschieden hat ihn zwar der Bundesgerichtshof, Entscheidungsgrundlage war aber das in Art. 20 Abs. 3 GG hineingelesene und von Art. 6 Abs. 1 EMRK ausdrücklich garantierte Recht auf ein faires Verfahren.<sup>61</sup> In dem Fall hatte die Staatsanwaltschaft auf Grundlage einer richterlichen Anordnung ein Besuchszimmer in einer Untersuchungshaftanstalt verwandt und die Gespräche des Tatverdächtigen mit seiner Ehefrau abgehört, weil sie auf belastende Aussagen hofften. Obgleich das Abhören zulässig war, stellte

<sup>58</sup> Vgl. Böse, in: Momsen, Bloy, Rackow (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, S. 233, S. 249 f.; Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl. 2012, § 12 Rn. 61, 64; Satzger, *StV* 2003, 137, 142; Kubiciel (Fn. 54), 4. Hauptteil Rn. 376.

<sup>59</sup> Esser (Fn. 11), S. 817; Jung, *GA* 2003, 191.

<sup>60</sup> Esser (Fn. 11), S. 819; anders Masing, *JZ* 2015, 477, 478 f.: Die Konvention sei kein „Instrument der Homogenisierung“.

<sup>61</sup> Dazu und zum Folgenden BGHSt 53, 294 ff., mit Anm. Hauck, *NSStZ* 2010, 17 ff.; v. Heintschel-Heinegg, *JA* 2009, 742 ff.; Engländer, *JZ* 2009, 1179 ff. Lesenswert, auch zu den Diskrepanzen zwischen der Begründung bei der mündlichen Urteilsverkündung und dem schriftlichen Urteil T. Walter, in: Roth (Hrsg.) *Europäisierung des Rechts*, 2010, S. 291 ff., S. 303.

der BGH die Frage, ob sich ein Beweisverwertungsverbot aus einem Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren ergebe, weil eine Situation geschaffen wurde, in der sich der Beschuldigte selbst belasten sollte. Den EGMR zitierend führte der BGH aus, dass ein Fairnessverstoß an den Umständen des Einzelfalls erkannt werden müsse.<sup>62</sup> Damit war einer billigkeitsorientierten Betrachtungsweise gewissermaßen die Tür geöffnet. Das Abhören „tangiere“ unverzichtbare Verfahrensgrundsätze; dass diese nicht in einer ein Beweisverwertungsverbot auslösenden Weise verletzt worden seien, sei, so der BGH, unerheblich.<sup>63</sup> Nach Auffassung des Senats sollen, zugespitzt formuliert, also mehrere Nicht-Verletzungen gegen Verfahrensgrundsätze zu einem Verstoß gegen das Fairnessgebot aufsummiert werden können. Diese Argumentation ist höchst bedenklich. Welcher Umgang mit einem Beschuldigtem „fair“ ist, hat die StPO mit ihren Beweiserhebungsregeln geregelt. Diese Regeln sind von den Ermittlungsbehörden eingehalten worden. Wer trotz der Regelkonformität des Abhörens in diesem Vorgehen der Staatsanwaltschaft gleichwohl ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren sieht, überspielt die eindeutige gesetzliche Grenzziehung zwischen verbotenen und zulässigen Methoden durch eine diffuse Gesamtschau, deren letztlich ausschlaggebenden Kriterien im Dunkeln bleiben.<sup>64</sup> Die Vorschrift wirkt, pointiert gesprochen, wie ein „normativer Weichmacher“<sup>65</sup>, der klare gesetzliche und systematische Grenzen auflöst. Dies zeigt deutlich, an welche Grenzen stößt, wer aus Judikaten des EGMR zu Normen wie dem Fairnessgebot einen europäischen Mindeststandard bzw. einen europäischen ord-public für Strafverfahren abzuleiten versucht.

