

# Auswirkung des Schengener Übereinkommens für die Strafverteidigung

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

Vortrag auf dem Strafverteidiger-Kolloquium am 14.11.1998 in Hamburg  
Strafverteidiger Forum, Heft 2, Februar 1999, S. 37-45

## ■ 1. Einleitung

Das verträumte Städtchen Schengen in Luxemburg hat bei Strafverteidigern schon für unangenehme Träume gesorgt. Seit die in Schengen beschlossenen Regelungen im März 1995 in Kraft traten, plagt manchen die Vorstellung eines europäischen Szenarios der Strafverfolgung, das kaum durchschaubar und daher für die Verteidigung wenig beherrschbar ist. Praktische Erfahrungen mit einem Strafprozeß à la Schengen existieren kaum, weshalb die Aufarbeitung der Unsicherheit auf die erste persönliche Konfrontation mit dieser Problematik verschoben wird.

Wer sich demgegenüber mutig der Herausforderung stellt und sich der Lektüre des Schengener Durchführungsübereinkommens unterzieht, wird sich in dem komplizierten Text eines eurobürokratischen Gemischtwarenladens<sup>1</sup> wiederfinden, der Gefahren für zukünftige Strafverteidigungen nicht auf Anhieb erkennen läßt. Der gesamte 142 lange Artikel umfassende Text des Abkommens enthält nicht ein einziges Mal das Wort „Strafverteidiger“<sup>2</sup>. Um so häufiger werden Polizeibehörden erwähnt.

**Wer daraus den Schluß zieht, es bedürfe keiner weiteren Auseinandersetzung mit Schengen übersieht zwei wichtige Dinge.**

Erstens: Die Einführung des großen Lauschangriffs in die StPO hat uns das Argument näher gebracht, dass die von uns kritisierte Regelung seit langem schon in den meisten Polizeigesetzen verankert sei. Die Diskussion um

diese polizeilichen Gesetze hatten wir verschlafen - was Anlaß sein sollte, uns rechtzeitig im Hinblick auf den Strafprozeß auch mit Normengebilden auseinanderzusetzen, deren Adressat vornehmlich die Polizeibehörden sind.

Zweitens: Der internationalisierte Strafprozeß ist eine der bedeutenden Herausforderungen der Strafverteidigung in der Zukunft. Die Realitäten des Prozesses haben sich geändert, seit zwischenstaatliche Grenzen nicht nur durchlässig, sondern im Alltagsleben nicht mehr existent sind. Die wachsende Mobilität läßt es als Zufall erscheinen, ob sich Zeugen oder Angeklagte diesseits oder jenseits einer Grenze aufhalten. Die Verfahren nehmen zu, in denen ein Großteil des zu beurteilenden Geschehens im Ausland liegt. Der Prozeßstoff wird nicht von deutschen, sondern von ausländischen Behörden gesammelt, Beweise nach fremden Rechtsordnungen erhoben.

Diese neuen Dimensionen internationaler Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung erschließen sich Polizei und Justiz. Schengen gilt heute als Synonym für die Bemühungen der europäischen Staaten, mit neuen Kompetenzen den veränderten Realitäten strategisch zu begegnen. Strategien der Verteidigung in diesem internationalen Raum stehen aus. Wollen wir nicht im Gerichtssaal zum Zuschauer der Einführung und Verwertung von europaweiten Ermittlungen degradiert werden, sondern aktiv zugunsten unserer Mandanten die Suche nach neuen Wegen mitbestimmen, müssen wir uns der durch Schengen geschaffenen Herausforderung stellen.

Wenn ich hierfür heute erste Ansätze suche, kann ich nicht den Anspruch erfüllen, innerhalb des wenig systematisierenden Normenzusammenhangs von Schengen eine umfassende Position der Strafverteidigung zu beschreiben. Ich werde vielmehr drei Punkte exemplarisch herausgreifen, die aus meiner Sicht die größte Bedeutung für die tägliche Strafverteidigerpraxis haben werden: Das ist zum einen die erstmals erfolgte Regelung eines europaweiten „ne bis in idem“, zum anderen die neuen Zustellungsmöglichkeiten gerichtlicher Urkunden. Letztlich werde ich einige Gedanken zur Verwertungsmöglichkeit ausländischer Beweismittel in unserem Strafprozeß vortragen.

## ■ 2. Überblick über das SDÜ

Den Gegenstand meiner Erörterung möchte ich Ihnen vorab noch einmal in Erinnerung rufen. Zur Historie: Das Schengener Abkommen verdankt seine Entstehung dem Interesse der Staaten der Europäischen Union, einen Binnenmarkt ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem der freie Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Der hieraus in Konsequenz resultierende Abbau von Grenzkontrollen ließ manchen Politiker Sicherheitsdefizite entdecken. Ob Grenzkontrollen vor ihrer Abschaffung tatsächlich eine effektive Art der Kontrolle waren, wurde schon vor ihrer Abschaffung von der Kommission der Europäischen Union selbst bezweifelt<sup>3</sup>. Ob nicht statt des Ausgleichs für Sicherheitsdefizite neuartige Überwachungsinstrumentarien durch das Schengener Abkommen installiert werden sollten<sup>4</sup>, ob nicht vielmehr politisch der Ausbau einer Festung Europa gegen externe Neider durch das Abkommen gewollt war, soll hier nicht näher untersucht werden.

Einem ersten Abkommen im Juni 1985 in Schengen zwischen den Benelux-Ländern Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland, das die Vereinbarung einer Zusammen-

arbeit zwischen den Zoll- und Polizeibehörden insbesondere zum verstärkten Kampf gegen die Kriminalität enthielt, folgte das die konkreten Regelungen enthaltende Zusatzabkommen. Erarbeitet wurde der Text dieses Übereinkommens unter strengster Geheimhaltung ohne jede parlamentarische Kontrolle durch die sogenannte Schengengruppe. Dieser gehörten Mitglieder der EG-Kommission sowie Arbeitsgruppen auf Ministerialebene an, die maßgeblich aus hohen Polizeibeamten bestanden. Der Rat von Strafruristen, gar die Beteiligung von Strafverteidigern, war nicht gefragt. Während die Texte zu Beginn der 90er Jahre beispielsweise in den Niederlanden und Frankreich in der Öffentlichkeit heiß umstritten waren, tauchten sie in der deutschen politischen Diskussion kaum auf - schon mangels Publizierung des deutschen Textes. Nach einer Verzögerung aufgrund der deutschen Wiedervereinigung wurde das Abkommen im Juni 1990 in Schengen unterzeichnet. Ohne aufsehenerregende öffentliche Diskussion ratifizierte der Bundestag drei Jahre später dieses Abkommen. Nachdem mit Verzögerung endlich die technischen Voraussetzungen der vorgesehene europaweiten Computerfahndung gegeben waren, konnten die Regelungen 1995 in Kraft treten. Neben den Erstunterzeichnerstaaten ist das Abkommen in Portugal, Spanien, Italien und mit Einschränkung in Griechenland in Kraft. Die skandinavischen Länder haben noch nicht ratifiziert, Irland und Großbritannien nicht einmal unterzeichnet<sup>5</sup>.

Entsprechend der politischen Zielsetzung sind die Regelungen des SDÜ im Zusammenhang mit den Freizügigkeitsrechten der Europäischen Union geplant; mangels politischer Einigungen wurde das SDÜ zunächst rechtstechnisch als multilateraler völkerrechtlicher Vertrag konzipiert. Die Einbeziehung in den Rahmen der Europäischen Union soll nunmehr in Zukunft durch die im Vertrag von Maastricht geschaffenen drei Säulen erfolgen, die auch die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen als neues gemeinsames Aufgabengebiet vorsehen.

Den letzten Stand der EU-weiten Entwicklung markiert der Vertrag von Amsterdam vom 02.10.1997, der die Schengen-Regelungen umfassend in der Gemeinschaft fortschreiben will<sup>6</sup>. Das Ziel ist die Schaffung eines europäischen Raumes „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“<sup>7</sup>.

Diesen Anspruch löst das Schengener Durchführungsübereinkommen mit einem nur beschränkt systematisch erfaßbaren Regelungsgehalt ein. In den insgesamt 8 Titeln des SDÜ werden neben allgemeinen Bestimmungen ergänzende EU-Vorschriften über Transport und Warenverkehr, neuartige und komplizierte Datenschutzregelungen, die Installation eines Exekutivausschusses sowie die technische Umsetzung der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen, insbesondere die Behandlung von Asylbegehren behandelt. Für die konkrete Strafverfolgung von besonderer Bedeutung sind die Titel III und IV des SDÜ.

Letzterer regelt in den Art. 92 - 119 ausführlich die Installation und Nutzung des Schengener Informationssystems. Europaweit für die Polizei abrufbar wurden Datenbanken geschaffen, die von internationalen Festnahmeersuchen über schlichte Einreiseverweigerungen bis hin zur verdeckten Registrierung von Personen oder Sachen quer durch den Kontinent reichen<sup>8</sup>. Ein Beispiel für die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Schengen Staaten bieten die Regelungen über die Aufnahme von Auslieferungsbegehren in das neue Fahndungssystem, einem sog. „Computer-Befehl“<sup>9</sup>. Das SDÜ schreibt in Art. 95 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass bei einer Fahndung zwecks Auslieferung allein der ausschreibende Staat - also z.B. die spanischen Justizbehörden - die Zulässigkeit der Festnahme auch nach deutschem Recht zu überprüfen hat. Wenn beispielsweise die Prüfung der deutschen Verjährungsfrage dem Staatsanwalt in Madrid mißlingt, wird dies vorläufig für festnehmende Polizeibeamte und möglicherweise auch den Haftrichter nicht nachvollziehbar sein. Der Zentralrechner des Schengener Informationssystems in Straßburg hat keine Daten aufge-

nommen, die eine kurzfristige Überprüfung der Berechtigung des Auslieferungsbegehrens ermöglichen könnten<sup>10</sup>. Konsequenterweise entwickelt somit allein die durch Spanien veranlaßte Ausschreibung eine nicht mehr überprüfbare Tatbestandswirkung für Zwangsmaßnahmen auf deutschem Hoheitsgebiet<sup>11</sup>.

