

## Europa – eine Herausforderung für die Strafverteidigung

von Prof. Dr. Sabine Gless, Basel

### A. Einleitung

Europa ist eine Herausforderung. Das haben schon die Götter des Olymp erfahren. Zeus mußte sich der Gestalt eines Stieres bedienen, um Europa zu entführen, und sie dann mit List vor der Aufmerksamkeit seiner eifersüchtigen Gattin Hera schützen. Wer Europa zu sich holt, fordert das Schicksal heraus. Europa verwirrt – nicht nur Zeus. Europa macht Angst – nicht nur Hera. Die Zeitschrift *Strafverteidiger* hat die Herausforderung Europa gleich erkannt: Schon das allererste Editorial im Jahr 1981 verglich die Situation der Strafverteidigung in Deutschland mit jener in Frankreich und England. Bereits im ersten Jahr veröffentlichte die Zeitschrift ein Urteil des *EuGH* in Luxemburg<sup>1</sup> und eine Entscheidung der EMRK.<sup>2</sup> Allerdings verliert Europa in der folgenden Dekade schon wieder an Sichtbarkeit: Im *Strafverteidiger* erschienen insgesamt weniger als zehn *EuGH*-Urteile und auch nur ebenso wenige Entscheidungen aus Straßburg. Als Europa schließlich zum Ende des folgenden Jahrzehnts als beständiges Thema im *Strafverteidiger* auftaucht, ist ihre Gestalt immer noch unkenntlich. Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger erkennen zwar das Potential, das in europäischen Verträgen steckt,<sup>3</sup> doch sie können kein eindeutiges Wesen identifizieren. Europa verwirrt. Es ist Zeit, rückblickend Bilanz zu ziehen: Was bedeutet Europa für die Strafverteidigung? Wann nützt Europa? Wann schadet Europa? Ferner gilt es, nach vorne zu blicken: Was bringt Europa der Strafverteidigung künftig?

### B. Nutzen europäischer Rechtsetzung und Rechtsprechung

Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern nützt das europäische Recht.

#### I. EMRK und EGMR

Das scheint heute allgemein anerkannt, soweit es um die EMRK geht. Fast schon vergessen ist die Zeit, in der in Deutschland der Glaube herrschte, die EMRK sei eigentlich nur »schmückendes Beiwerk«<sup>4</sup> und enthalte nichts, was nicht

ohnehin schon durch Regelungen der deutschen Strafprozeßordnung oder durch das Grundgesetz garantiert sei.<sup>5</sup> Korrigiert haben diese Fehlvorstellung<sup>6</sup> unter anderem Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR: Seit Inkrafttreten der EMRK im Jahr 1953 hat der EGMR in ca. 20 Verfahren mit strafprozessualen Streitigkeiten Deutschland wegen Verletzung der Menschenrechtskonvention verurteilt.<sup>7</sup> Durch die vergleichsweise geringe Anzahl solcher Verurteilungen darf man sich aber nicht über die Bedeutung der EMRK für das Strafverfahren täuschen lassen. Denn zum einen fehlen hier weitere Verfahren, die für den Strafprozeß ebenfalls von Bedeutung sind<sup>8</sup> ebenso wie die Fälle, die aufgrund eines Vergleichs o. ä. zurückgezogen wurden,<sup>9</sup> und außerdem ging es in den Verfahren nicht um Kleinigkeiten, sondern um gewichtige Fragen, zuletzt etwa in *M. gegen Deutschland*, als der EGMR das deutsche System nachträglicher lebenslanger Sicherungsverwahrung für menschenrechtswidrig erklärt hat.<sup>10</sup> Solche Entscheidungen sind

1 StV 1981, 274.

2 StV 1981, 379.

3 Weigend StV 2001, 63.

4 Dannecker FG 50 Jahre BGH, 2000, S. 339 (342): »Internationale Verzei- rung«; Schuska, Rechtsfolgen, S. 24 m. w. N.; Jung StV 1990, 514 m. w. N.

5 Vgl. etwa Jescheck NJW 1954, 783 (784 ff.); ähnlich noch Roxin, Strafver- fahrensrecht, 24. Aufl., § 3 Rn. 7, der die praktische Bedeutung der Gar- rantien der EMRK für das deutsche Strafprozeßrecht als relativ gering einschätzte, vgl. aber Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 3 Rn. 14 ff.

6 Dazu etwa Eisele JR 2004, 12; Kühne StV 2001, 73; Wohlers FS Rudolphi, 2004, S. 717; Weigend, StV 2000, 385; Warnking, Strafprozessuale Beweis- verbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Men- schenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2009, S. 393 ff.

7 Lambert Abdelgawad/Weber, The Reception Process in France and Ger- many, in: Keller/Stone Sweet (eds.), A Europe of Rights, New York 2008, S. 123 f.

8 Dazu: Esser, in: Ahlbrecht/Böhm/Esse/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Inter- nationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 23.

9 BMJ, Bericht über die Rechtsprechung des EGMR vom Juni 2009, S. 2.

10 EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009 – *M. J. Deutschland*. Dazu: Müller StV 2010, 207; Kinzig NStZ 2010, 233; aus französischer Sicht: Leblois-Happe Actualité Juridique Pénal Dalloz (AJPénal) 2010, 129; aus Schweizer Sicht: Roth forumpenale 2009, 175.

der Grund für die positive Haltung der Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger gegenüber der Straßburger Rechtsprechung.<sup>11</sup> Sie haben erfahren, daß (a) die deutsche Rechtsordnung weder das für die Strafverteidigung in allen Punkten beste noch das allein verbindliche Referenzsystem ist, und (b) daß die deutsche Rechtsprechung nicht immer das letzte Wort hat.

Seither hat der EGMR über Art. 6 Abs. 3 lit. b und c europäische Standards für eine ausreichende Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung, das Recht auf eine effektive Verteidigung (auch durch Wahlverteidigung<sup>12</sup>) oder unentgeltlichen Beistand eines Verteidigers<sup>13</sup> geschaffen. Es hat verschiedenste Einzelaspekte der Garantie einer wirksamen und effektiven Verteidigung (»benefit of a practical and effective defence«) behandelt – bis hin zur Pflicht staatlicher Stellen zum Einschreiten gegen Verteidigungsmängel.<sup>14</sup> Die Gratwanderung, die der EGMR bei seiner Rechtsschöpfung geht, hat den deutschen Verteidigern etwa die Rechtsprechung zum Kontaktrecht der Beschuldigten mit der Verteidigung vor Augen geführt, das in der Konvention nicht explizit garantiert ist, aber vom *Gerichtshof* als eigenständiges Recht grundsätzlich anerkannt wurde.<sup>15</sup>

Die EMRK nützt der Strafverteidigung, weil die dort garantierten Rechte durchsetzbar sind.<sup>16</sup> Zwei Beispiele veranschaulichen dies:

### 1. Brechmittleinsatz

Der EGMR zieht der strafprozessualen Beweissammlung menschenrechtliche Grenzen, auch dort, wo die deutsche Rechtsordnung solche nicht vorsieht – wie im Fall der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln. Im Anlaßfall hatte sich *Jalloh*, ein mutmaßlicher Kleindealer, geweigert, ein Brechmittel einzunehmen, um verschluckte Drogenkügelchen zu Tage zu fördern. Er wurde von vier Polizisten festgehalten, damit der Arzt ihm durch die Nase einen Schlauch stoßen und darüber eine Salz- und eine Siruplösung in den Magen einführen konnte. Zusätzlich injizierte der Arzt noch ein Morphinumderivat. Aufgrund dieser Behandlung erbrach *Jalloh*, auch ein 0,2 Gramm Kokain enthaltendes Päckchen.