### III. Gegenläufige Entwicklungen

Vergegenwärtigt man sich die größeren Entwicklungslinien auf der europäischen Ebene, werden zwei gegenläufige Tendenzen sichtbar: Zum einen gerät das nationale Strafverfahrensrecht unter Druck, weil der EGMR Einzelfälle auf die Kompatibilität mit der EMRK prüft und dort, wo notwendig, das Schutzniveau punktuell anhebt. Zum anderen führt das von der EU statuierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung dazu, dass nationale Verfahrensstandards unterlaufen und Strafverfolgungsbehörden gezwungen werden, Ermittlungsanordnungen zu vollstrecken, die ihnen in dem konkreten Fall selbst nicht zur Verfügung stünden. Hier wird das Schutzniveau im Vollstreckungsstaat also tendenziell *abgesenkt*. Eine Untergrenze für die Absenkung lässt sich – wie gesehen – aus der EMRK, deren Inhalt auch die Auslegung der Grundrechte-Charta präjudiziert, nicht, jedenfalls nicht trennscharf, bestimmen.

<sup>62</sup> BGHSt 53, 294, 305 mit Verweis auf EGMR StV 2003, 257, 259.

<sup>63</sup> BGHSt 53, 294, 305 f.

<sup>64</sup> Kritisch bereits T. Walter (Fn. 61), S. 306 ff.; Kubiciel/Stam, JA 2014, 512, 518 f.

<sup>65</sup> Voßkuhle, JuS 2004, 2, 4.

## D. Gemeinsame Standards als Voraussetzungen gegenseitiger Anerkennung

### I. Faktische und normative Notwendigkeit gemeinsamer Standards

Dabei sind gemeinsame europäische Mindeststandards für Strafverfahren aus faktischen und normativen Gründen unerlässlich. Die normative Notwendigkeit resultiert bereits aus der schlichten Tatsache, dass Richtlinien wie die RL-EEA einen solchen Mindeststandard voraussetzen und diese Richtlinien angewendet werden müssen. Ohne die Fixierung und Durchsetzung dieses Mindeststandards lassen sich die negativen Auswirkungen der gegenseitigen Anerkennung auf den Beschuldigten nicht einhegen.<sup>66</sup> Aber auch unabhängig davon widerspräche es der Selbstdarstellung und dem Selbstverständnis der EU, die Europäisierung des Strafverfahrens lediglich als Mittel zur Effektivierung der transnationalen Verbrechensbekämpfung zu begreifen und nationale Verfahrensstandards zu schleifen, wenn diese der zügigen Rechtshilfe im Wege stehen. Denn nach Art. 67 AEUV dient das Strafrecht der Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“ Das Strafverfahrensrecht kann daher kein bloßes Instrument zur Erreichung kriminalpolitischer Ziele sein, sondern muss einen Ausgleich zwischen den „Hochwertzielen“ Freiheit und Sicherheit finden.<sup>67</sup> Auch aus tatsächlichen Gründen ist ein Mindeststandard notwendig. Denn jede Form der grenzüberschreitenden Rechtshilfe lebt von wechselseitigem Vertrauen und gegenseitiger Akzeptanz der beteiligten Institutionen;<sup>68</sup> dies gilt erst recht, wenn sich diese Institutionen als Teile *eines* europäischen Verfahrensverbundes begreifen sollen. Ohne das Vertrauen, dass alle gemeinsamen Mindeststandards folgen, kann eine gegenseitige Akzeptanz aber nicht heranreifen.

### II. Grundlagen gemeinsamer Standards

Wie lassen sich gemeinsame Mindeststandards entwickeln? Es entspricht einer verbreiteten rechtspositivistischen Hintergrundüberzeugung, diese in der höchsten Normenordnung zu suchen. Aus der EMRK bzw. der Grundrechte-Charta lassen sich jedoch nur subjektive Rechte und objektive Werte ableiten; beide können aber aus sich heraus nicht vorgeben, wie Kollisionen von Beschuldigtenrechten und legitimen Strafverfolgungsinteressen konkret aufzulösen sind.<sup>69</sup> Es ist daher an der Rechtswissenschaft, die dem geschriebenen Recht

<sup>66</sup> Ähnlich Reinbacher (Fn. 27), S. 795.