Unmittelbare Auswirkungen auf das Strafverfahren folgen primär aus Titel III (Art. 39 - 91), der mit „Polizei und Sicherheit“ überschrieben ist. Kapitel 1 dieses Titels ist folgerichtig benannt: Polizeiliche Zusammenarbeit. Erst in den folgenden Kapiteln dieses Titels finden sich Regelungen, deren Überschriften Verfahrensrelevanz für den Strafprozeß andeuten. Geregelt wird dort in Kapitel 2 die Rechtshilfe in Strafsachen, in Kapitel 3 das Verbot der Doppelbestrafung, Kapitel 4 die Auslieferung und in Kapitel 5 die Übertragung der Vollstreckung von Strafurteilen. Kapitel 6 und 7 enthalten Regelungen zur Harmonisierung der Strafvorschriften hinsichtlich Betäubungsmittel und Feuerwaffen.

Allein die Zusammenfassung dieser Thematiken in dem Titel - ich erinnere an die Überschrift „Polizei und Sicherheit“ - ist bereits deutlicher Hinweis darauf, wie die Verfasser dieser Regelungen Bedeutung und Stellenwert der unmittelbar in den Prozeß hineinreichenden Normen einschätzen. Die Reihenfolge signalisiert nicht nur einen zeitlichen Vorrang der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit.

Dementsprechend haben die Rechtshilfe Regelungen nicht den Anspruch eines großen systematischen Entwurfs einer innereuropäischen justiziellen Zusammenarbeit. Die einzelnen Vorschriften lassen sich vielmehr eher als eine schrittweise Fortschreibung der bereits vorhandenen Regelungen in den zahlreichen vorliegenden Rechtshilfeübereinkommen verstehen, seien sie vom Europarat initiiert, oder im Rahmen der Europäischen Union vereinbart. Dies verdeutlicht der Text im Kernbereich traditioneller Rechtshilfe, der Auslieferung. Art. 59 SDÜ führt ausdrücklich

an, dass lediglich Ergänzungen zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vorgenommen werden sollen. Dementsprechend beschränken sich die Vorschriften beispielsweise auf rechtstechnische Präzisierungen für den Begriff der Unterbrechung der Verjährung. Die auslieferungsfähigen Delikte werden teilweise auf Steuerstraftaten ausgedehnt. Die nach dem deutschen Gesetz über internationale Rechtshilfe bereits vorgesehene vereinfachte Auslieferung durch Verzicht des Betroffenen auf ein förmliches Auslieferungsverfahren wird zum Standard in den Schengen-Staaten erklärt. Eine neue Qualität kommt allenfalls der bereits erwähnte Ausschreibung und das damit verbundene Ersuchen um vorläufige Festnahme im Schengener Informationssystem zu.

### ■ 3. ne bis in idem

Einen Einstieg ganz anderer Dimension in ein verändertes Verständnis der Strafjustiz in Europa bietet Kapitel 3 mit der Überschrift „Verbot der Doppelbestrafung“. In Deutschland hat bekanntlich das Gebot des „ne bis in idem“ Verfassungsrang. Schon das Gedanken- gut der Aufklärung verankerte im Rechtsbewußtsein moderner rechtsstaatlicher Gesellschaften das Schutzbedürfnis des Individuums vor einer perpetuierten Bedrohung vor der Strafgewalt des Staates<sup>12</sup>. Die wiederholte Sachentscheidung in Kriminalfällen soll prinzipiell ausgeschlossen sein.

So prominent diese Regelung in Art. 103 Abs. 3 GG angesiedelt ist, so verblüffend war bislang seine absolute Wirkungslosigkeit jenseits der staatlichen Grenzen. Das Vertrauen des Bürgers in die Abgeschlossenheit der strafrechtlichen Behandlung sollte sich nach deutscher Rechtsauffassung<sup>13</sup> allein auf das Handeln der deutschen Strafjustiz beziehen. Noch im 75. Band seiner Entscheidungssammlung stellte das Bundesverfassungsgericht<sup>14</sup> ausdrücklich fest: „Es besteht derzeit noch keine allgemeine Regel des Völkerrechts des Inhalts, daß eine Person wegen dessel-

ben Lebenssachverhalts, dessen wegen sie bereits in einem dritten Staat zu einer Freiheitsentziehung verurteilt wurde und diese Strafe auch verbüßt hat, in einem anderen Staat nicht neuerlich angeklagt oder verurteilt werden darf.“

Dies gilt nach wie vor im Grundsatz für alle Staaten außerhalb des Schengen-Raums. Härten der Doppelbestrafung wurden und werden durch § 51 Abs. 3 StGB abgemildert, wonach eine im Ausland verhängte und vollstreckte Strafe wegen derselben Tat angerechnet werden muß. Diese Wohltat ist für den in Deutschland Angeklagten, der wegen eines Betäubungsmitteldelikts zu einer 10jährigen Freiheitsstrafe verurteilt wird, nur sehr beschränkt spürbar, wenn er wegen derselben Tat zuvor zum Beispiel in den Niederlanden lediglich wenige Monate Haft erlitten hat<sup>15</sup>. Hier hat der Schengen-Vertrag Fortschritte gebracht, da zumindest im Grundsatz festgehalten wird, dass eine Straftat nicht mehr verfolgt werden darf, wenn der Beschuldigte bereits in einem anderen Schengen-Staat wegen derselben Tat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Die Wirkung der Stärkung des Individuums gegenüber den Strafgewalten der europäischen Staaten ist unverkennbar. Dass die Verbreitung dieser Rechtsposition nur auf eine Art organisatorischer Rechtshilfe-Regelung und einem Akt der vertrauensbildenden Maßnahme zwischen Staaten beruhen könnte, sollte Strafverteidiger nicht an einer intensiven Nutzung dieses Rechtes hindern. Sie haben sogar die Pflicht, bei der Auslegung des europäischen „ne bis in idem“ auf den individualrechtsschützenden Kern dieser Vorschrift und deren extensive Auslegung zu drängen.

Ausgangspunkte sollte folgende Überlegung sein: Organisieren die Schengen-Staaten für ihre Bürger einen einheitlichen Lebensraum, in dem unterschiedliche Sprachen und Kulturen fließend ineinander übergehen, in dem die räumlichen Grenzen staatlicher Souveränität keine spürbaren Wirkungen mehr ent-

fallen, dann muß es als rechtsstaatlicher Widerspruch erscheinen, wenn gerade die extremste Form der Konfrontation des Bürgers mit der Staatsgewalt ihn als dauerhaftes Bedrohungspotential verfolgen soll. Dass gerade das Überschreiten der ansonsten unsichtbaren Grenzen innerhalb dieses Raumes Anlaß für eine abermalige Strafverfolgung derselben Tat durch die Staatsgewalt sein soll, ist dem freien Bürger im Schengen-Land nicht mehr zu vermitteln. Diesen Anspruch auf Rechtssicherheit und Rechtsfrieden<sup>16</sup> kann jeder Schengen-Bürger gegenüber der Gesamtheit der staatlichen Autorität innerhalb dieses einheitlichen Gebildes geltend machen. Wir sollten mithelfen, die Überzeugung in den Gerichtssälen zu verankern, dass unter den heutigen Bedingungen doppelte Strafverfolgung in Europa staatliches Unrecht darstellt<sup>17</sup>.

Von einer vollständigen Anerkennung dieses Grundsatzes sind jedoch selbst die Regelungen des SDÜ noch entfernt. Von der Achtung des Strafurteils eines anderen Landes können die einzelnen Vertragsstaaten nach Art. 55 Ausnahmen festlegen. Es wird niemanden wundern, dass Deutschland hiervon ausgiebig Gebrauch gemacht hat. Eine doppelte Strafverfolgung behält sich die Bundesrepublik bei zahlreichen Delikten vor, die die Sicherheit oder wesentliche staatliche Interessen betreffen. Die Weite dieser Auslegung zeigt die Aufnahme des § 129 StGB in den entsprechenden Katalog. Eine weitere Ausnahme ist durch den Tatort konstituiert. Wurde die vorgeworfene Tat ausschließlich in Deutschland begangen, wird ein ausländisches Urteil nicht respektiert. Wurde die Tat teilweise in Deutschland begangen, gilt das Verfolgungsverbot nur dann, wenn ein Urteil aus einem anderen Schengen-Staat vorliegt, in dem die Tat ebenfalls teilweise begangen worden ist. Das niederländische Urteil, das den jedenfalls teilweise in den Niederlanden agierenden Haschisch-Verkäufer bestraft, begründet somit ein Verfahrenshindernis<sup>18</sup>. Die deutsche Rechtsprechung hat damit nur noch eingeschränkt die Möglichkeit, sich über

das Weltrechtsprinzip zum „Weltrichter für Strafzumessungsfragen“ aufzuschwingen<sup>19</sup>.

Dass die Anwendung dieser Schengen-Vorschrift zahlreiche Auslegungsprobleme mit sich bringen wird, deuten bereits die ersten publizierten Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema an. Die schon nach deutschem Recht schwierige Feststellung, ob sich zwei unterschiedliche Verfahren auf dieselbe Tat beziehen, wird erheblich komplizierter, wenn eines dieser Verfahren nach einer hier wenig geläufigen ausländischen Rechtsordnung geführt worden ist<sup>20</sup>.