Die deutschen Gerichte konnten in dieser Vorgehensweise keine Rechtsverletzung erkennen. Das BVerfG sah Art. 1 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht tangiert und wies die Verfassungsbeschwerde mit dem Hinweis zurück, die Verteidigung habe im sachnäheren Strafverfahren nicht alle prozessualen Möglichkeiten genutzt, um eine Verknennung von Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu verhindern.<sup>17</sup>

Erst der EGMR verurteilte die Vorgehensweise der Behörden als eine Erniedrigung des Verdächtigten »unter Missachtung seiner Würde.«<sup>18</sup> Ein faires Verfahren und insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit seien bei dieser zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln nicht gewährleistet.<sup>19</sup>

### 2. Akteneinsichtsrecht

Der EGMR hat den Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern ein unbedingtes Akteneinsichtsrecht bei inhaftierten Beschuldigten verschafft.<sup>20</sup> Die Straßburger Richter hatten Beschränkungen von Akteneinsichtsrechten zuerst gegenüber anderen Ländern gerügt (prominent 1989 in *Lamy gegen Belgien*).<sup>21</sup> Der Strafverteidiger veröffentlichte dieses Urteil vier Jahre später in deutscher Übersetzung.<sup>22</sup> Nachdem deutsche Verteidiger die Fruchtlosigkeit nationaler Kritik an der deutschen Praxis und die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für die Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO erkannt hatten,<sup>23</sup> zogen sie ihre Fälle nach Straßburg. Deutschland wurde gleich mehrmals verurteilt. Seither ist anerkannt, daß Art. 5 Abs. 4 EMRK einen Anspruch des Verteidigers begründet, »in alle dem Hafttrichter vorliegenden Akten spätestens ab dem Zeitpunkt, zu dem er einen Antrag auf Haftprüfung stellt oder Beschwerde gegen den Haftbefehl einlegt, Einsicht nehmen zu dürfen.«<sup>24</sup>

Die Liste dieser Beispiele könnte verlängert werden.<sup>25</sup>

### 3. Verwertung anonymer Zeugenaussagen

Taugt die Straßburger Rechtsprechung aber als ein Allerheilmittel gegen nationale Systemfehler, weil der Menschenrechtsstandard mit Gerichtsbarkeit verbunden und dadurch auch durchsetzbar ist, auch wenn die nationale Rechtsprechung eine Rechtsverletzung nicht anerkennt? Diese Frage kann nicht uneingeschränkt mit Ja beantwortet werden. Der Nutzen der EMRK ist nämlich in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Zum ersten ist eine Heilung durch die EMRK nur vielversprechend, wo ein klares Konventionsrecht eine eindeutige Referenzgröße vorgibt. Denn das Prinzip »no right without a remedy« hat auch eine Kehrseite: Fehlt ein eindeutiges Konventionsrecht oder der Wille auf die Verletzung eine klare Sanktionsanordnung folgen zu lassen, nützt auch die Straßburger Macht zur Rechtsprechung nichts. Die EMRK verankert eben nur punktuell Strafverfahrens- und Verteidigungsrechte. Sie statuiert keinen umfassenden Verteidigungskodex, auch wenn über das Recht auf einen »fair trial« eine Vielzahl von Verteidigungsrechten gewährleistet.<sup>26</sup>

Zum zweiten spricht der EGMR in vielen Fällen zwar durchaus klare Worte hinsichtlich der Bedeutung der Konventionsgarantien, forciert aber nicht die unbedingte Durchsetzung, sondern läßt Raum für eine aus innerstaatlicher Perspektive adäquate Lösung (»margin of appreciation«).<sup>27</sup> Diese Rechtsprechung erlaubt es dem EGMR eine einmal entwickelte Doktrin im Einzelfall flexibel anzuwenden und allenfalls auch von einer Verurteilung abzuweichen. Die Straßburger Richter überlassen die konkrete Sanktionierung einer Verletzung der Anforderungen grundsätzlich dem nationalen System und beschränken sich oft letztlich auf die Gesamtwürdigung der Fairness eines Verfahrens.<sup>28</sup> Die Straßburger Zurückhaltung trägt wahrscheinlich einen wichtigen Teil zum Erfolg des EGMR bei. Denn langfristige führte sie bisher dazu, daß eine Rechtsordnung die EGMR-Rechtsprechung dann rezipiert, wenn die nationalen Spruchkörper dazu bereit sind. Deutschland ist ein Beispiel dafür.<sup>29</sup> Dadurch gewinnt der EGMR an Legitimation. Allerdings mutet die Herangehensweise den Strafverteidigern, die ihr Verfahren nach Straßburg ziehen, auch einiges zu. Denn dadurch bringt

11 Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 874.

12 Vgl. allerdings zur einschränkenden Tendenz: EGMR, Urt. v. 25. 09. 1992, Serie A237-B – *Croissant / J. Deutschland*; Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, S. 266 ff.; Gaede, Fairness als Teilhabe, 2006, S. 629 ff.

13 EGMR, Urt. v. 25. 04. 1983, Serie A64 – *Pakelli / J. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 25. 09. 1992, Serie A237-B, § 34 – *Croissant / J. Germany*; Trechsel (Fn. 12), S. 270 ff.

14 EGMR, Reports 1998-II, §§ 9–23, 37–43 – *Daud / J. Portugal*; Esser (Fn. 11), S. 472 ff., 490 f.; Trechsel (Fn. 12), S. 286 ff.

15 Trechsel (Fn. 12), S. 278 ff.; zur Einschränkung der Rechte in »außergewöhnlichen Situationen«: EGMR, Application 7572, 7586, 7587/76 – *Ensslin, Baader, Raspe / J. Germany*.

16 Vgl. dazu etwa auch: *Jung StV* 1990, 511.

17 BVerfG StV 2000, 1 m. abl. Anm. *Rixen NSTZ* 2000, 381.

18 EGMR NJW 2006, 3117 (3119, §§ 58–61) – *Jalloh / J. Deutschland* = StV 2006, 617.

19 EGMR NJW 2006, 3117 – *Jalloh / J. Deutschland* = StV 2006, 617.

20 EGMR StV 2001, 201 – *Lietzow / J. Deutschland*: Anspruch auf Einsicht in Ermittlungsakten während der U-Haft.

21 EGMR StV 1993, 283 – *Lamy / J. Belgien*.

22 EGMR StV 1993, 283 – *Lamy / J. Belgien*.

23 *Zieger StV* 1993, 320 (322).

24 Vgl. EGMR StV 2001, 201 – *Lietzow / J. Deutschland*; EGMR StV 2001, 201 – *Schöps / J. Deutschland*; EGMR StV 2001, 201 – *Garcia Alva / J. Deutschland*.

25 Verurteilungen wegen Verstoß gegen »speedy trial«; Verurteilungen wegen Verstoß gegen »fair trial«.

26 Vgl. *Wohlers FS Eisenberg*, 2009, S. 809 f.

27 Dazu: *Peters*, Einf. EMRK, S. 25 ff. m. w. N.; vgl. a. *Gaede JR* 2006, 292 zur »Gesamtbeurteilung«; zur Kritik daran siehe unten Fn. 45.

28 Vgl. etwa jüngst in EGMR, Urt. v. 10. 03. 2009, Rn. 89 – *Bykov / J. Rußland*: »Es ist also nicht Sache des Gerichtshofs, grundsätzlich über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu entscheiden, z. B. solcher, die nach staatlichem Recht rechtswidrig erlangt wurden, oder über die Schuld des Bf. Er hat vielmehr zu prüfen, ob das Verfahren insgesamt einschließlich der Beweiserhebung fair war.« Vgl. *Gaede* (Fn. 12), S. 807 ff.; *ders. JR* 2006, 292.

29 Dazu *Lambert Abdelgawad/Weber*, (Fn. 7) S. 141 f.

der Gang nach Straßburg – gerade bei komplexen Fragestellungen – nicht immer das erwartete Ergebnis im konkreten Fall. Das zeigt etwa prominent die Entscheidung des *EGMR* im Verfahren gegen *Monika Haas*: Als das *OLG Frankfurt Frau Haas* wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, Beihilfe zum erpresserischen Menschenraub und zum versuchten Mord auf der Grundlage von Aussagen unerreichbarer oder anonymer Zeugen verurteilte, wiesen EMRK-Experten siegesgewiß nach Straßburg.<sup>30</sup> Sie lasen aus der Rechtsprechung des *EGMR*<sup>31</sup> zum Recht auf eine konfrontative Zeugenbefragung einen dreistufigen Anforderungskatalog für die Verwertung anonymer Zeugenaussagen: (1.) müsse ein ausreichender Grund für die Wahrung der Anonymität des Zeugen vorliegen, (2.) müsse die damit einhergehenden Beschränkungen der Verteidigungsrechte anderweitig im Verfahren kompensiert werden und (3.) sei bei der Verwertung anonymer Zeugenaussagen Vorsicht geboten, die sich in der Beweiswürdigung niederschlagen müsse.<sup>32</sup> Daß dem differenzierten Anforderungskatalog kein klarer Standpunkt auf der Rechtsfolgenseite folgte, konnte oder wollte man nicht sehen. Die Straßburger Richter überlassen eben die konkrete Sanktionierung, etwa durch ein Beweisverbot, grundsätzlich dem nationalen System.<sup>33</sup>