<sup>67</sup> Kubiciel, ZIS 2010, 742, 744.

<sup>68</sup> Gleß (Fn. 49), § 38 Rn. 5; Satzger (Fn. 46), Art. 82 AEUV Rn. 9.

<sup>69</sup> Näher Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 64. Am Beispiel Kubiciel, JZ 2009, 600, 603 f. S. dazu auch Kasper, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 186 ff.

vorgelagerten strafprozessualen Prinzipien zu benennen, die bei der Angleichung des Strafrechtverfahrensrechts zu berücksichtigen sind.<sup>70</sup> Sichtbar machen könnte diese Prinzipien ein Rechtsvergleich, der nicht an Normen und ihren Funktionen<sup>71</sup> bzw. den „Kriminaljustizsystemen“<sup>72</sup> haftet. Bezieht man vielmehr in diesen Vergleich auch die Genese strafverfahrensrechtlicher Theorien und Prinzipien im 18. und 19. Jahrhundert mit ein, könnte ein paneuropäischer Traditionsbestand sichtbar werden,<sup>73</sup> der in einem europäischen Diskurs entstanden, in nationale Strafrechtssysteme eingeflossen und dort in unterschiedlicher Gestalt erhalten geblieben ist.<sup>74</sup> Dieser Traditionsbestand ist der gegenwärtige europäische *ordre public* und zugleich Keimzelle eines künftigen Europäischen Strafrechtverfahrensrechts. Aus ihm müssen dann, in einem weiteren Schritt, gemeinsame Antworten auf typische Verfahrensrechtsfragen abgeleitet werden können. Diese sind bislang erst in Ansätzen erkennbar.<sup>75</sup> Doch sollten zumindest für die wichtigsten Untersuchungsrechte von Staatsanwaltschaften und Polizei gleiche materielle und zumindest funktional ähnliche formelle Voraussetzungen festgelegt werden. Diese Regeln werden sich nicht (alle) aus paneuropäischen Prinzipien deduzieren lassen, sondern sind im europäischen Gesetzgebungsverfahren zu beschließen. Führt das Resultat dieser Harmonisierung aber zu einem Ausbau der Beschuldigtenrechte in Europa, ist sie nicht nur demokratisch, sondern auch grundrechtlich legitimiert. Nach meinem Dafürhalten liegt hier – nicht im materiellen Strafrecht – die Hauptaufgabe für die europäische Strafrechtspolitik. Daher: „Auf zur Vereinheitlichung des Strafrechtverfahrensrechts!“<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Dazu Gleß, ZStW 125 (2013), 573, 602 ff. Umfassende Untersuchung bei *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 412 ff. Dazu Satzger/Zimmermann, ZIS 2013, 406 ff.

<sup>71</sup> Dazu Fateh-Moghadam, in: Beck, Burchard, Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 52 ff.; Kubiciel, RW 2012, 212, 214 ff.

<sup>72</sup> Vogel, JZ 2012, 25, 30.

<sup>73</sup> Zum Zusammenhang von Strafrechtsvergleichung und Strafrechtsgeschichte Koch, in: Freund (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1483, S. 1498.

<sup>74</sup> So schon für das materielle europäische Strafrecht Kubiciel, JZ 2015, 64, 69.

<sup>75</sup> Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten im Strafverfahren, ABl C 295 v. 4.12.2009, S. 1. Krit. dazu Schönemann, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des Rechtsstaates, 2014, S. 320, S. 331 f. Zur Umsetzung der Richtlinien über Sprachmittlung und Information im Strafverfahren Christl, NStZ 2014, 376.

<sup>76</sup> Zu diesem Vokativ, der am Beginn der Diskussion um die Vereinheitlichung des Europäischen Strafrechts im 20. Jh. stand, Kubiciel, JZ 2015, 64, 66.