Der Text des Art. 54 SDÜ macht das Verbot der Doppelbestrafung von weiteren Voraussetzungen abhängig: Ist ein Beschuldigter im Ausland „rechtskräftig abgeurteilt“, darf er dann nicht mehr verfolgt werden, wenn „im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann“. Dass auch ein Freispruch ein Verfahrenshindernis auslösen kann, legt zwar der deutsche Vertragstext mit dem Begriff der Aburteilung nicht gerade nahe, sollte aber selbstverständliche Konsequenz sein<sup>21</sup>.

Dass deutsche Richter sich nur ungern ihre Strafkompetenzen beschneiden lassen, zeigt eine Entscheidung des OLG Saarbrücken<sup>22</sup>. Die Richter sahen sich an einer Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts nicht dadurch gehindert, daß der Angeklagte wegen derselben Tat bereits in Belgien zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung und gleichzeitig zu einer Geldstrafe verurteilt worden war. Diese Geldstrafe war nicht bezahlt und sei daher nicht - wie dies das Verfolgungsverbot nach Art. 54 SDÜ vorschreibe - vollstreckt worden, behauptete der Senat. Auch wer die menschenrechtlichen Züge des Grundsatzes „ne bis in idem“ nicht ernst nehmen will, muß eine in dieser Entscheidung zu Tage tretende Mißachtung des Regelungszwecks des SDÜ registrieren. Wer meint, eine nicht bezahlte Geldstrafe im Ausland zum Anlaß neh-

men zu können, um hier in Deutschland für dieselbe Tat eine Freiheitsstrafe zu verhängen, muß sich dem Vorwurf aussetzen, allein vom Richtertisch aus verbissene Strafverfolgung mit einem missionarischen Anspruch zu betreiben, der die Schengen-Idee des Respekts vor der ausländischen Rechtsordnung und Akzeptanz ausländischer Strafentscheidungen konterkariert.

Dies gilt um so mehr, als das hier besprochene Urteil offensichtlich nicht einmal feststellte, aus welchen Gründen die Geldstrafe des in Belgien Verurteilten nicht bezahlt worden war. Sollte die Auslegung des OLG Saarbrücken Schule machen, würde es zu den taktischen Aufgaben des Strafverteidigers in Deutschland zählen, das Verfolgungshindernis unzweifelhaft dadurch eintreten zu lassen, dass die Geldstrafe bezahlt wird und damit „die Sanktion bereits vollstreckt worden ist.“

Auch die in diesem Urteil angesprochenen - aber letztendlich offengelassenen - Zweifel, ob eine Bewährungsstrafe im Sinne des Schengener Übereinkommens „vollstreckt“ wird und damit möglicherweise als Verfolgungshindernis von vornherein völlig ungeeignet ist, sind nur durch ein fatales Mißverständnis der neuen Regelungen zu erklären. Ziel des europaweiten „ne bis in idem“ ist nicht sicherzustellen, dass jeder verurteilte Täter möglichst in Straftaft genommen wird. Ziel ist die Anerkennung der ausländischen Entscheidung. Hält diese Entscheidung eine strafrechtliche Sanktion wie die der Bewährungsstrafe für angemessen, verbleibt insofern für das deutsche Gericht kein Beurteilungsspielraum mehr. Auch der auf freiem Fuß befindliche zu einer Bewährungsstrafe verurteilte Bürger darf nicht mehr wegen derselben Tat in Deutschland verfolgt werden.

Von noch größerer Bedeutung dürfte die zukünftige Diskussion über die Frage sein, welche Qualität eine verfahrensabschließende Entscheidung aufweisen muß, damit sie in den Nachbarländern verfahrenshindernde Wirkung ausüben kann. Ein Urteil dürfte stets

diesen Effekt haben<sup>23</sup>. Wie ausländische Staaten aber beispielsweise auf Erledigungen deutscher Verfahren durch Strafbefehl, Nicht-Eröffnungsbeschlüsse oder Einstellungen gemäß § 153 a StPO reagieren, ist im SDÜ nicht zwingend vorgegeben. Da es eine allgemeine Tendenz des modernen europäischen Gesetzgebers ist, die gesetzliche Palette solcher Erledigungsmöglichkeiten zu erweitern, wird der deutsche Richter sich häufig dem Problem stellen müssen, eine zwar verfahrensabschließende, aber nicht durch richterliches Urteil ergangene Entscheidung ausländischer Strafjustiz daraufhin zu untersuchen, ob nach Sinn und Zweck des Art. 54 SDÜ eine weitere Ahndung der behandelten Tat europaweit unterbleiben sollte.

Wie kontrovers eine solche Diskussion geführt werden kann, zeigt ein Hamburger Beispielfall. Sowohl die Nichteröffnungsentcheidung des Landgerichts Hamburg<sup>24</sup> als auch die auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hiergegen ergangene Eröffnungsentcheidung des OLG Hamburg<sup>25</sup> als auch das dann freisprechende Urteil des Landgerichts Hamburg<sup>26</sup> sind ebenso publiziert worden wie der vorläufige Stand des Revisionsverfahrens in Form eines Rechtsanfragebeschlusses des 5. Strafsenats des BGH<sup>27</sup>. Gegenstand der Anklage ist der Vorwurf der Hinterziehung sogenannter Anti-Dumping-Zölle. Diese Tat war bereits zuvor Ermittlungsgegenstand eines belgischen Verfahrens, das allerdings dort durch die Zollbehörden geführt wurde. Durch nachträgliche Entrichtung der Zölle sowie der Zahlung einer besonderen Zollstrafe fand das Verfahren in Belgien seine abschließende Erledigung. Nach dortigem Recht ist die weitere Strafverfolgung ausgeschlossen.

Das hielt das Hanseatische Oberlandesgericht auch unter Berücksichtigung der Regelung des Schengener Durchführungsübereinkommens nicht für bindend, da letztlich nicht eine richterliche, sondern lediglich die von einer Verwaltungsbehörde getroffene Entscheidung ergangen war. In Heranziehung auch des niederländischen und des französischen Wortlauts des SDÜ kam das OLG zu

dem Ergebnis, lediglich Gerichtsentscheidungen könnten ein europaweites „ne bis in idem“ auslösen. Nationalrechtliche Besonderheiten wie die des belgischen Zollverfahrens entsprächen nicht dem europäischen Geist der Harmonisierung und seien in ihrer Besonderheit eher zurückzudrängen.

Während hier der europäische Lehrmeister deutscher Nation hervorlugt, stellt die freisprechende Entscheidung des Landgerichts auf die übergreifende Idee der Schengener Verträge ab, nämlich die gegenseitige gleichwertige Anerkennung hoheitlicher Akte anderer Staaten mit dem Ziel, die Konzentration der Strafverfolgung in Europa nur auf eine einzige nationale Behörde zu erreichen. Dass dieses Ziel nationale Besonderheiten der Erledigungsmöglichkeiten einschließt, ist konsequent.

Der Fall deutet ein weites zukünftiges Aktionsfeld der Strafverteidigung an. Es gilt u. U., nicht nur zur Ermittlung des Sinns des Schengener Durchführungsübereinkommens als Auslegungshilfe die fremdsprachlichen Texte zu analysieren. Im Mittelpunkt dürfte vielmehr häufig die Diskussion stehen, welche Bedeutung eine vorliegende verfahrensabschließende Entscheidung im Ausland im Kontext des jeweiligen nationalen Verfahrensrechts hat. Art. 57 SDÜ hat ausdrücklich einen Konsultationsmechanismus installiert, der es den Staatsanwaltschaften ermöglichen soll, beschleunigt Rechtsauskünfte aus dem Ausland zu derartigen Fragen zu erlangen. Beweisanträge sollten diesen Mechanismus aktivieren. Eigenständige Nachforschungen der Verteidigung bei den spezialisierten Instituten deutscher Universitäten sollten die Basis verschaffen, um solche intergouvernationale Kommunikation kritisch beleuchten zu können.

Es gilt für uns Strafverteidiger, nach einem abgeschlossenen Verfahren - wie dies das Europäische Parlament formulierte<sup>28</sup> - die Freiheit des einzelnen und den sozialen Frieden in ganz Europa zu sichern.

Ungeregelt bleibt durch das SDÜ die Konstellation, daß eine im Ausland abgeurteilte Tat zwar nicht Gegenstand eines deutschen Strafverfahrens ist, aber Anlaß zur Bildung einer Gesamtstrafe gegeben hätte, wäre die Tat in Deutschland mit verhandelt worden. Der Angeklagte, der beispielsweise im Ausland bereits eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren verbüßt hat, erleidet Nachteile, wenn er ohne jegliche Berücksichtigung dieser - eigentlich gesamtstrafenfähigen - Verurteilung in Deutschland wegen einer neuen Tat ebenfalls zu 4 Jahren verurteilt wird. Beruht die Versagung der für ihn günstigeren Strafzumessung einer Gesamtstrafe nach § 54 StGB nur auf dem Zufall einer schnelleren Verfahrensbearbeitung im Ausland, so sollte die allgemein in den Schengener Verträgen zu Tage getretene Tendenz des gegenseitigen Respekts vor strafgerichtlichen Entscheidungen dazu führen, im Rahmen der Strafzumessung diesen Nachteil auszugleichen. Der „Härteausgleich“ allein in nationaler Dimension ist der Rechtsprechung bekanntlich geläufig.

Diese Strafzumessungskriterien sind für den Angeklagten von besonderem Interesse, wenn es der Verteidigung gelingt, die bereits aus dem Auslieferungsrecht bekannten besonderen Umrechnungsmaßstäbe für im Ausland erlittene Haft in die Diskussion mit einzubeziehen<sup>29</sup>. Die besonderen Haftbedingungen im Ausland können so auch bei einer bereits dort abgeurteilten Tat für das deutsche Strafverfahren beweisrelevant werden<sup>30</sup>.