Im Fall *Haas* lagen die angeklagten Taten zum Zeitpunkt der Prozeßeröffnung fast 20 Jahre zurück. Das Gericht stützte sich wesentlich auf die stark belastende Aussage eines im Libanon Inhaftierten. Dieser hatte nicht unmittelbar vor dem deutschen Gericht, sondern vor einem libanesischen Gericht ausgesagt. An der Vernehmung nahmen weder die *Bundesanwaltschaft* noch die Verteidigung teil. Zeitweise waren Beamte des *BKA* anwesend. Eine Überstellung des Zeugen nach Deutschland gelang trotz Bemühungen des Gerichts nicht. Gestützt haben seine Aussage anonyme Quellen des *BKA* und des *Verfassungsschutzes*. Beamte dieser Institutionen konnten in der Hauptverhandlung lediglich, aber immerhin, hinsichtlich ihrer Einschätzung der Glaubwürdigkeit dieser Quellen als Zeugen vom Hörensagen befragt werden.<sup>34</sup> Die Verteidigung sah das Konfrontationsrecht verletzt, weil das *OLG* weder die Gründe für die Anonymität der Zeugen dargelegt noch der Verteidigung Kompensationsmöglichkeiten geboten hatte.<sup>35</sup> Vielmehr wurden anonyme Quellen herangezogen, um das Ergebnis einer konfrontationslosen Zeugenaussage aus dem Libanon zu erhärten, die ihrerseits unter Einschränkung von Verteidigungsrechten zustande gekommen war. Dadurch verschränkte das Gericht gleich mehrere kompensationsbedürftige Beweismittel miteinander. Weder der *BGH* noch das *BVerfG* folgte der Verteidigung.<sup>36</sup> Das *BVerfG* sah in dem Vorgehen zwar eine »Handhabung des Verfahrensrechts (...) im Grenzbereich einer von Verfassung wegen erlaubten Verfahrensgestaltung«, nahm die Verfassungsbeschwerde aber dennoch nicht zur Entscheidung an.<sup>37</sup> Auch der *EGMR* wies die Beschwerde nach einer vierjährigen Wartezeit als offensichtlich unbegründet zurück.<sup>38</sup> Es sei ausreichend, so die Straßburger Richter, daß sich das *OLG* ernsthaft um die Wahrung der Verteidigungsrechte, nämlich eine Überstellung des im Libanon inhaftierten Zeugen bzw. um eine Konfrontation mit der Verteidigung im Libanon bemüht habe.<sup>39</sup> Der *EGMR* konkretisierte nun seinen Ansatz dahingehend, daß ein Beweisverwertungsverbot nur bei einer »staatlich schuldhaft unterbliebenen Konfrontation«<sup>40</sup> angezeigt sei.<sup>41</sup>

Der Straßburger Beschluß im Verfahren *Haas* veranlaßte auch überzeugte Anhänger der EMRK zu der Frage: Lohnt sich der finanzielle und zeitliche Aufwand eines Gangs nach Straßburg?<sup>42</sup> Eine sinnvolle und effektive Strafverteidigung braucht Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit.

#### 4. Zwischenergebnis

Wie viel Nutzen bringt die EMRK der Strafverteidigung also tatsächlich in einer Gesamtbilanz? Fragt man nach dem Nut-

zen aus der Perspektive eines einzelnen Strafverfahrens, sozusagen aus der Ameisenperspektive, so scheint der Nutzen fragwürdig: Der Weg nach Straßburg ist langwierig. Bereits im Vorfeld muß eine Strafverteidigerin Geduld und andere Ressourcen investieren, um in ihrem Einzelverfahren den Zugang zur Rechtsprechung des *EGMR* zu finden. Sonst ist auch die Rüge vor dem nationalen Gericht nicht möglich. Grundsätzlich muß das Verfahren dann durch alle Instanzen – inklusive *BVerfG*<sup>43</sup> – bis zum *EGMR*, um dann allenfalls – über eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO – vom Instanzgericht<sup>44</sup> ein EMRK-konformes Urteil zu erhalten.<sup>45</sup> Was das konkret bedeutet, zeigte der Streit um den zwangsweisen Einsatz von Brechmitteln: Bis der *EGMR* zugunsten von *Jalloh* entschied, starben noch zwei Menschen (in Bremen und Hamburg) als die Polizei ihnen zwangsweise mexikanisches Sirup verabreichen ließ, um mutmaßlich verschluckte Drogenpäckchen zu finden. Zwischen dem Zuspruch eines Akteneinsichtsrechts in U-Haftsetzung (im Verfahren *Lamy ./. Belgien*) und der effektiven Durchsetzung in Deutschland verging mehr als ein Jahrzehnt – die deutschen Beschwerdeführer hatten ihre Strafe nicht nur bereits erhalten, sondern verbüßt.

Fragt man nach dem Nutzen aus einer Vogelperspektive der Strafverteidigung in Europa insgesamt, so stellt sich der langfristige Nutzen anders dar: Der *EGMR* hat in den vergangenen Jahrzehnten ein ausdifferenziertes Fallrecht entwickelt und dadurch die Konventionsgarantien für die Strafverteidigung etabliert. Die in vielen Punkten über die Entscheidung des Falls hinaus gedachten Erläuterungen des *Straßburger Gerichts* haben die nationalen Gerichte langsam, aber stetig ebenso wahr- und aufgenommen wie die Verurteilungen eines Staates in einem Einzelfall.<sup>46</sup> Insgesamt gesehen hat der Gang nach Straßburg – im Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Entwicklung eines europäischen Verfahrensstandards – damit fast etwas von einem altruistischen Guerilla-Kampf: Institutionell schwächer als die Strafverfolgungsseite, versetzen die Verteidigerinnen und Verteidiger dem Gegner in einem Einzelver-

30 *Esser* (Fn. 11), S. 681; *Sommer*, Die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch die Strafsenate des Bundesgerichtshofs, Ms. 2002, S. 10.

31 *EGMR* StV 1990, 481 – *Kostovski ./. Niederlande*; ÖJZ 1996, 715 – *Doorson ./. Niederlande*; StV 1997, 617 – *van Mechelen u. a. ./. Niederlande*; vgl. *Renzikowski* JZ 1999, 605.

32 *Esser* (Fn. 11), S. 657 ff., 674. Zur Kritik an solchen Beweiswürdigungslösungen: *Gless* NJW 2001, 3606.

33 Vgl. etwa jüngst in *EGMR*, Urt. v. 10. 03. 2009, Rn. 89 – *Bykov ./. Rußland*: »Es ist also nicht Sache des Gerichtshofs, grundsätzlich über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu entscheiden, z. B. solcher, die nach staatlichem Recht rechtswidrig erlangt wurden, oder über die Schuld des Bf. Er hat vielmehr zu prüfen, ob das Verfahren insgesamt einschliesslich der Beweiserhebung fair war.« Vgl. *Gaede* (Fn. 12), S. 807 ff.; *ders.* JR 2006, 292.

34 Dazu ausf.: *BGH* StV 2000, 649; *BVerfG* NJW 2001, 2245; *EGMR* NStZ 2007, 103 – *Monika Haas ./. Deutschland* m. Anm. *Esser*.

35 Vgl. *Esser* (Fn. 11), S. 681; ausf. zum Konfrontationsrecht: *Beulke*, FS Rieß, 3 ff.

36 Das *OLG* habe die anonymen Quellen vorsichtig und »nur zur Abrundung und Bestätigung« der Beweislage verwendet. In der Gesamtschau sei die Verfahrensfairneß gewährleistet gewesen; *BGH* NJW 2000, 1661 (1662) = StV 2000, 649.

37 *BVerfG* NJW 2001, 2245 (2246).

38 Vgl. dazu: *Esser* (Fn. 11), S. 681; *Esser* NStZ 2007, 106 (108).

39 *EGMR* NStZ 2007, 103 (105) – *Haas ./. Deutschland*.

40 *Esser* NStZ 2007, 106 (107).

41 *EGMR* NStZ 2007, 103 (106) – *Haas ./. Deutschland*.

42 Vgl. etwa: *Esser* NStZ 2007, 106 (108); *Gaede* JR 2006, 292.

43 Zur Rechtswirkung der *EGMR*-Urteile nach Art. 46 Abs. 1 EMRK und »Berücksichtigungspflicht« im deutschen Recht vgl. *BVerfG*, das im sog. *Görgülü*-Beschluß im Jahre 2004 die Pflicht des verurteilten Staates zur Umsetzung eines *EGMR*-Urteils durch seine Organe im innerstaatlichen Recht hervorgehoben und ebenso zur Berücksichtigung der gegen andere Staaten ergangenen Urteile verpflichtet hat, *BVerfG* NJW 2004, 3407 (3408) = StV 2005, 307; *Eisele* JR 2004, 14; *Esser*, in: *Ahlbrecht* u. a. (Fn. 8), Rn. 276 ff.; *Peters*, Betrifft Justiz 2007, 110 f.