#### ■ 4. Zustellung von Gerichtsurkunden

Traditionelle Rechtshilfe richtet sich auch in heutiger Zeit prinzipiell nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen aus dem Jahre 1959<sup>31</sup>. Es gelten nach wie vor z.B. die Regelungen zum Zeugenschutz, wie das Verbot der Verknüpfung einer Zeugenladung im Ausland mit Zwangsandrohungen oder der Grundsatz des freien Geleits. Es gelten nach wie vor die inhaltlichen Voraussetzungen an

Rechtshilfeersuchen wie beispielsweise für den Umfang der Verfahrensdarstellung oder die Notwendigkeiten ihrer Übersetzung. Ergänzungen hat das SDÜ bei den Übermittlungswegen vorgenommen. Jede Staatsanwaltschaft kann nunmehr im Schengen-Land ein Rechtshilfeersuchen unmittelbar an die entsprechende ausländische Justizbehörde richten (Art. 53 Abs. 1 SDÜ), ohne auf den bislang üblichen justizministeriellen oder gar diplomatischen Geschäftsweg (Nr. 5 RiVAST) angewiesen zu sein. Die Erledigung des Ersuchens folgt dem selben Weg. Protokolle über Zeugenvernehmungen, die Übersendung schlichter Informationen, die Überlassung von Akten oder im Ausland beschlagnahmter Gegenstände erfolgt ebenfalls unmittelbar an die ermittelnde deutsche Staatsanwaltschaft.

Eine beachtliche Verkürzung von Ermittlungen im Ausland - sofern nicht schon bilaterale Verträge früher diese Möglichkeiten eröffneten<sup>32</sup> - dürfte das erstrebte Ergebnis dieser Vereinfachung sein. Der Strafverteidiger sollte sich diese zu Nutzen machen, wenn er die Herbeschaffung entlastenden Beweismaterials aus dem europäischen Ausland anstrebt. Die versäumte Nutzung dieser Kommunikationsmöglichkeit setzt die Justiz - insbesondere bei Haftfragen - dem Vorwurf mangelhafter Verfahrensbeschleunigung aus.

Eine bedeutsame Veränderung des internationalen Prozessierens in Strafsachen wird die unmittelbare Zustellung von Gerichtsurkunden an im Ausland befindliche Personen zur Folge haben. § 37 Abs. 2 StPO hatte „auf Vorrat“ diese gesetzliche Möglichkeit schon geschaffen, bevor sie erstmals durch eine völkerrechtliche Vereinbarung in Art. 52 SDÜ ausgefüllt wurde. Durch Einschreiben mit Rückschein können sowohl in Straf- wie in Ordnungswidrigkeitenverfahren gerichtliche Urkunden überall im Schengen-Land versandt werden. Das Ausmaß dieser simpel klingenden Regelung ist mangels praktischer Erfahrung noch unüberschaubar, die sich aufdrängende Einschränkung der Beschuldigten-

rechte sollte Anlaß für eine kritische Würdigung sein.

Welche Schriftstücke zur direkten Übersendung ins Ausland in Frage kommen, ist den in ihrer Entstehung undurchschaubaren Listen zu entnehmen, die die einzelnen Vertragsstaaten aufgestellt haben. Mit mehr als 100 möglichen Urkunden hat Deutschland auch hier eine Spitzenposition eingenommen. Möglich war dies u. a. deshalb, weil zum einen nahezu alle denkbaren Mitteilungsmöglichkeiten der StPO aufgenommen wurden und dabei die verantwortlichen Ministerialbeamten den Vertragstext der „gerichtlichen“ Urkunden nicht allzu engherzig auslegen wollten. Die Mitteilung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder gar die Steuerfahndung ist ebenso in die Liste aufgenommen worden wie beispielsweise die Ladung zu Zeugen- oder Beschuldigtenvernehmungen durch die Polizei. Schon die Aufnahme staatsanwaltschaftlicher Nachrichten mag systematisch ungereimt erscheinen, weil die maßgebliche Bezugsnorm des § 37 Abs. 2 StPO eindeutig nur für gerichtliche, nicht für staatsanwaltschaftliche Entscheidungen Geltung beansprucht<sup>33</sup>. Ob die Aufwertung von Polizeibeamten zu Gerichtsorganen dem Wortlaut und Zweck der völkerrechtlichen Übereinkunft entspricht, darf bezweifelt werden - zumal andere Vertragsstaaten sich auf genuin richterlich veranlaßte Mitteilungen beschränken<sup>34</sup>.

Auch der Adressatenkreis ist nach deutschen Vorstellungen sehr weit gespannt. Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige, Anzeigenerstatter, Privat- und Nebenkläger können ebenso in Betracht kommen wie der im Ausland residierende Strafverteidiger.

Nach Art. 52 Abs. 3 SDÜ darf der Zeuge oder Sachverständige keiner Zwangsmaßnahme unterworfen werden, wenn er der aus dem Ausland eintreffenden Gerichtspost keine Beachtung schenkt. Die nachteiligen Folgen von Zwangsmaßnahmen zu Lasten von Zeugen und Sachverständigen wurden von der deut-



schen Liste respektiert. Der Beschuldigte des Strafverfahrens läuft jedoch das Risiko existenzieller Nachteile. Ein Beispiel: Einer in Teneriffa oder auf den Azoren ansässigen Person - es muß sich nicht einmal um einen deutschen Staatsangehörigen handeln - kann die Ladung zu einer Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren in Hamburg ebenso per Post zugestellt werden, wie die Mitteilung der Anklageschrift und der Eröffnung durch das Gericht oder wie die Ladung zur Hauptverhandlung. Verzichtet er auf die Anreise, ist ein Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO die mögliche Folge. Ladungen zur Berufungshauptverhandlung mit den bekannten Verwerfungsfolgen bei Nichterscheinen können ebenso per Post ins Ausland versandt werden wie fristauslösende Übermittlungen, z. B. die schriftlichen Urteilsgründe im Revisionsverfahren.

Dies geht sogar so weit, dass Bußgeldbescheide und Strafbefehle wirksam zugestellt werden können. Wird nicht rechtzeitig Einspruch eingelegt, können deutsche Gerichte mit europäischen Straftätern kurzen Prozeß machen. Unter Inanspruchnahme des Weltrechtsprinzips können so selbst diejenigen ausländischen Staatsangehörigen mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr belegt werden, die niemals in Deutschland waren und keine Veranlassung sahen, sich mit dem deutschen Strafverfahren auseinanderzusetzen. Ich bezweifle, dass diese weitgehenden Konsequenzen des deutschen Strafbefehlsverfahrens den anderen europäischen Vertragsstaaten bei der Formulierung des Art. 52 SDÜ bewußt war.

Die drohende Verkürzung des Rechtsschutzes wird die Kreativität der Strafverteidigung herausfordern. Wir werden bei Wiedereinsetzungsgesuchen Postlaufzeiten in Europa ebenso zur Diskussion stellen müssen, wie den konkreten Vorgang der Zustellung im Ausland. Als Verantwortlicher der Zustellung soll die sogenannte gelbe Post ebenso in Betracht kommen wie private Unternehmen wie UPS oder DHL<sup>35</sup>. Die überkommene Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer Zustellung, weil sie beispielsweise von einem zur

Zustellung nicht ermächtigten Beamten beurkundet worden ist oder wesentliche Teile der Urkunde wie Datum und Unterschrift fehlen, gilt es in ihren strengen Anforderungen auf die Organisationsmechanismen der ausländischen Zusteller zu übertragen<sup>36</sup>. Wirksamkeitsvoraussetzung der ausländischen Zustellung dürfte auch die Einhaltung des Art. 52 Abs. 2 SDÜ sein, wonach - „wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen“ - die Urkunde in eine andere Sprache zu übersetzen ist.

## ■ 5. Verwertungsverbote bei durch das SDÜ erlangter polizeilicher Informationen

Soweit einige Hinweise zu den neuen Mosaiksteinchen, die das Schengener Durchführungsübereinkommen dem traditionellen Gebilde der Rechtshilfe hinzugefügt hat.

Vorrangiges Regelungsziel von Schengen war bekanntlich etwas anderes: Dieser Vertrag wurde ausgearbeitet von Polizisten für Polizisten. Im präventivpolizeilichen Bereich gab es bisher kaum völkerrechtliche Übereinkommen. Die Regelungen über die Rechtshilfe in Strafsachen gelten hier nicht. Die nunmehr durch Schengen konstituierte sogenannte „polizeirechtliche Rechtshilfe“<sup>37</sup> wird dementsprechend in Polizeikreisen als ein erster Schritt zum europaweiten polizeilichen Agieren gefeiert<sup>38</sup>. Angesichts der wenig kalkulierbaren Auswirkungen des zu Papier gebrachten Regelungsmechanismus bevorzugen kritischere Literaturstimmen die Einschätzung der nunmehr geregelten Polizeiarbeit als „Experiment“ oder sogar als „Laboratorium“<sup>39</sup>.

In den Reagenzgläsern dieses Labors schlummern Bestandteile, denen man auf Anhieb weitgehende Harmlosigkeit bescheinigen könnte. In Art. 39 SDÜ haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, einander bei der polizeilichen Arbeit Hilfe zu leisten. Hierfür wurde insbesondere ein verstärkter polizeilicher Informationsaustausch vereinbart. Damit wurde offensichtlich lediglich legali-

siert, was bei der sogenannten informellen Zusammenarbeit ohnehin bereits europäische Realität war. Formell wurden nunmehr die Geschäftswege vereinbart, es wurden Verbindungsbeamte installiert (Art. 47).

Ist der Informationsbedarf dringend und steht keine Ergreifung von Zwangsmaßnahmen im Raum, können heute alle Polizeibehörden im Schengener Raum problemlos unmittelbar miteinander kommunizieren. Sogar ohne Anfragen veranlaßte „Spontaninformationen“ (Art. 46) kann eine Polizeibehörde in Europa verbreiten. Grenzen der Informationserteilung auf dem Weg von Polizei zu Polizei können nur gesetzliche Regelungen setzen, die einen solchen Vorgang ausnahmsweise der Justiz vorbehalten. Auch wenn die derart vereinbarte europaweite polizeiliche Zusammenarbeit entscheidend durch die flankierende Installation des Schengener Informationssystems effektiviert wird, ist in dem Regelungsmix ein rechtsstaatlich bedenklicher Sprengstoff - noch - nicht auszumachen.

Die Regelungen enthalten darüberhinaus zwei neuartige Erweiterungen polizeilicher Kompetenzen. Nach Art. 40 SDÜ können observierende Polizeibeamte zur Fortsetzung ihrer Maßnahme auch die Landesgrenzen eines Schengen-Partners überschreiten, wenn die beobachtete Person ebenfalls in dieser Weise von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht. Art. 41 SDÜ erlaubt den Beamten sogar eine auf frischer Tat betroffene Person über die Grenzen hinweg zu verfolgen. Sowohl die grenzüberschreitende Observation als auch die sogenannte Nacheile ist aber einem derartig komplexen Beschränkungsgeflecht unterworfen, das wahrscheinlich in Zukunft derartige polizeiliche Aktionen eher in Kriminalfilmen als in der polizeilichen Realität auftauchen werden.

Der nacheilende Polizeibeamte muß beispielsweise nicht nur sofort beim Grenzübertritt die ausländischen Kollegen benachrichtigen, er muß vielmehr noch parallel prüfen, ob er gerade wegen eines Delikts des Straftatenkatalog des Art. 41 nacheilt, er muß sich von

allen ausländischen Wohnungen fernhalten, zumindest durch eine Armbinde muß er als fremder Polizist zu erkennen sein und zu allem Überfluß muß er die zeitlichen und räumlichen Beschränkungen der Nacheile präsent haben, die in jedem Vertragsstaat unterschiedlich geregelt sind. So besteht beispielsweise für Belgien nur ein denkbarer 10 km breiter Streifen hinter der Grenze, innerhalb dessen die Nacheile möglich ist.

Hier wird das Gesicht von Schengen als Laboratorium deutlich. Nicht Effektivierung polizeilicher Arbeit konnte das Ziel einer solchen Regelung sein. Die Bedeutung liegt eher in dem Symbol eines ersten völkerrechtlich vereinbarten Tests, die Exklusivität der Ausübung von Hoheitsrechten allein durch die nationale Polizei aufzuweichen<sup>40</sup>.

Die Brisanz der gesamten neuen Euro-Kompetenzen der Polizei deutet der der Nacheile zugrundeliegende Sachverhalt schon an. Die Verfolgungsjagd hinter dem fliehenden Täter ist keine präventiv polizeiliche Tätigkeit mehr, es geht um Strafverfolgung und damit auch um Strafrecht und Strafprozeßrecht. Die gesamte Regelung der polizeilichen Zusammenarbeit im SDÜ wird eingeleitet durch deren Zweckbeschreibung, die nicht nur „im Interesse der vorbeugenden Bekämpfung“, sondern auch „der Aufklärung von strafbaren Handlungen“ (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SDÜ) dient<sup>41</sup>. Dem Text, dem systematischen Aufbau, aber auch dem gesamten Geist des Schengener Durchführungsübereinkommen ist immanent, dass auch die repressive Verbrechensbekämpfung vornehmlich eine polizeiliche Aufgabe ist. Hier fügt das Schengener Laboratorium rechtsstaatlich unverträgliche Stoffe zusammen, die in einem Strafprozeß zu einer explosiven Reaktion führen können.

Der harmlos klingende Informationsaustausch europäischer Kriminalpolizei wird dazu führen, Ermittlungsakten in Deutschland weit über das bislang bekannte Maß mit ausländischen Protokollen von Zeugenaussagen<sup>42</sup>, von Telefonüberwachungen<sup>43</sup> oder Berichten von internationalen V-Leuten zu füllen.

Zur Schengener Realität wird es daher in Zukunft gehören, dass die schon national kritisierte Vorgabe des Prozeßstoffes durch die Polizei europaweite Dimensionen annehmen wird<sup>44</sup>.

Es wird nicht mehr die klassische justizielle Rechtshilfe im europäischen Auslandskontakt dominieren, bei der ein weitgehend national von der Justiz vorgegebener Prozeßstoff gezielt ergänzende Beweiserhebungen in anderen Staaten steuert. Selektion und Präsentation europaweiter Polizeierkenntnisse werden die Einleitung und Strukturierung von Ermittlungs- und Strafverfahren steuern. Die überzeugungsprägende Wirkung solcher polizeilicher Darstellungen in der Akte kennt jeder Verteidiger aus der Diskussion mit Haftrichtern. Für den späteren Prozeß bestimmen sie den richterlichen Horizont der Aufklärungsbemühungen nach § 244 Abs. 2 StPO. Sind unmittelbare andere Beweismittel nicht erreichbar, sind diese Mitteilungen der Polizei als Urkunden sogar Beweismittel.

Der Formulierungsaufwand zur Darstellung der zusätzlichen polizeilichen Handlungsbefugnisse steht in auffallendem Gegensatz zu den fehlenden Bemühungen des Schengener Vertragswerkes, die Einhaltung dieser Befugnisse einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Rechtsbehelfe sind nicht vorgesehen.

Was passiert eigentlich, wenn der nacheilende Polizist im Ausland weder durch Hut noch durch Binde als solcher erkennbar ist? Oder: Wenn er entgegen Schengener Beschränkungen den Verfolgten erst nach 11 km auf belgischem Gebiet stellt und ihm womöglich gleich an Ort und Stelle ein Geständnis abringt?

Die Veränderung der faktischen Polizeiarbeit durch Schengen wird für den Strafverteidiger endgültig zur zentralen rechtlichen Problematik, wenn die zu den Akten gegebenen Ermittlungsergebnisse der europäischen Polizeikollegen möglicherweise Beweismittel darstellen, deren Erhebung den nationalen Vorschriften eines der beteiligten Ländern widerspricht<sup>45</sup>.

Beispiel: Das deutsche Strafverfahren wird durch eine belastende Vernehmung eines Mitbeschuldigten oder des Beschuldigten selbst in anderer Sache eingeleitet, welche der deutschen Polizei aus Belgien übermittelt wird; diese Aussage erfolgte - wie vom belgischen Prozeßrecht gedeckt<sup>46</sup> - ohne vorherigen Hinweis gegenüber dem dortigen Beschuldigten auf dessen Schweigerecht, ein bekanntlich nach der aktuellen Rechtsprechung in Deutschland nicht tolerierter Zustand<sup>47</sup>. Oder: Ein Informant - nach deutschem Verständnis ein Zeuge - hat belastende Aussagen in einem französischen Verfahren gemacht, nachdem er von der dortigen Staatsanwaltschaft gegen seinen Willen 24 Stunden festgehalten worden war. Was nach der deutschen Strafprozeßordnung schnell in den Bereich des § 136 a StPO hinein reicht, ist in Frankreich legal<sup>48</sup>, wovon sich der Fernsehzuschauer bei den Dopingermittlungen der diesjährigen Tour de France teilweise überzeugen konnte. Dagegen entspricht es in einem anderen Beispiel durchaus aktueller deutscher Rechtsprechung, wenn Erkenntnisse auch tatprovokierender V-Männer im Strafprozeß verwertet werden. In anderen Ländern existiert ein absolutes Verwertungsverbot<sup>49</sup>.

Kein nationaler oder europäischer Gerichtshof ist berufen, Verstöße gegen die aufgestellten formalen Grenzen neuer polizeilicher Kompetenzen zu kontrollieren oder gar zu sanktionieren. Die Konsequenzen hat der Vertrag ausschließlich den nationalen Rechten überlassen. Sollten die Ergebnisse polizeilichen Handelns Gegenstand des deutschen Strafprozesses werden, ist somit die Prüfung der Verwertbarkeit die einzige Kontrolle der nach Schengener Befugnissen agierenden Polizeibeamten<sup>50, 51</sup>.

Die deutsche Strafprozeßordnung ist auf eine Antwort nicht vorbereitet. Eine allgemeine Lehre von den Verwertungsverboten existiert bekanntlich nicht. Wir kennen stattdessen eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die die Frage der Verfügbarkeit von Informationen für den Strafrichter in keinen systematischen Kontext bringt, sondern stets in Einzel-

fällen abwägende Wertentscheidungen anhand von Kriterien wie der Schwere des Eingriffs in Beschuldigtenrechte oder der Beweisbedeutung für das konkrete Verfahren vornimmt. Die Einbeziehung des Handelns europäischer Schengen-Polizei in diesen Abwägungsprozeß steht noch aus.

Der Rückgriff auf einen bereits vorhandenen systematischen Lösungsansatz für das aufgezeigte Problem scheidet somit aus. Zur Frage der Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel existiert Rechtsprechung, allerdings nur insoweit, als herkömmliche justizielle Rechtshilfe betroffen ist, also Beweisaufnahmen im Ausland durch die dortige Justiz auf förmliches Ersuchen deutscher Gerichte oder Staatsanwaltschaften erfolgt. In Einzelfällen wurde hier schon vom Reichsgericht entschieden, dass beispielsweise Protokolle ausländischer Zeugenvernehmungen im deutschen Prozeß durchaus verlesbar seien, auch wenn die Verteidigung entsprechend dem ausländischen Recht vom Termin nicht benachrichtigt worden war<sup>52</sup>. Der Bundesgerichtshof hat dies noch im Jahre 1985 für eine kommissarische Vernehmung in Griechenland bestätigt<sup>53</sup>. Nicht deutsches, sondern ausländisches Prozeßrecht sollte prinzipiell für die Beurteilung der Beweiserhebung maßgeblich sein<sup>54</sup>. Der Überprüfung, ob das ausländische Recht zutreffend angewandt worden war, entzog sich allerdings schon die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts mit dem Hinweis, hierfür sei ausschließlich die ausländische Rechtsprechung berufen<sup>55</sup>. Der BGH hat diese Entscheidung weder aufgenommen, noch hat er die dort geforderte Abstinenz dementiert.