44 Vgl. § 140 a GVG.

45 *Esser* (Fn. 11), S. 871 spricht von einer »paradoxen Situation«.

46 Vgl. etwa: *BGHSt* 46, 93 = StV 2000, 593; 51, 150 = StV 2007, 66; zur Entwicklung insgesamt: *Polakiewicz* EuGRZ 2010, 12.

fahren einen »nadelstichtartigen« Schlag durch Rekurs auf internationale Standards. Sie hoffen auf langfristigen Erfolg, müssen dafür aber ein Einzelverfahren fast instrumentalisieren.

Gleichwohl darf der Nutzen der EMRK in der Gesamtbilanz nicht kleingeredet werden. Die Straßburger Rechtsprechung korrigiert die vielen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in Europa an ihrem Standard. Das ist angesichts der Unterschiede in den Strafverfahrensordnungen kein leichtes Unterfangen.

Die Richter haben sich hier dadurch Respekt verschafft, daß sie zwar hinsichtlich der Auslegung bestimmter EMRK-Garantien klare Worte sprechen und dadurch ein gesamteuropäisches Referenzsystem schaffen, das in den Vertragsstaaten rezipiert und fortgebildet werden kann. Gleichzeitig üben sie aber auch Zurückhaltung: Das ermöglicht ihnen eben einerseits die »margin of appreciation«<sup>47</sup> sowie speziell im Strafverfahrensrecht die Figur der »Gesamtwürdigung der Fairneß des Verfahrens«, die auch nach grundsätzlicher Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen ein Einzelkonventionsrecht, eine Heilung durch eine Querschnittsbetrachtung erlaubt.<sup>48</sup> Letztlich überlassen die Straßburger Richter die langfristige, strafprozessuale Korrektur der nationalen Rechtsordnung und öffnen damit verschiedene Wege zu einer individuellen Rezeption der EMRK in jeder Rechtsordnung. Gleichzeitig demonstriert die Rechtsprechung des EGMR aber eine gemeinsame europäische und strafverteidigungsfreundliche Dimension.<sup>49</sup> Das genügt für eine positive Erwartungshaltung der Strafverteidigung gegenüber Straßburg.<sup>50</sup>

## II. EU-Recht und die Rechtsprechung des EuGH

Ganz anders ist die Erwartungshaltung gegenüber Brüssel und Luxemburg. Vom EU-Recht erwarten Strafverteidiger nichts Gutes. Dabei nützt auch dieses europäische Recht der Strafverteidigung, wie drei Beispiele zeigen:

### 1. Straffreiheit mit Rücksicht auf Grundfreiheiten

Offensichtlich nützlich ist EG-Recht für die Strafverteidigung, wenn es nationale Protektionsnormen neutralisiert.<sup>51</sup> Wer rechtmäßig eine europäische Grundfreiheit in Anspruch nimmt, bleibt strafflos, auch wenn er dafür nationales Strafrecht verletzt.<sup>52</sup> Denn das mitgliedstaatliche Recht ist dem EG-Recht insoweit untergeordnet. Darauf gründet die schützende Rechtsprechung des EuGH seit Beginn von Wirtschaftsgemeinschaft und Zollunion.<sup>53</sup> Auch Strafrecht soll keine künstlichen Grenzen im integrierten Europa schaffen. Von diesem Ausgangspunkt her, lassen sich vielfältige Verteidigungskonzepte entwickeln, da sich in ganz verschiedenen Sachverhalten die Frage stellt, ob die nationale Strafverfolgung an einem EG-resp. EU-Standard überprüft werden muß.<sup>54</sup> Deshalb verbot der EuGH in dem vor 30 Jahren im ersten Jahrgang des *Strafverteidiger* veröffentlichten Urteil<sup>55</sup> den deutschen Behörden, in der gemeinsamen Zollunion »Zölle auf eingeschmuggelte und nach ihrer Entdeckung vernichtete Betäubungsmittel« zu erheben.<sup>56</sup>

### 2. Art. 54 SDÜ

Zweites Beispiel für verteidigungsnützlichem EU-Recht sind die Art. 54 ff. des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ).<sup>57</sup> Sie etablieren bekanntlich ein schengenweites Verbot der Doppelbestrafung: »Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt ist, darf [nicht] durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat (...) verfolgt werden (...).«<sup>58</sup> Art. 54 SDÜ ermöglichte eine rasante Entwicklung des grenzüberschreitenden Strafklageverbrauchs. Auch hier kamen die entscheidenden Impulse vom EuGH, obwohl er nur ausnahmsweise als Schiedsgericht in der 3. Säule der EU fungierte. Das Luxemburger Gericht entschied konsequent europäisch.<sup>59</sup> Es hob die Urteile der mitgliedstaatlichen Ge-

richte auf, die das Verbot der Doppelbestrafung auf eine gerichtliche Verurteilung beschränkten. Vielmehr löst jede rechtskräftige Entscheidung einer zuständigen Instanz in einem EU-Staat einen schengenweiten Strafklageverbrauch aus, sofern sie auf einer Tatsachen- und Rechtsprüfung beruht.<sup>60</sup> Deshalb verbrauchen nicht nur Freisprüche in einem anderen Schengen-Staat (*van Straaten*) die Strafklage,<sup>61</sup> sondern auch verfahrensbeendende Absprachen (*Miraglia*).<sup>62</sup> Die Luxemburger Richter bejahen ein grenzüberschreitendes Verfolungsverbot ferner, wenn die Tat in einem anderen Schengen-Staat aus anderen Gründen nicht mehr verfolgt ist, etwa aufgrund von Verjährung.<sup>63</sup> Die Nützlichkeit eines schengenweiten Strafklageverbrauchs erkannten Strafverteidiger früh.<sup>64</sup> »Schengen«, das zunächst für Ausbau von Polizeibefugnissen stand, erhielt dadurch seine strafverteidigerfreundliche Note. Denn ein europäischer Verfolungsraum ohne ein institutionalisiertes System zur Begrenzung paralleler Strafverfolgung stünde mit rechtsstaatlichen Anforderungen und mit dem Schuldprinzip nicht in Einklang.<sup>65</sup> Der EuGH ist den Bedürfnissen der Strafverteidigung im übrigen auch prozessual entgegen gekommen und hat für die Vorabentscheidungsverfahren in Strafsachen ein Eilverfahren geschaffen und so das Problem der langen Verfahrensdauer entschärft.<sup>66</sup>

### 3. Verteidigungsrechte – als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze

Zum dritten nützt der Strafverteidigung die EuGH-Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Mit Hilfe dieser ungeschriebenen Gerechtigkeitsprinzipien garantieren

47 Ausführlich dazu *Peters* (Fn. 27), S. 25 ff. m. w. N.

48 Befürwortend: *Polakiewicz* EuGRZ 2010, 13; kritisch: *Gaede* (Fn. 12), S. 807 ff.; *ders.* JR 2006, 292.

49 Vgl. *Esser* (Fn. 11), S. 873; *Stieber* ZStW 121 (2009), 8; *Weigend* StV 2001, 63.

50 *Esser* (Fn. 11), S. 874.

51 Grundsätzlich zum Vorrang von EG-Recht: EuGH, Urte. v. 15. 07. 1964, Rs. 6/64 – *Costa / E.N.E.L.*

52 *Satzger*, Int. und europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 88; *Hecker*, Europ. Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 9 Rn. 24 f., 33 ff., 36 ff.

53 EuGH, Urte. v. 07. 02. 1979, 136/78 – *Auer* = Slg. 1979, 437 (448 ff., Rn. 19 ff.); vgl. *Folz* ZIS 2009, 427; *Hartley* C.L.R. 1981, 75; *Haratsch* EuR 2008, 81; *Jung* StV 1990, 511.

54 Diesen »Kollateralnutzen« europäischer Rechtsetzung machen sich bisher aber wohl nur wenige Strafverteidiger zu Nutze.

55 EuGH StV 1981, 274.

56 Allerdings erklärt der EuGH im Nachsatz: Es sei den Mitgliedstaaten unbenommen, »die begangenen Zuwiderhandlungen strafrechtlich zu verfolgen und alle vom Strafrecht vorgesehenen Rechtsfolgen zu verhängen.«

57 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 19. 06. 1990, BGBl. II 1993, S. 1013, 1904, 1994, Teil II S. 631.