Das Primat des ausländischen Rechts wurde herangezogen, um die Verwertung trotz seiner Defizite gegenüber deutschem Prozeßrecht zu begründen. Umgekehrt ist kein höchststrichterlich entschiedener Fall bekannt, bei dem ein Verstoß gegen ausländische Normen zur Unverwertbarkeit im deutschen Strafprozeß führte.

Die Rechtsprechung wird zukünftig von völlig anderen Gegebenheiten ausgehen, wenn Initiierung und partielle Kontrolle der ausländischen Beweiserhebungen nicht mehr der deutschen Justiz obliegen, sondern durch den schlichten polizeilichen Datenimport Ergebnisse dieser Erhebungen ungeprüft vorgelegt werden. Die klassische Grundkonstellation der vertrauensvollen Zusammenarbeit bei der justiziellen Rechtshilfe ist damit verlassen und auch für die deutsche Rechtsprechung stellt sich die Frage der Verwertbarkeit neu.

Dass das Problem einer Verwendung der europolizeilichen Daten in den europäischen Gerichtssälen sich aufdrängte, ist auch den Schöpfern der SDÜ nicht völlig entgangen. Zumindest die Datenherrschaft der Justiz des beweiserhebenden Staates wollte man sichern, als man in Art. 39 - der Grundregelung des polizeilichen Informationsaustausches - in Abs. 2 die Einschränkung formulierte, dass die übermittelten schriftlichen Informationen nur mit Zustimmung der zuständigen Justizbehörde des Auslandes als Beweismittel in einem Strafverfahren benutzt werden dürfen.

Dieses formelle Zustimmungserfordernis dürfte für den Strafverteidiger bei der Begründung eines Verwertungsverbots<sup>56</sup> an erster Stelle stehen. Unabhängig von jeder komplizierten Rechtmäßigkeitsprüfung nach ausländischem Recht haben deutsche Strafrichter kein Recht, von Polizei zu Polizei übermittelte ausländische Unterlagen zu Lasten des Beschuldigten zu berücksichtigen, wenn nicht gleichzeitig die ausländische Justizbehörde eine<sup>57</sup>. Die Frage, wer zustimmungsberechtigt ist und welchen Inhalt die Zustimmungserklärung exakt haben muß<sup>58</sup>, wird der Strafverteidiger im Einzelfall zugunsten seines Mandanten vertiefen müssen.

Die Zustimmung der ausländischen Justiz ist allerdings kein Garant für die Rechtmäßigkeit. Ihre Motive müssen nicht dargelegt werden. Sie können politischer Natur sein. Liegt die Zustimmung vor, ist für die Frage der Verwertbarkeit im Prozeß wenig gewon-

nen.

Auf der Suche nach einer Lösung für dieses Verwertungsproblem heißt es, auch bei Anlegen rechtlicher Maßstäbe zunächst Abschied zu nehmen von der Vorstellung einer schlichten „Hilfe“, die Schengener Mitgliedstaaten den deutschen Ermittlungsbehörden leisten. Erscheinen bei den strafrechtlich zu beurteilenden Sachverhalten staatliche Grenzen nur noch als virtuelle Elemente und folgt dem die grenzenlose polizeiliche Aufklärungsarbeit nach der Idee von Schengen, geht eine Vorstellung von nationalen in sich geschlossenen Systemen des Strafprozesses an den Realitäten vorbei. Schengen präferiert das Bild einer arbeitsteiligen internationalen Ermittlungstätigkeit<sup>59</sup>. Im Gesamtergebnis dieser Ermittlungen werden die Konturen von Agierendem und Helfer verwischt. Wer Ermittlungsbehörde ist, wer nur Rechtshilfe leistet, läßt sich inhaltlich konsequenterweise nicht mehr fixieren. Der Strafprozeß, der allein auf dieser internationalen Kooperation der Ermittlungen basiert, kann sich nicht bei der ihm zugedachten Umsetzung der so ermittelten Fakten auf das geschlossene Bewertungssystem eines einzigen der beteiligten nationalen Rechte zurückziehen.

Wir brauchen stattdessen Maßstäbe für einen europäischen Strafprozeß. Schengen zwingt auch uns Strafverteidiger, bei der Formulierung dieser Maßstäbe mitzuwirken. Angesichts noch nicht abzusehender Konstellationen wird die Strafverteidigung dabei in jedem Einzelfall darum kämpfen müssen, dass die Prozeßrechte des Beschuldigten durch die Zufälligkeiten des Auslandsbezuges keine Einbußen erleiden.

Zu generellen Argumentationsansätzen kann ich hier nur einige Bemerkungen machen:

Zunächst gilt es, der Idee entgegenzutreten, auch unter Schengener Bedingungen müsse es zur Frage der Verwertbarkeit ausreichen, wenn zumindest eine der beteiligten Prozeßordnungen die Beweiserhebung gestatte. Die freie „Konvertierbarkeit“ aller Beweismittel in Europa<sup>60</sup>, sofern sie nur den Vorausset-

zungen eines nationalen Rechts genügen, wäre das falsche Signal. Auch wenn der gemeinsame rechtsstaatliche Anspruch aller europäischen Strafprozeßordnungen nicht in Frage gestellt wird, läßt bei den einzelnen nationalen Gesetzen erst die Ausgewogenheit aller Eingriffs- und Beschränkungsnormen die Bewertung der Rechtsstaatlichkeit zu. Die Gefahr einer arbeitsteiligen europaweiten Ermittlungstätigkeit liegt darin, dass bei einem international zu ermittelnden Sachverhalt kooperierende Polizeibehörden - maßgeblich angetrieben vom Anspruch der effektiven Verbrechensbekämpfung - je nach geplanter Eingriffsmaßnahme diejenige Prozeßordnung mit den geringsten Eingriffsvoraussetzungen für ihre Zwecke nutzen wird. Das „Befugnis-Shopping“ bei Einsatz von V-Leuten, Beschlagnahmen oder Telefonüberwachungen verschafft den Ermittlungsbehörden leichter einen internationalen Einblick. Das Ergebnis einer umfassenden Verwertung dieser internationalen Aktionen der Ermittlungsbehörden würde den menschenrechtswahrenden Charakter der Gesamtheit einer nationalen Prozeßordnung auflösen und durch die Addierung nationaler Prozeßausschnitte in jedem einzelnen Fall einen eigenständigen Mikrokosmos von Prozeßregeln kreieren, dessen Überprüfung zur rechtssichernden Tauglichkeit ebenso aussteht wie seine demokratische Legitimation. Der Standard der Individualrechte im Strafprozeß würde unweigerlich einen Einbruch erleiden.

Bei der Suche nach einem neuen Modell von europaweiten Verwertungsverboten sollten wir Strafverteidiger unseren Gesprächspartnern auf der Richterbank die Bedeutung rechtsstaatlicher Banalitäten unter veränderten internationalen Verhältnissen verdeutlichen.

Hierzu gehört z.B. der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. Angesichts der allein im revisionsrechtlichen Denken verankerten deutschen Diskussion um die Verwertungsverbote wird die europaweite Konsequenz dieses Gesetzesvorbehalts nicht deutlich. Ausgeblendet bleibt in den Abwägungsprozessen die Tatsache,

dass bereits die schlichte Kenntnisnahme von Fakten durch das Gericht in öffentlicher Hauptverhandlung eine grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung hat. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist immer dann tangiert, wenn verschiedene Daten in einem neuen Zusammenhang zusammengeführt, verknüpft und verarbeitet werden<sup>61</sup>.

Auch ohne weitergehenden Grundrechtseingriff stellt die schlichte Beweisaufnahme bereits ein das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten berührendes Eindringen des Staates in die Privatsphäre dar. Schon deswegen ist der Umfang der Aufklärung im Prozeß nicht in das Belieben des Gerichts gestellt. Jede Erörterung im Gerichtssaal bedarf der gesetzlichen Legitimation. Diese Befugnis mag man aus der erschöpfenden Regelungsdichte deutschen Prozeßrechts ableiten. Im Ausland erhobene und lediglich übermittelte Informationen haben in der Abwägung nationalen Rechts bislang keine Berücksichtigung gefunden. Insoweit steht eine gesetzliche Regelung aus. Dies gilt erst recht für die Nutzung dieser Informationen zur richterlichen Überzeugungsbildung.

Die Diskussion in der Literatur um die Reichweite der deutschen Ermächtigungsnormen hat offensichtlich gerade erst begonnen<sup>62</sup>. Sie wird auch von uns Strafverteidigern mit dem Ziel zu führen sein, Weiterungen des Prozeßstoffes zu Lasten unserer Mandanten mittels ausländischer Informationen zu verhindern, für deren Erhebung das deutsche Prozeßrecht keine Grundlage bietet. Auch wenn ausländische Rechtsordnungen dies erlauben mögen, ist die Verwertung von Beweisen aus dem Ausland unzulässig, deren Erhebung nach deutschem Recht beispielsweise gegen § 136 a StPO verstoßen würde oder die ein nach der StPO bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht mißachten würde<sup>63</sup>. Der Einsatz ausländischer V-Leute darf ebenfalls keine Berücksichtigung finden, wenn dessen Aufklärungsziel nicht von einer Katalogtat des deutschen Prozeßrechts umfaßt ist<sup>64</sup>.

Als erstes Ergebnis ist somit festzuhalten, dass europaweites Handeln auch dem Strafrichter keine Eingriffsbefugnisse vermittelt, die von der deutschen StPO nicht gedeckt sind. Genausowenig wie er im Rechtshilfeverfahren eine zwar nach ausländischem, nicht aber nach deutschem Recht zulässige Beweisaufnahme anordnen darf<sup>65</sup>, kann er sich des Ergebnisses einer nicht von ihm initiierten ausländischen Beweisaufnahme bedienen.

Ein weiterer Gedanke sollte in die Diskussion eingebracht werden:

Beruhet die Ausweitung möglichen Prozeßstoffes auf erweiterten Kompetenzen der Exekutive, erfordert dies nicht ein Weniger, sondern ein Mehr an justizieller Kontrolle. Die effiziente Verbrechensbekämpfung auf europäischer Ebene darf nicht zu einer weiteren Verschiebung der Koordinaten unseres demokratischen Staatsverständnisses führen. Die Freiheitsrechte sind dem staatlichen Handeln vorgegeben. Der Sicherung dieser Freiheitsrechte für jeden Bürger dient die berechen- und beschränkbare Organisation staatlichen Handelns. Eines ihrer konstituierenden Elemente ist die Beschränkung der Exekutive durch das Gesetz und die justizielle Kontrolle dieser Beschränkung durch die dritte Gewalt.

Kooperiert die Exekutive verschiedener Staaten, die sich zwar demselben Ziel verpflichtet fühlen, zur Gewährleistung der Menschenrechte aber differenzierte Strukturen zur Kanalisierung exekutiver Machtfülle entwickelt haben, sind Widersprüchlichkeiten dieser Sekundärstrukturen verschiedener Staaten zugunsten der Freiheitsrechte des Individuums aufzulösen.

In dubio pro libertate heißt in der Praxis bei der Zusammenführung internationaler Ermittlungsergebnisse, dass weder die Ermittlungsbehörden noch die Strafjustiz selbst sich dem gemeinsamen Prinzip des Vorrangs des Gesetzes entziehen dürfen. Ausgangspunkt jeder

Beweisverwertung muß daher die Feststellung sein, dass die Beweiserhebung sowohl dem Recht desjenigen Staates entspricht, in dem der Beweis erhoben wurde, als auch der Rechtsordnung des beweisverwertenden Staates.

Dieser Ausgangspunkt setzt eine Überwindung der allgemeinen Scheu voraus, Rechtmäßigkeitsprüfungen auch unter den Bedingungen der fremden Rechtsordnung durchzuführen. Doch gerade für den insoweit notwendigen Informationsaustausch hat das Schengener Durchführungsübereinkommen in der Zeit zusammenrückender Justizapparate Vorsorge getroffen.

Dies ist nur ein erster, aber zur Sicherung der in den verschiedenen Rechtsordnungen verbürgten Individualrechte notwendiger Schritt bei der Verwertungsprüfung. Wie in der überkommenen deutschen Diskussion sind damit Verwertungen auch bei festgestellten Erhebungsdefiziten nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Trotz fehlender hypothetischer Erhebungsbefugnis der deutschen Justiz sind Verwertungen nicht ausgeschlossen, sie bedürften allerdings einer dezidierten Begründung, um der Gefahr der Umgehung von schengenweit geltenden Schutzfunktionen zu begegnen. So ist beispielsweise im Einzelfall eine ausreichende, die Prozeßgrundrechte sichernde Verwertung von Ermittlungsergebnissen einer ausländischen Staatsanwaltschaft vorstellbar, die nach deutschem Recht einem Richtervorbehalt unterliegen würde.

Dieses Modell ist m. E. die einzige Möglichkeit, um in einem internationalen Gebiet eng zusammenarbeitender Strafverfolgungsbehörden die Garantie eines insgesamt fairen Strafprozesses abzusichern. Das Modell hat den Nachteil, dass es sich nicht in die Überlegungen der deutschen Rechtsprechung zur herkömmlichen Rechtshilfe integrieren läßt, da diese sich bekanntlich gerne unkritisch ausländischer Beweisergebnisse - klassischerweise ausländische Vernehmungsprotokolle - bedient. Wir haben die Aufgabe, ein kriti-

scheres Bewußtsein zu erzeugen.

Dazu gehört zum einen der Hinweis, dass auch die überkommene Rechtsprechung selbst auf dem Gebiet der allgemeinen Rechtshilfe anerkannte prozessuale Menschenrechte vernachlässigte. Ich verweise nur auf die Regeln der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere das Recht der unmittelbaren Zeugenbefragung, dessen Ausgestaltung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg mittlerweile weit über die Vorstellungen deutscher Richter im Rechtshilferecht hinausgeht<sup>66</sup>.

Wir haben zum anderen insbesondere deutlich zu machen, dass unter Schengener Bedingungen dem Strafprozeß mit Auslandsbezügen nicht die primäre Aufgabe der Bewahrung von Souveränitätsrechten des Staates zukommt, sondern die Umsetzung von Freiheitsrechten. Polizeitechnokratische Gebilde wie das Schengener Abkommen und ihre Begründung der effizienten Verbrechensbekämpfung verschütten rechtsstaatliche Grundeinsichten.

Die Menschenrechte im Strafverfahren haben in einer Zeit, in der die Produktion von Sicherheit durch die Polizei zum maßgeblichen öffentlichen Thema gemacht wird, keine überzeugende Lobby. Wer soll in diesen Tagen nicht immer wieder, sei es im Gerichtssaal, in der Öffentlichkeit oder im Parlament, auf die hierdurch erfolgenden Einschränkungen der Freiheitsrechte aller Bürger hinweisen, wenn nicht wir Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger?

- 1 s. zu dieser Formulierung Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., 1998, SDÜ, Übersicht, Rdnr. 22
- 2 s. hierzu F. Verbruggen: Euro-Cops? Just Say maybe, in: European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice, 1995, S. 189, der als einer der ersten darauf hinweist, daß die Ausblendung von Verteidigungsrechten im gesamten Schengener Abkommen durchaus einem Konzept einer primär informalen Kooperation der einzelnen Polizeibehörden entspricht. Siehe auch die kritischen Bemerkungen bei Chantal Joubert/Hans Bevers: Schengen Investigated, 1996, S. 37, die in der Regelung des SDÜ „the total absence of a role for the defence“

kritisieren

- 3 s. hierzu näher Kattau: Strafverfolgung nach Wegfall der europäischen Grenzkontrollen, 1993, insbesondere S. 102
- 4 s. hierzu Werner, Schengen und Europol, in: Computer und Recht 1997, S. 34, 35. Sturm, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, in: KRIMINALISTIK 1995, S. 163, propagiert öffentlich von polizeilicher Seite, dass Schengen „ein gewolltes Mehr an Sicherheit für den Bürger“ voraussetzt
- 5 s. zur Entwicklungsgeschichte z. B. Kattau, S. 56 ff; Gleß/Lüke: Strafverfolgung über die Grenzen hinweg - Formen der Zusammenarbeit europäischer Länder zur Kriminalitätsbekämpfung -, in: Jura, 1998, S. 70 ff
- 6 s. hierzu das „Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union vom 02.10.1997“, Text in: Lagodny/Schomburg, SDÜ
- 7 So der Text in K.1. des Vertrages von Amsterdam vom 02.10.1997 zur Änderung des Vertrags der Europäischen Union
- 8 Zu den datenschutzrechtlichen Problemen siehe Werner, Schengen und Europol, in: Computer und Recht 1997, S. 34 ff
- 9 s. hierzu Susanne M. Scheller: Das Schengener Informationssystem - Rechtshilfeersuchen „per Computer“, in JZ 1992, S. 904 - 911, die aus dem zumindest vorläufig entstehenden Prüfungsdefizit aufgrund der Ausschreibung gemäß § 95 SDÜ diesen Ausdruck gewählt hat
- 10 s. hierzu Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Auflage 1998, Art. 95 SDÜ Rdnr. 3, 7, die diese Regelung als „eine faktisch und rechtlich sehr problematische Besonderheit“ bewerten, denn der jeweils ersuchte Staat müsse bei der Festnahme „blind“ handeln
- 11 s. Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, 1997, Rdnr. 175
- 12 Heike Jung: Zur „Internationalisierung“ des Grundsatzes „ne bis in idem“, in: Festschrift für Schüler-Springorum (1993), S. 493 ff, 495; s. zuletzt auch Schroeder in: JuS 1997, S. 227 ff
- 13 Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983), S. 463 wies schon darauf hin, dass beispielsweise Art. 692 des Code de Procédure Pénale in Frankreich eine sehr viel weitergehende Anerkennung ausländischer Urteile beinhaltet
- 14 BVerfGE 75, 1, 18; siehe hierzu auch die früheren Entscheidungen BVerfGE 3, 248; 12, 62
- 15 s. zu einem vergleichbaren Fall BGHSt 34, 334
- 16 Zu diesem Aspekt des Grundsatzes s. Markus Mayer, Ne-bis-in-idem-Wirkung europäischer Strafentscheidungen, 1992, S. 58
- 17 So die selbst als „überpointiert“ eingeschätzte Äußerung von Schomburg: Die Rolle des Individuums in der internationalen Kooperation in Strafsachen, in: Strafverteidiger 1998, S. 153 ff, 157
- 18 Nach wie vor ungelöst ist das Verhältnis zu Urteilen in Staaten außerhalb des Schengener Raums, z. B. in der Schweiz; siehe hierzu den geschilderten Fall bei Endriß/Kinzig: Eine Straftat - zwei Strafen - Nachdenken über ein erweitertes „ne bis in idem“, in: Strafverteidiger 1997, S. 665 ff
- 19 So die Kritik von Rüter: Ein Grenzfall, Die Bekämpfung der internationalen Drogenkriminalität im Spannungsfeld zwischen den Niederlanden und der Bundesrepublik Deutschland, in: JR 1988, S. 136 ff, 137. Ergänzend Rüter, 1990: Grenzenlos Glück (er)?, In: Tröndle Festschrift 1989, S. 868: „Wer fremde Informationen benutzt, um in einem anderen Land bereits abgewickelte Verfahren neu aufzurollen und nach eigenen Maßstäben zu erledigen, wer über die polizeiliche Zusammenarbeit eigene, abweichende Werturteile gegen diejenigen des Partnerstaates durchsetzen will oder wer darauf besteht, unter allen Umständen sein eigenes Strafrecht zu realisieren, macht die an sich wünschenswerte und auch notwendige polizeiliche Zusammenarbeit unmöglich und gefährdet die Absichten der Schengener Vertragspartner“
- 20 s. hierzu Schomburg, Internationales „ne bis in idem“ nach Art. 54 SDÜ, in: Strafverteidiger 1997, S. 383 ff, 384; Grotz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen und der Grundsatz ne bis in idem, in: StraFo 1995, S. 102, 103; Rüter, Festschrift für Schüler-Springorum, S. 493
- 21 s. Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, § 54 SDÜ Rn 11
- 22 NSTZ 1997, S. 245
- 23 s. allerdings Grotz, StraFo 1995, S. 102 der beispielsweise Einstellungsurteile gemäß § 260 Abs. 3 StPO hiervon ausnehmen will; angeblich hindere nur „eine Sachentscheidung“ eine weitere Strafverfolgung in anderen Ländern
- 24 Wistra 1995, S. 358
- 25 Wistra 1996, S. 193
- 26 Wistra 1996, S. 359
- 27 Wistra 1997, S. 268. Siehe zu dem im Rahmen des Revisionsverfahrens ergangenen Rechtsanfragebeschlusses des BGH auch Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Art. 54 SDÜ Rn 24 ff
- 28 s. hierzu und zu den Bezügen des „ne bis in idem“ in der MRK und IPBPR Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl., Art. 6 MRK Rdnr. 274