58 Der Strafklageverbrauch steht ferner unter der Voraussetzung, »daß im Fall einer Verurteilung eine Sanktion vollstreckt ist oder wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann«. Eine Sanktion ist auch dann i. S. d. Art. 54 SDÜ als »bereits vollstreckt« anzusehen, wenn der Angeklagte nach dem Recht dieses Vertragsstaats zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist; EuGH, Urte. v. 18. 07. 2007, C-288/05 – *Kretzinger*, vgl. im einzelnen: *Lagodny* NStZ 1997, 265; *Schomburg* NJW 1999, 540; StV 1999, 240; *Bohnert/Lagodny* NStZ 2000, 636; *Radtke/Busch* NStZ 2003, 281; *Stein* NJW 2003, 1162; *Vogel/Norouzi* JuS 2003, 1059; *Wohlers* FS Eisenberg, S. 816 ff.

59 *Stein* NJW 2003, 1162.

60 Vgl. EuGH, Urte. v. 11. 02. 2003, C-187/01, C-385/01; *Radtke/Busch* NStZ 2003, 284; *Stein* NJW 2003, 1162. In *Turansky* entschied der EuGH deshalb, daß Art. 54 SDÜ keine Anwendung auf bloße Verfahrenseinstellungen findet, wenn keine Prüfung in der Sache erfolgt ist und wenn das Verfahren deshalb jederzeit wieder aufgenommen werden kann: EuGH, Urte. v. 22. 12. 2008, C-491/07 = StV 2009, 169.

61 Vgl. EuGH, Urte. v. 28. 09. 2006, C-150/05, Rn. 54 ff. = StV 2007, 57.

62 EuGH, Urte. v. 10. 03. 2005, C-469/03.

63 EuGH, Urte. v. 28. 09. 2006, C-467/04 = StV 2007, 113; EuGH, Urte. v. 11. 12. 2008, C-297/07.

64 *Sommer* StraFo 1999, 38.

65 Vgl. Stellungnahme des DAV zum Grünbuch der Kommission zum Grundsatz »ne bis in idem«, EuZW 2006, 325.

66 Dazu: ABl. 24 v. 29. 01. 2008, 39. C 64 v. 08. 03. 2008, 1.

die Luxemburger Richter ein rechtstaatliches Verfahren, Rechtsschutz und ein Minimum an Verteidigungsrechten.<sup>67</sup> Wenn eine einschlägige Regel auf EU-Ebene fehlt, leiten sie die Prinzipien aus gemeinsamen Rechtsgrundsätzen her. Diese Prinzipien prägen die Kartellstrafverfahren oder Disziplinarverfahren auf EU-Ebene ebenso wie die vor-Ort-Kontrollen durch das Europäische Amt zur Betrugsbekämpfung.<sup>68</sup>

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze garantieren regelmäßig nur einen Mindeststandard. Gleichwohl sind sie in ihrer Wirkung nicht zu unterschätzen, denn sie haben europäisches »standing«. Die Bedeutung dieses Richterrechts für die Strafverteidigung hat in jüngerer Zeit spektakulär das *Kadi*-Urteil des *EuGH* vor Augen geführt: Das *Luxemburger Gericht*<sup>69</sup> erklärte das Einfrieren von mutmaßlichem Terroristen-Geldern ohne effektive Rechtskontrolle oder Verteidigungsrechte für nichtig und kippte damit die »smart sanctions«-Praxis von *EU* und *UNO*. Dazu wäre ein nationales Gericht im Alleingang nicht fähig.<sup>70</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Nützt EU-Recht der Strafverteidigung also doch – entgegen der verbreiteten Negativhaltung gegenüber Brüssel? Es nützt – aber nur selten und eher zufällig. Ein Kodex adäquater Verteidigungsrechte auf EU-Ebene fehlte bis jetzt.<sup>71</sup> Die *EU* fühlte sich zwar grundsätzlich an die in der EMRK verbürgten Rechte gebunden,<sup>72</sup> jedoch fehlte bis zum Vertrag von Lissabon ein Ansatzpunkt, der in vergleichbarer Weise wie Art. 6 Abs. 3 lit b und c EMRK als Ausgangsgerüst für die Entwicklung eines europäischen Verteidigungsstandards dienen konnte. Letztlich waren es bisher die Verteidigerinnen und Verteidiger, die in mehr oder weniger ungewöhnlichen Fällen im Verbund mit dem *Luxemburger Gericht* das Potential der wenigen und eher unsystematisch angelegten EU-Rechte aufgezeigt haben. Parallel dazu haben zwar Experten der *EG-Kommission*, unterstützt vom *EU-Parlament*,<sup>73</sup> verschiedene Vorschläge für eine europaweit rechtsverbindliche Regelung von Verfahrens- und Verteidigungsrechten unterbreitet.<sup>74</sup> Diese blieben aber weit hinter dem zurück, was Strafverteidiger angesichts des Ausbaus grenzüberschreitender Zusammenarbeit der Strafverfolgung für die Verteidigerseite forderten,<sup>75</sup> sie zeigen indessen, daß von dieser Seite grundsätzlich Bereitschaft zur Verankerung von Verfahrensrechten besteht. Im Vorfeld des Vertrags von Lissabon<sup>76</sup> waren jedoch die Regierungen der Mitgliedstaaten weder bereit sich inhaltlich festzulegen noch den Rechtsweg zum *EuGH* im Bereich Polizei- und Justiz-zusammenarbeit uneingeschränkt zu öffnen.

#### C. Defizite europäischer Rechtsetzung und Rechtsprechung

Ohne europäische Justizgrundrechte und eine Rechtswegöffnung lassen sich die Defizite für die Strafverteidigung im integrierten Europa der EU nicht kompensieren. Drei Beispiele illustrieren die Schwierigkeiten:

##### I. EU-Vorgaben zu Strafrecht und Strafprozeßrecht

Erstens: Viele EU-Vorgaben zeigen – neben der Tendenz zur Punitivität – eine latente Strafverteidigerfeindlichkeit, oder auch nur das mangelnde Fingerspitzengefühl für Bedürfnisse von Verteidigerinnen und Verteidigern.

Beispielhaft sind die EU-Geldwäscherichtlinien, die unter bestimmten Umständen auch Rechtsanwälte in die Meldepflicht nehmen. Zu Recht rügten Strafverteidiger, daß die europäische Vorgabe ihre spezielle Vertrauensstellung gegenüber ihren Mandanten nicht ausreichend berücksichtigt.<sup>77</sup>

##### II. Zentralstellen der Strafverfolgung

Zum zweiten folgt eine strukturelle Schwächung der Strafverteidigung aus der einseitigen Stärkung der Strafverfolgung. So bedeutet etwa die Einrichtung von Zentralstellen, welche

grenzüberschreitend Informationen bereithalten oder Maßnahmen koordinieren, wie derzeit *Eurojust* und *Eurojust*, künftig eine Europäische Staatsanwaltschaft, einen Machtzuwachs auf der Strafverfolgungsseite.<sup>78</sup> Dieser erscheint insofern konsequent als die Freizügigkeit in Europa nach einer europäischen Kompensation für vermutete Kontrolleinbußen auf nationaler Ebene verlangt. Doch der Ansatz läßt die im integrierten Europa ebenfalls veränderten Bedürfnisse der Strafverteidigung unberücksichtigt. Die Leistungen der europäischen Zentralstellen stehen der Verteidigung nicht offen. Eigene Initiativen für institutionalisierte Verteidigungsstellen wie *Eurodefensor*<sup>79</sup> oder der *European Criminal Law Ombudsman*,<sup>80</sup> konnten sich bisher nicht etablieren. Verteidiger haben deshalb weder eine institutionalisierte Einrichtung zum Austausch relevanter Informationen<sup>81</sup> noch zur Koordination grenzüberschreitender Strafverteidigung.

Auf europäischer Ebene scheint derzeit einzig die *European Criminal Bar Association* aktiv, aber eher als europäische Strafverteidiger-Vereinigung in der Lobbyarbeit, denn in Zentralstellenfunktion.