- 29 s. hier Entscheidungen zu Umrechnungsmaßstäbe von 3 zu 1 für Spanien, OLG Düsseldorf, Strafverteidiger 1995, S. 246 oder den Maßstab 1,5 zu 1 für die französische Haft in der Entscheidung LG Hamburg, Strafverteidiger 1997, S. 87
- 30 s. beispielsweise zum spanischen Strafvollzug Bundesverfassungsgericht EuGRZ 1996, 324, 327 oder der Erfahrungsbericht eines Betroffenen des spanischen Strafvollzugs in Strafverteidiger 1997, S. 111
- 31 § 49 SDÜ hat insofern lediglich Verfahrensbereiche erweitert, in denen Rechtshilfe geleistet werden soll; bedeutsam ist insoweit die Ausdehnung auf das Ordnungswidrigkeitenrecht
- 32 Schübel, Wie gut funktioniert die Strafverfolgung innerhalb Europas?, in: NSTz 1997, S. 105 ff, 108 sieht daher in der Regelung des SDÜ für Deutschland „nichts Neues“
- 33 s. Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, 25. Aufl. (1996) vor § 33 Rn 8
- 34 Allenfalls die Niederlande scheinen auch staatsanwaltschaftliche Mitteilungen in die Liste aufgenommen zu haben, s. Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., § 52 SDÜ Rn 11 ff
- 35 Siehe Schomburg, Strafrechts- und Rechtshilfe im Geltungsbereich von Schengen II, in: NJW 1995, S. 1931 ff, 1932 FuBn 8
- 36 Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen der Zustellungsmängel Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, 25. Aufl., § 37 Rn 69
- 37 Siehe zu diesem Begriff und seinem Hintergrund Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, 1997, Rn 64
- 38 s. z. B. Sturm: Das Schengener Durchführungsübereinkommen - SDÜ, in: Kriminalistik 1995, S. 162 ff
- 39 s. Bieber: Die Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen in: NJW 1994, S. 294 ff, 295; Nelles, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa?, in: ZStW 109 (1997), S. 727 ff, 735 FuBn 42, mit Hinweisen auf Einschätzungen der ausländischen Literatur
- 40 s. auch die polizeiliche Einschätzung bei Wolters, „Ausgleichsmaßnahmen“ nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen, in: Kriminalistik 1995, S. 172ff, 175
- 41 Hiervon ausgenommen ist die Spontaninformation in Art. 46 SDÜ, die entgegen den Vorstellungen Deutschlands bei den Vertragsberatungen nur zu präventiven Zwecken erfolgen soll
- 42 s. hierzu den bereits höchstrichterlich entschiedenen Fall BGHSt 34, 343 ff
- 43 Zum bislang „ungeregelten“ Umgang der Justiz mit ausländischen Telefonüberwachungen s. z.B. Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung, 1997, S. 99
- 44 s. Weigend, Die Reform des Strafverfahrens - europäische und deutsche Tendenzen und Probleme, in: ZStW 104(1992), S. 486 ff, 504 f zu der allgemeinen Tendenz der europäischen nationalen Rechtsordnungen, die Ermittlungen in den polizeilichen Bereich vorzuverlagern und die gerichtliche Hauptverhandlung zur unbeholfenen und unvollkommenen Reproduktion der in den Akten enthaltenen Ermittlungsergebnisse zu degradieren.
- 45 s. allg. zu den unterschiedlichen Regelungen europäischer Prozeßordnungen zu V-Leuten, Telefonüberwachungen, Untersuchungshaft u.a.:Eser: Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, in: ZStW 108 (1996), S. 86 ff, insbes. 100 ff
- 46 s. hierzu Joubert/Bevers, Schengen Investigated, 1996, S. 435 ff
- 47 s. zu einem vergleichbaren Fall, in dem nach Schweiz.Prozeßrecht die Belehrung entbehrlich war und dennoch eine Verlesbarkeit des Protokolls nach § 254 I StPO bejaht wurde: BGH, Strafverteidiger 1995, S. 231
- 48 s. Art. 77, 78 Code pénal procédure
- 49 s. Bevers, Kontrollierte Lieferung, verdeckte Ermittler und V-Personen, 1998, S. 22 zur Rechtssituation in den Niederlanden; zu gegenüber dem deutschen Recht weitergehenden Beschränkungen des V-Mann-Einsatzes in anderen Schengen Staaten, S. 20 f
- 50 Nelles, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa, in: ZStW 109 (1997), S. 739
- 51 Wenn erste Literaturstimmen die Unverwertbarkeit von Beweisergebnissen bei Überschreiten des durch Schengen erlaubten Handelns - Stichwort: Überschreitung der 10 Kilometergrenze - in den Bereich des Absurden rücken, wird dieser Kontrollmechanismus schon im Ansatz fragwürdig, s. hierzu Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. Art. 41 SDÜ, Rn 7
- 52 RGSt 11, 391 ff; 46, 52
- 53 BGH NSTz 1985, S. 377
- 54 So auch die herrschende Meinung in der Literatur, s. zuletzt Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung, 1997, S. 98, m. w. N
- 55 RG GA 52 (1905), S. 95

- 56 Zu der Konsequenz des Verwertungsverbots s. Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, Rn 75, 243
- 57 Der Zustand entsprach schon seit der Entscheidung BGHSt 34, 334ff. im Jahre 1987 allgemeinem Standard des deutschen Rechtshilferechts. Der Fall behandelte eine „formlose“ Überlassung eines Vernehmungsprotokolls „lediglich zu Informationszwecken“ durch die Niederlande, dessen gerichtlicher Verwertung die dortigen Justizbehörden allerdings widersprachen. Der BGH sah hierin eine „außervertragliche Rechtshilfe“, der niederländische Widerspruch begründete ein Verwertungsverbot.
- 58 Huber, EUROPA und seine fortbestehenden Grenzen, in: KRIMINALISTIK 1997, S. 398 zeigt konkrete Schwierigkeiten beim polizeilichen Datenaustausch mit Frankreich auf und qualifiziert aus polizeilicher Sicht Art. 39 als „unverständliches Verwertungsverbot“
- 59 s. hierzu Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Einl. Rdnr. 105ff., die dieses Verständnis der modernen Rechtshilfe allgemein propagieren
- 60 s. zu dieser Formulierung Nelles, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa? In: ZStW 109 (1997), S. 749
- 61 BVerfGE 65, 1ff, 42 (Volkszählungsurteil). Zu dessen Inhalt und Auswirkungen auf den Strafprozeß s. zuletzt umfassend Riepl, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998
- 62 s. zuletzt Susanne Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung, Freiburg, 1997, insbesondere Seite 260 ff, 318 ff; Frank Riepl, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998; Marcus A. Ernst, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozeß (1993); und grundlegend Knut Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß (1990); teilweise schon Karl-Friedrich Nagel, Beweisaufnahme im Ausland, 1988, S. 147ff
- 63 Siehe hierzu schon Schnorr von Carolsfeld, Probleme des internationalen Strafprozeßrechts, in: Festschrift für Maurach, 1972, S. 615 ff, 623 ff
- 64 Zu den verschiedenen Konstellationen im Verhältnis von inländischem/ausländischem V-Mann zu deutschem/ausländischem Prozeßrecht s. Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., § 59, Rn 61 a ff. Die Berücksichtigung von Ermittlungsergebnissen stehe hier nach unter dem Grundsatz, dass es keine Flucht in ein zwischenstaatliches Ermächtigungsgefälle geben darf
- 65 Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, 1998, Rdnr. 241
- 66 Während der BGH (NStZ 1985, S. 377) es noch für ausreichend erachtet, dass die Verteidigung dem ausländischen Richter bei der kommissarischen Vernehmung lediglich Fragen vorgibt, betont der EGMR die hohe Bedeutung der Unmittelbarkeit der Zeugenbefragung durch die Verteidigung, der nicht nur akustischer, sondern darüberhinaus auch optischer Kontakt eingeräumt werden muß; das Fehlen dieses Kontakts wird selbst durch einen detaillierten richterlichen Bericht nicht ersetzt, der sich ausführlich zur Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen verhält - siehe EGMR, in: StraFO 1997, S. 239 ff