#### III. Instrumente gegenseitiger Anerkennung

Zum dritten schwächen die neuen EU-Instrumente gegenseitiger Anerkennung eine effektive Strafverteidigung.<sup>82</sup> Der Europäische Haftbefehl, die europäische Sicherungsanordnung oder die Europäische Beweisordnung sind fast automatisch

67 Schlußantrag des Generalanwaltes *Ruiz-Jarabo Colomer* v. 12. 10. 2009, C-476/93 P = Slg. 1995, I-4125 (4131, Rn. 17); zum Recht auf Verteidigung *EuGH*, Urt. v. 16. 09. 2009, T-305 bis 307/94, T-313 bis 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94 = Slg. 1999, II-931 (II-931, Rn. 246): »Die Wahrung der Verteidigungsrechte stellt in allen Verfahren, die zu Sanktionen, namentlich zu Geldbußen oder zu Zwangsgeldern führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der auch in einem Verwaltungsverfahren beachtet werden muss (...).«; Zu den garantierten Verfahrensrechten allgemein: *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin 2000, S. 71 ff.

68 *Gless/Zeitler* ELJ 2001, 219.

69 Zur Entscheidung der Vorinstanz vgl. *EuGH*, Urt. v. 21. 09. 2005, T-315/01; Urt. v. 21. 09. 2005, T-366/01.

70 *Gless/Schaffner* in: Braum Stefan/Weyembergh Anne (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, The judicial control in EU cooperation in criminal matters*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, S. 163 – 193; *Rackow* StV 2009, 721.

71 Dazu etwa: *Braum* GA 2005, 681; *Kaifu-Gbandi* in: Schönemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, S. 67; *Klip* ZStW 117 (2005), 889; *Lüderssen* in: Schönemann (Hrsg.), *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, 2004, S. 49; *Schönemann* GA 2004, 193; *Vogel/Matt* StV 2007, 206.

72 Zu grundlegenden Aspekten der EMRK-Bindung der *EG* (vor dem Vertrag von Lissabon), vgl.: *Gaede* ZStW 115 (2003), 845.

73 Vgl. *Schönemann* StV 2006, 363.

74 Vgl. *Löff* European Law Journal 2006, 421.

75 *Braum* StV 2003, 576.

76 Vgl. Vorschlag für einen Rahmenbeschluß zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren; Grünbuch zur Unschuldsvermutung KOM(2000), 174 endg.; dazu etwa: *Meyer* GA 2007, 15; *Vogel/Matt* StV 2007, 206; demgegenüber: Entschließung des Rates vom 30. 11. 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. C 295 vom 04. 12. 2009, 1.

77 Vgl. etwa: *Braum* StV 2003, 576; *Donath/Mehle* NJW 2009, 650; *Michalke* NJW 2003, 116; *Salditt* StV 2003, 136. *Sommer* StraFo 2005, 329; zur teleologischen Reduktion der Geldwäschedelikte nach dem Strafverteidigerprivileg: *Gentzik*, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, S. 181 ff. Der *EuGH* stellte im Urt. v. 26. 06. 2007, C-305/05 – *Franz.-dt. Rechtsanwaltskammer Belgien* *J. Ministerrat Belgien* aber fest, daß ein Rechtsanwalt von der allgemeinen Meldepflicht freigestellt wird, sobald er Aufgaben eines Strafverteidigers übernimmt.

78 Art. 86 AEUUV; vgl. *Gless* in: Fijnaut/Ouwerkerk, *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, 2009, S. 30 ff.; *Kempff* StV 2003, 128; *Nürnberg* ZIS 2009, 494; *Sommer* StV 2003, 126.

79 Dazu ausf.: *Nestler* in: Schönemann (Hrsg.) (Fn. 71), S. 172 ff.; *Schönemann* StV 2006, 367 f.

80 Dazu ausf. *Mitchell* in: Schönemann (Hrsg.) (Fn. 71), S. 193 ff.

81 Etwa über weitere Strafverfahren gegen Mandanten in der *EU*, erfolgversprechende gesamteuropäische Verteidigungsstrategien oder auch nur die Modalitäten des Prozesskostenhilfeantrags in *EU-Mitgliedstaaten*.

82 Vgl. etwa: *Schönemann* StV 2003, 119; *Vogel/Matt* StV 2007, 206.

EU-weit durchsetzbar. Sie eröffnen den Strafbehörden einen europäischen Vollstreckungsraum. Einen entsprechenden europäischen Verteidigungsraum sucht man aber vergebens, sowohl in den bisherigen Rahmenbeschlüssen wie auch in den einschlägigen Vorgaben des Vertrags von Lissabon.

Hier kann dahinstehen, ob die gegenseitige Anerkennung langfristig zu einer »einseitigen Steigerung der Punitivität« führt,<sup>83</sup> weil im Regime der gegenseitigen Anerkennung die beidseitige Strafbarkeit keine Rolle mehr spielt, oder letztlich »nur« zu einer Effizienzsteigerung auf Kosten der betroffenen Individuen und deren Verteidigung.<sup>84</sup>

Fest steht, daß die Rechte und Bedürfnisse der Strafverteidigung nach Wegfall der tradierten Schutzmechanismen nicht ausreichend durch flankierende Maßnahmen oder neue Institutionen berücksichtigt wurden, so daß der Machtzuwachs einseitig zugunsten der Strafverfolgung ausfällt.<sup>85</sup> Die Schiefelage hat die Praxis des Europäischen Haftbefehls gezeigt: Gegen die grenzüberschreitende Haftanordnung kann ein Verteidiger im Verhaftungsstaat nur innerhalb eines engen Rahmens vorgehen.<sup>86</sup> Inhaltliche Einwände gegen den Haftbefehl müssen im Anordnungsstaat geltend gemacht werden. Ein System für eine grenzüberschreitende Haftverschonung fehlt.<sup>87</sup> Und auch der *EuGH* hat bisher die Chance verpaßt, daran etwas zu ändern.<sup>88</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

In der Gesamtbilanz hat EU-Recht die Strafverteidigung also geschwächt, insbesondere aus drei Gründen:

1. Die Strafverteidigung sieht sich einer wachsenden europäischen Zentralstruktur der Strafverfolgung gegenüber – ohne adäquate Gegenstruktur der Verteidigung;

2. Eine europäisch-dimensionierte Strafverteidigung, welche das Prinzip gegenseitiger Anerkennung von Vollstreckungsentscheidungen pariert, fehlt;

3. Die Bedürfnisse der Strafverteidigung finden zu wenig Beachtung auf EU-Ebene; notwendig wäre eine gezielte Integration von Verteidigungsrechten in allen Instrumenten grenzüberschreitender Strafverfolgung (»mainstreaming of defence rights«).

Insgesamt hat das integrierte Europa der Strafverfolgung einen neuen Vollzugsraum eröffnet und ein international arbeitsteiliges Strafverfahren neuer Art geschaffen<sup>89</sup> – ohne die Strafverteidigung einzubeziehen.

#### D. Strategie nach dem Vertrag von Lissabon

Diese Defizite gilt es zu beheben, damit die Strafverteidigung mit der grenzüberschreitenden Strafverfolgung Schritt halten kann. Im Dezember 2009 ist der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten. Er hat eine neue Ära eingeläutet und neue Möglichkeiten eröffnet: Die Charta der Grundrechte der EU ist in Kraft getreten. Die Säulenstruktur der Union ist aufgehoben. Dem europäischen Gesetzgeber und dem *EuGH* wurden neue Kompetenzen übertragen. Die gesetzgebenden Organe können grundsätzlich auch durch Richtlinien strafverfahrensrechtliche Vorgaben schaffen.<sup>90</sup> Und der *EuGH* entscheidet – nach einer Übergangsfrist<sup>91</sup> – über die Auslegung und Anwendung der Verträge im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 ff. AEUV).<sup>92</sup>

#### I. Einforderung von Rechten in Luxemburg?

Was bedeuten diese Neuerungen für die Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger?

##### 1. Durchsetzung von Verteidigungsrechten

Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ist die Grundrechtecharta<sup>93</sup> und ist damit auch »die Achtung der Verteidigungsrechte«<sup>94</sup> verbindlich,<sup>95</sup> wenn (a) Institutionen, Organe und Agenturen der EU im Bereich der Strafverfolgung tätig werden oder wenn (b) die Mitgliedstaaten europäische Rechtsvorschriften in diesem Bereich umsetzen und anwenden.<sup>96</sup>

Technisch steht nach Ablauf der Übergangsfrist von fünf Jahren gegen Akte der EU-Institutionen und Agenturen die Nichtigkeitsklage<sup>97</sup> zur Verfügung. Sollte also künftig *Europol* eine Maßnahme ergreifen, welche Verteidigungsrechte eines Angeklagten beeinträchtigt,<sup>98</sup> so kann die betroffene Person oder deren Strafverteidigung vor dem *EuGH* die Maßnahme – unter den Voraussetzungen von Art. 263 Abs. 4 AEUV – als ungültig angreifen. Gegen die Umsetzung und Anwendung von EU-Recht durch nationale Behörden kann sich die Strafverteidigung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens wehren. Wenn also etwa eine Regelung betreffend den EU-Haftbefehl »die Achtung der Verteidigungsrechte« verletzt, ist – unter den Voraussetzungen des Art. 267 AEUV – eine Rüge vor dem *EuGH* zulässig.<sup>99</sup> Ist die Person inhaftiert, findet ein beschleunigtes Verfahren Anwendung (Art. 267 Abs. 4 AEUV).

#### 2. Verteidigungsrechte welchen Inhalts?

Das *Luxemburger Gericht* überprüft also künftig Verteidigungsstandards auf EU-Ebene und – in begrenztem Umfang – auch in den Mitgliedstaaten. Allerdings sind diese Standards bisher nicht inhaltlich festgelegt.<sup>100</sup>

Eröffnen diese Rechtswege also tatsächlich einen Ausweg aus der Benachteiligung der Strafverteidigung auf europäischer Ebene? Für Verteidiger öffnet sich hier eine Tür zu einem Weg, dessen Verlauf nicht absehbar ist. Grund dafür ist zum ersten, daß der Inhalt der Verteidigungsrechte nicht ausdrücklich in der Charta festgelegt ist. Man darf zwar einerseits davon ausgehen, daß der *EuGH* seine bisherige Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und insbesondere zu den Verteidigungsrechten weiter entwickeln wird. Andererseits ist im Vertrag von Lissabon aber vorgesehen, daß die EU der EMRK beitrifft, Art. 6 Abs. 2 EUV. Die Modalitäten eines sol-

83 So etwa: *Klip*, European Criminal Law, 2009, S. 350 ff.; *Schünemann* StV 2006, 361.

84 Vgl. *Gless* ZStW 116 (2004), 353; *Kaifa-Gbandi* in: *Schünemann* (Hrsg.) (Fn. 71), S. 72 ff.

85 *Gless* ZStW 114 (2002), 638; *Kaifa-Gbandi* (Fn. 84), S. 76.

86 So können insbesondere die Haftgründe (Bsp. Fluchtgefahr) nicht im Vollstreckungsstaat überprüft werden, vgl. *Asp* in: *Schünemann* (Hrsg.) (Fn. 71), S. 135 f. und *Frände* in: *Schünemann* (Hrsg.) (Fn. 71), S. 141 ff.

87 Ein Modell dafür entwickelt aber etwa *Asp* in: *Schünemann* (Hrsg.) (Fn. 71), S. 134 f.

88 Vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 03. 05. 2007, C-303/05 = StV 2007, 362.

89 *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Einl. Rn. 105 ff.

90 Das hält der Vertrag von Lissabon insbesondere für Rechte des Beschuldigten fest, nicht aber für die Strafverteidigung, vgl. im einzelnen Art. 82, Art. 83 AEUV.

91 Fünf Jahre lang gilt eine Übergangsklausel. vgl. Art. 10 des Protokolls Nr. 36. Ferner nehmen *Dänemark*, das *Vereinigte Königreich* und *Irland* gemäß den Protokollen 19 bis 22 an den Beschlüssen nach dem Titel V über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht teil.

92 Art. 46 EUV a. F. ist ersatzlos entfallen, so daß sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs grundsätzlich auf alle Bestimmungen beider Verträge (EUV/AEUV) erstreckt. Die frühere Einschränkung der Gerichtsbarkeit im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (vgl. Art. 35 EUV a. F. sowie Art. 46 b EUV a. F.) wird damit obsolet. *Esser*, StRR 2010, 133 ff.

93 Art. 6 Abs. 1 EUV. Dazu etwa: *Heger* ZIS 2009, 408.

94 Zum Strafklageverbrauch nach Art. 50 der Charta, der künftig gebietet, daß »niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden« – es fehlt also das Vollstreckungselement, das in Art. 54 SDÜ noch vorausgesetzt wurde, vgl. *Heger* ZIS 2009, 408.

95 Art. 48 Abs. 2 EU-Charta.

96 Beachte den materiellen Vorbehalt, der es dem *EuGH* verbietet die »Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedsstaates« zu überprüfen (Art. 276 AEUV).

97 Nach Art. 263 Abs. 4 AEUV.

98 Die EU darf *Europol* künftig auch operative Aufgaben zuweisen, vgl. Art. 88 Abs. 2 UA 1 b AEUV. *Europol* wäre als Einrichtung der Europäischen Union nach deren Beitritt an die EMRK gebunden; eine Bindung an die seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon rechtverbindliche Grundrechtecharta besteht bereits.

99 Das Vorlagerecht ergibt sich aus Art. 234 Abs. 2, die Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 AEUV.

100 Dazu etwa: *Ambos/Rackow* ZIS 2009, 400.



chen Beitritts erscheinen bis jetzt aber ungeklärt, etwa die Verzahnung der beiden Systeme – EMRK und europäischer Grundrechtsstandard.<sup>101</sup> Deshalb sind verschiedene Wege denkbar, auf denen – über Art. 48 Grundrechtecharta der EU – die zu Art. 6 Abs. 3 lit b und c entwickelten Verteidigungsrechte rezipiert werden können.

Zum zweiten schaffen weder die auf EU-Ebene entwickelten Rechtsgrundsätze noch die EMRK-Garantien ausreichend Grund für einen Gesamtkodex europäischer Strafverteidigung. Denn die Menschenrechtskonvention ist nicht als umfassende Strafverfahrens- oder Strafverteidigungsordnung konzipiert, sondern soll wenige, aber essentielle Grund- und Menschenrechte schützen. Darauf hat das Straßburger Gericht zwar ein beachtliches Paket von Verteidigungsrechten geschnürt, aber immer in Korrektur von Einzelfällen in ganz unterschiedlichen Verfahrensordnungen. Anders als bisher in Straßburg muß in Luxemburg jedoch künftig nicht eine punktuelle Korrektur der nationalen Systeme an einem europäischen Standard, sondern ein genuin europäisches Verteidigungsrecht in einem europäisch arbeitsteiligen Strafverfahren erstritten werden. Eine Guerilla-Taktik eignet sich vielleicht, um ein System zu Fall zu bringen, nicht aber um ein neues zu erschaffen. Es ist nicht Sache der Verteidigerinnen und Verteidiger in Einzelverfahren »die Achtung der Verteidigungsrechte« erst einzuklagen, um dann auf dieser Grundlage arbeiten zu können. Der EuGH würde über die Klausel des Art. 48 Grundrechtecharta die derzeitige strukturelle Schiefelage zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung auch kaum beseitigen können.

## II. Verantwortung des europäischen Gesetzgebers

Es liegt vielmehr in der natürlichen Verantwortung des europäischen Gesetzgebers Freiheit und Sicherheit in den schützenden Formen des Rechts auszutarieren. Eine effektive Strafverteidigung müßte nicht nur im Einzelverfahren möglich, sondern der Schrittmacher europäischer Kriminalpolitik sein.<sup>102</sup> Theoretisch hat sich der europäische Gesetzgeber zu dieser Verantwortung auch immer wieder bekannt.<sup>103</sup> Allein die verbindliche Umsetzung in die Rechtspraxis fehlt – bis jetzt. Ein neuer »Fahrplan des Rates zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten in Strafverfahren« vom letzten November<sup>104</sup> greift die Frage wieder auf und nennt einzelne Punkte, die künftig durch eine EU-Richtlinie geregelt werden könnten. Die dort recht willkürlich zusammen gewürfelten Mindestrechte (etwa auf Dolmetscherleistungen<sup>105</sup> oder die Belehrung über »elementare Rechte«) machen wenig Hoffnung auf eine adäquate Regelung der Strafverteidigung auf europäischer Ebene<sup>106</sup> – und bestärken das Mißtrauen in Deutschland gegenüber dem »Einheitsbrei aus Brüssel«.<sup>107</sup>

Der europäische Gesetzgeber wäre zu einer solchen Rechtssetzung aber legitimiert. Zwar ist die Legitimation strafverfahrensrechtlicher europäischer Normen – unabhängig davon, ob sie beschuldigten- bzw. verteidigerfreundlich oder beschuldigten- bzw. verteidigerfeindlich erscheinen – in Deutschland Gegenstand heftiger Kontroversen.<sup>108</sup> Doch im Grundsatz ist unbestritten, daß europäische Sachverhalte auch auf europäischer Ebene entschieden werden müssen. Darauf weist auch das BVerfG im Lissabon-Urteil<sup>109</sup> hin: Verfahrensrechtliche Normen, unter denen ein Schuldspruch zustande kommt, müssen durch einen gesellschaftlichen Willensbildungsprozeß legitimiert sein,<sup>110</sup> und auch europäische Vorgaben bedürfen einer rechtspolitischen Auseinandersetzung und einer demokratischen Legitimation.<sup>111</sup> Nur wenn man der Ansicht ist, daß eine solche Legitimation auf EU-Ebene derzeit nicht in ausreichendem Maße vorhanden ist, scheint der Weg einer europäischen Gesetzgebung derzeit verschlossen. Wer aber glaubt, daß nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon mit Art. 82 Abs. 2 AEUV eine hinreichend legitimierte Rechtsetzungskompetenz existiert, sollte sich hier – anders als das deutsche BVerfG – nicht auf eine Forderung nach einem nur restriktiven Ge-

brauch der Gesetzgebungskompetenz beschränken. Deutschland kann in Europa nicht nur verlieren. Angesichts der Entwicklung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung<sup>112</sup> erscheint es dringend angebracht, eine visionäre Vorgabe für eine europäisch dimensionierte Strafverteidigung zu entwickeln. Diese muß mehr sein als eine Summe aller nationalen Einzelteile in einer Minimalausgabe. Sie darf kein europäischer »Einheitsbrei« auf niedrigstem Niveau sein, sondern muß die verfahrensrechtliche Basis für eine Verteidigung sein, die mit der grenzüberschreitenden Strafverfolgung auf Augenhöhe arbeitet.<sup>113</sup>

Ein solches neues Konzept einer europäisch dimensionierten Strafverfolgung muß jedenfalls drei Elemente umfassen:

1. Eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Verteidigerinnen und Verteidigern, die unabhängig von Einzelverfahren, institutionalisiert über Zentralstellen verteidigungsrelevante Informationen austauschen und Verfahren international koordinieren kann;
2. Europäische Verfahrens- und Verteidigungsrechte, die in jeder Phase eine effiziente Strafverteidigung im europäischen Rechtsraum ermöglichen. Dafür muß sowohl der transnationale Aspekt als auch Besonderheiten europäischer Instrumente berücksichtigt werden. In Verfahren etwa, in denen ein Instrument gegenseitiger Anerkennung Anwendung findet, bedarf es einer doppelten Verteidigerbestellung in Anordnungs- und in Vollstreckungsstaat ab Eröffnung des Vorverfahrens.<sup>114</sup> Es müssen einheitliche Beschuldigtenrechte, einheitliche Standards für Haftbeschwerden ebenso gelten wie grenzüberschreitende Akteneinsichtsrechte;

101 Fraglich ist hier nicht nur der prozedurale Weg, sondern inhaltlich auch die Frage, ob der EGMR seine »equivalent protection«-Doktrin aufgeben wird, nach der – soweit die EU wenigstens gleichwertige GRE gewährleistet – die Vermutung gilt, daß die EMRK nicht verletzt sei. Diese Vermutung kann und muß im Einzelfall widerlegt werden, etwa wenn der Schutz der EMRK-Rechte »offenkundig unzureichend« ist. EGMR Urte. v. 30.06.2005, Az.: 45 036/98 – *Bosphorus /. Irland* (abgedr. NJW 2006, 197).

102 Der Vertrag von Lissabon sieht die europäische Rechtsetzung für Rechte des Beschuldigten vor, nicht aber für die Strafverteidigung, vgl. im einzelnen Art. 82, Art. 83 AEUV; vgl. dazu etwa: *Klip* (Fn. 83), S. 214 ff.; *Vogel/Matt* StV 2007, 207.

103 Vgl. etwa Schlußfolgerungen von *Tampere*, Rn. 37; Haager Programm von 2004 Nr. III 3.3.1; Fahrplan Rn. 8 ff. (ABl. C 295 vom 04.12.2009, 1).

104 ABl. C 295 vom 04.12.2009, 1.

105 Dazu etwa: Initiative verschiedener Mitgliedstaaten zum Erlaß einer Richtlinie über die Rechte auf Dolmetscherleistungen und auf Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. C 69 vom 18.03.2010, 1.

106 *Braum* StV 2003, 580; *Schünemann* GA 2004, 193.

107 Vgl. Auswertung von Praktikerinterviews durch *Wahl* in: *Vernimmen-Van Tiggelein/Surano/Weyembergh* (Hrsg.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, 2009, S. 115 ff.

108 *Braum* StV 2003, 578.

109 BVerfGE 123, 267, Rn. 358: »Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung (...).«; vgl. dazu: *Böse* ZIS 2010, 85.

110 BVerfGE 123, 267, Rn. 358, 353: »Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, (...)« mit Verweis auf *Weigend* ZStW 1993, 785.

111 BVerfGE 51, 324 (343).

112 Wenn das BVerfG aber die gemeinsame Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität durch eine Zusammenarbeit und eine Angleichung des Strafverfahrensrechts grundsätzlich anerkennt, dann muß es auch die Notwendigkeit einer europäischen Strafverteidigung anerkennen. Vgl. BVerfG, Urte. v. 30.06.2009, 2 BvR 1010/2008, Rn. 358 f.; zust. *Böse* ZIS 2010, 85; dagegen: *Kubicel* GA 2010, 36 (42).

113 Vgl. dazu auch die Abschlußresolution des DAV zum Forum »Grundrechte in Strafverfahren in Europa« am 16.09.2006 in Frankfurt/Oder; *Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 376 ff.; *Madignier* StV 2003, 131; *Bendler* StV 2003, 133; *Polakiewicz* EuGRZ 2010, 13.

114 *Salditt* StV 2003, 137.

3. Über formelle Verbesserungen hinaus sind weitere Ausgleichsmaßnahmen notwendig, damit betroffene Personen im europäischen Vollstreckungsraum Vertrauen zu ihrer Strafverteidigung fassen können. In einer Situation der Konfrontation mit einer fremden Rechtsordnung, mit einer anderen Sprache und mit einem unvertrauten Verhaltenskodex etc. müssen sie die emotionale Sicherheit für eine wirksame Strafverteidigung finden.

#### E. Fazit

Europa ist Rechtswirklichkeit geworden – und dennoch eine Herausforderung geblieben, der sich die Strafverteidigung weder entziehen kann noch soll. Die Verteidigerinnen und Verteidiger verdanken der EMRK viel: Die Korrektur von Schwachpunkten in ihrem jeweiligen nationalen System – und vor allem die Idee und die Erfahrung, daß ein gemeinsamer europäischer Standard möglich und nicht immer schlechter ist, als der deutsche.

In dem integrierten Europa der EU benötigen die Verteidigerinnen und Verteidiger jedoch etwas anderes: keine europäisch korrigierte nationale, sondern eine national verankerte, aber europäisch ausgerichtete Strafverteidigung. Nur so werden sie langfristig zu einem ebenbürtigen Gegenüber der grenzüberschreitenden Strafverfolger. Eine solche Vision zu

entwickeln und umzusetzen ist die größte Herausforderung. Denn Europa tritt der Strafverteidigung in unterschiedlichen, sich überlagernden Rechtsregimes mit vielfältigen Initiativen verschiedener Interessengruppen gegenüber. Europa spricht nicht nur mit zwei Zungen, EGMR und EU,<sup>115</sup> sondern überall in verschiedenen Tonlagen, auf unterschiedlichen Kanälen, durcheinander und sehr viel. Doch die Strafverteidigung hat die Herausforderung längst erkannt, und wird sich über kurz oder lang auf Altbekanntes und -bewährtes besinnen: Ein faires Strafverfahren mit effizienter Verteidigung braucht schützende Formen, es braucht europaweite Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit von Regeln für eine waffengleiche Auseinandersetzung in der Strafverfolgung.<sup>116</sup> Europa bleibt eine Herausforderung. Das macht sie so spannend.

*In der griechischen Mythologie endet der Handlungsstrang, der mit Zeus' Verwirrung beginnt, mit einer gesetzlichen Ordnung. Ein Sohn der Europa (und des Zeus) – Rhadamanthys – hat dem Mythos nach einen hervorragenden Kodex erarbeitet, der zuerst den Kretern und danach anderen Völkern Rechtssicherheit gibt.*

<sup>115</sup> Vgl. Weigend StV 2001, 63 ff.

<sup>116</sup> Vgl. Heger ZIS 2009, 408.